

Développements récents en droit constitutionnel durant l'année 2005- 2006 : les arrêts *Multani*, 2952-1366 *Québec Inc.* et *Imperial Tobacco*

Han-Ru Zhou *

I. INTRODUCTION

Au cours de l'année 2005-2006, la Cour suprême du Canada a probablement entendu son lot habituel d'affaires politiquement chargées. Pensons notamment à la contestation par le gouvernement du Québec de la validité des prestations fédérales parentales et de maternité, ainsi qu'aux affaires sur la légalité des clubs échangistes et la légalité du port du kirpan à l'école¹. A sans doute aussi contribué à la visibilité nationale de la Cour durant cette période le processus de nomination du juge Rothstein qui, pour la première fois depuis la création de la Cour suprême en 1875, a donné lieu à une convocation du candidat nommé par le premier ministre devant un comité d'examen composé de députés de la Chambre des communes.

Cependant, si la visibilité publique de la Cour dans la société en général s'est maintenue, ce n'est pas en raison des développements en droit constitutionnel qui ont été plutôt limités. En fait, à ce chapitre, l'année 2005-2006 n'est pas unique en son genre. En parcourant la jurisprudence des récentes années, l'on constate aussi cette tendance graduelle vers une quantité plus limitée de développements constitutionnels d'importance. La réalité est que plus de deux décennies

* Je tiens à remercier le professeur François Chevette pour ses nombreux commentaires sur des versions préliminaires de ce texte. Je remercie également Anaïs Mair pour sa révision du projet final.

¹ Voir le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] A.C.S. n° 57, [2005] 2 R.C.S. 669 [*Renvoi sur l'assurance-emploi*]; R. c. *Labaye*, [2005] A.C.S. n° 83, [2005] 3 R.C.S. 728; R. c. *Kouri*, [2005] A.C.S. n° 82, [2005] 3 R.C.S. 789; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256 [*Multani*].

de jurisprudence de la Cour suprême ont permis de dégager une bonne vue d'ensemble des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*², un peu comme la jurisprudence du comité judiciaire du Conseil privé l'a fait pour la *Loi constitutionnelle de 1867*³. C'est donc à l'intérieur de cette récente période de plus grande stabilité juridique que s'effectue la présente revue jurisprudentielle.

Le présent texte portera donc sur les développements les plus significatifs en droit constitutionnel que la Cour suprême a produits entre les mois de juillet 2005 et 2006⁴. De la jurisprudence de cette période, j'examinerai successivement quatre sujets : l'application de l'exigence relative à la règle de droit de l'article premier de la Charte (I.A), l'étendue de la liberté d'expression sur les propriétés gouvernementales (I.B), l'exigence de territorialité de la compétence législative provinciale (II.A), et le principe de la primauté du droit (II.B).

II. LIBERTÉS PUBLIQUES

A. L'applicabilité de l'article premier de la Charte à un acte d'une autorité déléguée

(i) Cadre général d'analyse

Le 2 mars 2006, la Cour suprême rendit l'arrêt *Multani*⁵. Dans cette affaire, l'élève Gurbaj Singh Multani contestait la décision de la commission scolaire lui interdisant de porter un kirpan à l'école. À

² *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [Charte].

³ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

⁴ Je distingue ici entre l'importance des développements jurisprudentiels et l'importance sociale des affaires entendues par la Cour suprême. Par exemple, bien que l'arrêt *Multani*, *supra*, note 1, eut un profond effet dans la société canadienne en permettant le port d'un poignard religieux à l'école, le véritable développement jurisprudentiel dans cet arrêt eut trait, non pas à l'étendue de la liberté de religion garantie à l'alinéa 2a) de la Charte, mais plutôt à l'exigence préliminaire de l'article premier de la Charte relative à la règle de droit. En conséquence, c'est uniquement ce dernier aspect de l'arrêt *Multani* que j'examinerai.

Par ailleurs, pour une revue des développements récents sur les questions constitutionnelles en procédure pénale, voir I. SMITH, « Developments in Criminal Law: The 2005-2006 Term » (2006) 35 S.C.L.R. (2d) 141.

⁵ *Supra*, note 1.

l'unanimité, la Cour donna raison à Multani, mais ce fut sur le choix du cadre analytique approprié en l'espèce que la Cour se divisa. Au nom de la majorité, la juge Charron décida que puisque la contestation portait sur la liberté de religion, l'analyse devait s'effectuer en vertu de la Charte. De leur côté, les juges Deschamps et Abella furent plutôt d'avis que, comme c'était la validité d'une décision d'un organisme administratif qui était attaquée, l'analyse devait se faire en vertu du droit administratif. Les deux groupes de juges examinèrent l'application de l'article premier de la Charte aux décisions administratives; la juge Charron fut amenée à le faire à la suite de sa conclusion selon laquelle la décision de la commission scolaire portait atteinte à l'alinéa 2a) de la Charte, tandis que d'après les juges Deschamps et Abella, il était inapproprié de soumettre une décision administrative à l'article premier de la Charte. La discussion des deux côtés eut comme fondement les motifs du juge Lamer dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*⁶, qu'il convient de rappeler.

Dans l'arrêt *Slaight*, un employeur contesta une ordonnance arbitrale : (i) l'obligeant à remettre à son ex-employé une lettre de recommandation attestant de son rendement au travail (« l'ordonnance positive »), et (ii) lui interdisant de répondre à toute demande de renseignements au sujet de son ex-employé autrement que par la lettre de recommandation dictée par l'arbitre (« l'ordonnance négative »). L'arbitre avait rendu son ordonnance en vertu de l'alinéa 61.5(9)c) de l'ancien *Code canadien du travail*⁷ qui prévoyait que :

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

[...]

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

Pour trancher le pourvoi, le juge Lamer procéda à une analyse en deux temps. Dans un premier temps, il examina les deux ordonnances en vertu du droit administratif et conclut que l'ordonnance positive constituait un exercice valide du pouvoir conféré par la loi, mais que

⁶ [1989] A.C.S. n° 45, [1989] 1 R.C.S. 1038 [*Slaight*].

⁷ S.R.C. 1970, c. L-1.

l'ordonnance négative était manifestement déraisonnable. Le juge Lamer décida alors dans un deuxième temps d'examiner l'ordonnance positive à la lumière de la *Charte*. Ce faisant, il distingua la situation où la loi habilitante donne « expressément ou par implication nécessaire le pouvoir de porter atteinte à un droit protégé », de celle où la loi habilitante « confère une discrétion imprécise et ne prévoit, ni expressément, ni par implication nécessaire, le pouvoir de limiter les droits garantis par la *Charte*. »⁸ Pour la première situation, c'est le texte habilitant qui doit être soumis au test de l'article premier, alors que dans le cas de la discrétion imprécise, c'est l'ordonnance contestée qui doit l'être. Il s'ensuit, dans cette dernière situation, que si l'ordonnance échoue le test de l'article premier, elle sera considérée *ultra vires* de la compétence de l'organisme administratif, puisque le Parlement ne peut avoir eu l'intention de lui déléguer le pouvoir de violer la *Charte*⁹. C'est donc ainsi que le juge Lamer fit intervenir à cette étape une présomption d'intention législative; autrement dit, devant un texte habilitant imprécis pouvant être interprété soit comme autorisant une autorité déléguée à violer la *Charte*, soit comme ne l'autorisant pas à le faire, ce texte habilitant sera alors interprété selon le deuxième sens¹⁰.

Bien que, dans l'arrêt *Slaight*, le juge Lamer fût dissident en partie quant au dispositif, tous les autres juges souscrivirent à son analyse « de l'applicabilité de la *Charte* au processus décisionnel administratif »¹¹.

⁸ *Slaight, supra*, note 6, p. 1080.

⁹ *Id.*, p. 1081.

¹⁰ *Id.* Sur cette présomption de conformité avec la *Charte*, comparer notamment avec *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.S. n° 31, [2005] 2 R.C.S. 539, 556-557; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] A.C.S. n° 77, [2005] 3 R.C.S. 563, 578-583, 591, 596-598; *R. c. Rodgers*, [2006] A.C.S. n° 15, [2006] 1 R.C.S. 554, 569-573.

¹¹ Voir *Slaight, supra*, note 6, pp. 1048, 1058. Il semble que de par ces termes, l'unanimité de la Cour s'étendit aussi aux questions sous-jacentes de l'analyse telles la présomption d'intention législative et l'application de l'article premier. Quoi qu'il en soit, le cadre analytique proposé par le juge Lamer fut par la suite généralement adopté par la jurisprudence; voir principalement *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] A.C.S. n° 86, [1997] 3 R.C.S. 624; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] A.C.S. n° 40, [1996] 1 R.C.S. 825; *Wynberg c. Ontario*, [2006] O.J. No. 2732, 213 O.A.C. 48, 82-84 (en appel); *Genex Communications Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2005] A.C.F. n° 1440, [2006] 2 R.C.F. 199, 226-228 (C.A.); *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] A.C.S. n° 122, [1990] 3 R.C.S. 229, 396-397 (j. Wilson, dissidente); *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1996] A.C.S. n° 98, [1997] 1 R.C.S. 241, 248-250, (j. Lamer), cité par P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough (Ont.), Thomson Carswell (éd. à feuilles mobiles), p. 35-4.1; S. CHOUDHRY et K. ROACH, « Racial and Ethnic Profiling: Statutory Discretion, Constitutional Remedies, and Democratic Accountability », (2003) 41 *Osgoode Hall L.J.* 1, 3-4; A.W. MacKAY et D. POTHIER, « Developments in Constitutional

Dans l'arrêt *Multani*, la Cour suprême suivit le même cadre analytique proposé par le juge Lamer, soit : l'interprétation de la loi habilitante à l'aide de la présomption d'intention législative, la soumission de l'acte de l'autorité administrative à l'article premier lorsque cet acte porte atteinte à un droit ou une liberté de la Charte et que sa loi habilitante confère un pouvoir discrétionnaire imprécis et, enfin, le verdict d'excès de compétence dans le cas où cet acte échoue le test de l'article premier (par. 22-23 de l'arrêt *Multani*).

(ii) *L'exigence relative à la « règle de droit » de l'article premier de la Charte*

La difficulté majeure que pose l'analyse du juge Lamer dans l'arrêt *Slaight* concerne l'application de l'article premier à un acte de l'autorité administrative. L'article premier précise que la sauvegarde par l'État d'une atteinte à la Charte ne peut être envisagée que si cette atteinte est ou se fait par une règle de droit :

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

La question qui se pose alors est de savoir si l'acte de l'autorité administrative qui est contesté constitue une « règle de droit » au sens de l'article premier. À cette étape, on peut opter pour une analyse qui évite d'avoir à répondre à cette question. En effet, si c'est la loi habilitante qui autorise l'autorité déléguée à porter atteinte à la Charte et qu'elle passe le test de l'article premier, l'acte est nécessairement valide et l'on n'a pas à se demander s'il s'agit d'une règle de droit. Et face à une loi habilitante imprécise, l'acte de l'autorité administrative, qu'il soit une règle de droit ou non, sera déclaré inconstitutionnel s'il échoue le test de l'article premier¹². Est-ce donc à dire que dans le cas où la loi

Law: The 1988-89 Term », (1990) 1 S.C.L.R. (2d) 81, 138; B. McLACHLIN, « Rules and Discretion in the Governance of Canada », (1992) 56 Sask. L. Rev. 167, 175-176. Comparer avec G. CARTIER, « Administrative Law Twenty Years After the Charter », (2003) (numéro spécial) R. du B. 189, 205.

¹² Voir par exemple *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, *id.*, pp. 684-685, où la Cour a simplement supposé que la décision administrative était une règle de droit pour ensuite statuer qu'elle ne constituait pas une atteinte minimale à l'article 15(1) de la *Charte*. Voir aussi *R. c. Ladouceur*, [1990] A.C.S. n° 53, [1990] 1 R.C.S. 1257, 1264-1268 (j. Sopinka).

habilitante est imprécise et que l'acte de l'autorité administrative passe le test de l'article premier, il devient inévitable de déterminer si cet acte constitue ou non une règle de droit ?

Certains croient que non. Leur raisonnement se fonde sur cette partie de l'arrêt *Slaight* dans laquelle le juge Lamer applique l'alinéa 2b) de la Charte non pas à l'ordonnance de l'arbitre mais plutôt au texte de loi habilitant qui, parce que conférant une discrétion imprécise, devait être interprété comme n'autorisant que l'émission d'ordonnances conformes à la Charte. C'est donc à la loi que la Charte s'applique; et comme son application à l'ordonnance ne serait qu'indirecte, en tel sens que la Charte ne rejoindrait l'ordonnance que par ricochet et par le détour de la loi, cette ordonnance, même si elle passait le test de l'article premier comme ce fut le cas dans l'arrêt *Slaight*, n'aurait pas à satisfaire à l'exigence de la règle de droit¹³.

Ce raisonnement pose certaines difficultés. D'abord, il m'apparaît inéquitable que la seule existence d'un texte habilitant imprécis autorise à tronquer l'application de l'article premier et ainsi contourner l'exigence préliminaire reliée à l'existence d'une règle de droit. Si tel était le cas, la même action prise par l'État ou l'un de ses représentants en contravention d'une garantie de la Charte recevrait un traitement juridique différent selon que l'action pourrait être reliée ou non à un texte habilitant imprécis. Ainsi, un policier qui arrêterait au hasard un automobiliste et l'obligerait à répondre à des questions sur sa consommation récente d'alcool pourrait justifier sa conduite en vertu de l'article premier en présence d'une loi qui l'autoriserait à arrêter des automobilistes « dans l'exercice légitime de ses fonctions ». Par contre, si une telle habilitation imprécise n'existait pas (et en l'absence d'une autorisation en vertu de la common law), cette action du policier serait considérée comme une violation de la Charte et donnerait possiblement ouverture à une réparation par l'État en vertu de l'article 24 de la Charte, alors que cette même atteinte pourrait bénéficier du test de l'article premier si son auteur agissait en vertu d'un texte habilitant imprécis¹⁴. Bref, cette disparité de traitement basée sur la seule existence d'un tel texte ne devrait pas être justifiée et il semble que dans l'arrêt *Multani*, la Cour suprême abonde aussi dans le même sens (par. 21) :

¹³ C. BEAULIEU, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés au pouvoir judiciaire*, Montréal, Thémis, 1995, pp. 42-46. Voir aussi *McKinney c. Université de Guelph*, *supra*, note 11, pp. 396-397 (j. Wilson, dissidente).

¹⁴ Comparer avec *R. c. Orbanski*, [2005] A.C.S. n° 37, [2005] 2 R.C.S. 3.

il importe peu à Gurbaj Singh – qui veut faire valoir sa liberté de religion – que la prohibition absolue du port du kirpan dans son école découle du texte même d'une règle à portée normative ou tout simplement de l'application d'une telle règle. Dans les deux cas, toute restriction à sa liberté de religion doit satisfaire aux mêmes exigences pour être jugée constitutionnelle. Je suis d'avis que la cohérence du droit ne peut être maintenue qu'en ayant recours à la justification prévue par l'article premier, que ce soit le texte même de la loi qui soit en cause ou son application [qui, en l'espèce, constitue une règle de droit (voir par. 42)].

Dans l'arrêt *Slaight*, les motifs du juge Lamer semblent aussi s'aligner contre le contournement de l'exigence reliée à la règle de droit. Premièrement, en vertu de cet arrêt, l'on a vu que lorsque le texte habilitant confère un pouvoir discrétionnaire imprécis, c'est l'acte même de l'autorité administrative qui doit être soumis au test de l'article premier, ce qui exclut la possibilité de soumettre plutôt le texte habilitant ou une combinaison du texte habilitant avec l'acte visé de l'autorité administrative dans le but de satisfaire l'exigence de la règle de droit. Deuxièmement, dans l'analyse par le juge Lamer de l'ordonnance contestée, ce dernier prit la peine de préciser que la restriction émise par l'ordonnance « provient d'une règle de droit et, de ce fait, peut être justifiée aux termes de l'article premier. »¹⁵ L'on réalise que si l'acte de l'autorité administrative n'avait pas à être ou provenir d'une règle de droit pour pouvoir subir le test de l'article premier, le juge Lamer n'aurait pas eu besoin de s'engager dans cette analyse concernant l'exigence de la règle de droit.

Bref, la discussion dans cette section permet de constater que, bien souvent, il sera possible pour les tribunaux de ne pas avoir à déterminer si l'acte de l'autorité déléguée contesté constitue une règle de droit. Cependant, dans le cas où à la fois le texte habilitant confère une discrétion imprécise et que l'acte de l'autorité administrative survit au test de l'article premier, il deviendra alors nécessaire de déterminer si cet acte constitue ou « provient » d'une règle de droit.

¹⁵ *Slaight, supra*, note 6, pp. 1080-1081. Voir aussi *Multani, supra*, note 1, p. 282, S. GAUDET, « La règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés », (1990) 20 R.D.U.S. 447, 454.

(iii) *Le sens donné au concept de restriction par une règle de droit à l'article premier*

On attribue au juge Le Dain la définition qui fait encore autorité du concept de restriction par une règle de droit à l'article premier :

Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement [ou implicitement] des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*¹⁶.

L'existence de la règle de droit sous la forme d'une loi ou d'un règlement ne pose pas de problème d'identification. Il en est tout autrement des règles de droit qui « découlent » d'une loi ou d'un règlement ou de ses « conditions d'application ». Que faut-il entendre par là ? Deux approches différentes ont été introduites afin de solutionner cette question. Alors que la doctrine a principalement analysé les caractéristiques que devrait posséder la règle de droit au sens de l'article premier, la jurisprudence a plutôt mis l'accent sur la suffisance du lien entre l'acte reproché et le texte habilitant.

(a) *Le sens basé sur les caractéristiques de la règle de droit*

La doctrine a identifié quatre caractéristiques d'une règle de droit. Premièrement, la règle de droit doit avoir une portée générale; autrement dit, elle ne « s'épuise pas en tranchant un cas. »¹⁷ Deuxièmement, la règle de droit doit être accessible. Ce second caractère exige d'accorder aux individus une opportunité raisonnable de prendre connaissance du contenu des règles de droit afin de pouvoir ajuster leur conduite¹⁸. L'exigence est typiquement remplie lorsque la règle de droit est rendue

¹⁶ *R. c. Therens*, [1985] A.C.S. n° 30, [1985] 1 R.C.S. 613, 645 [Therens]. S'il n'est pas clair que cette définition du juge Le Dain ait recueilli l'appui de la majorité de la Cour dans cet arrêt, le doute fut complètement dissipé par l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] A.C.S. n° 31, [1988] 1 R.C.S. 640, où le juge Le Dain, cette fois au nom de la Cour, reprit intégralement sa définition tirée de ses motifs dans l'arrêt *Therens*.

¹⁷ J.L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Armand Colin, 1984, p. 12, cité par D. PINARD, « Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications* », (1991-1992) 1 N.J.C.L. 79, 101-102. Voir aussi GAUDET, *supra*, note 15, pp. 459-461.

¹⁸ PINARD, *supra*, note 17, p. 103, HOGG, *supra*, note 11, p. 35-12; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] A.C.S. n° 3, [1991] 1 R.C.S. 139, 164 (j. Lamer) [*République du Canada*]; CHOUDHRY et ROACH, *supra*, note 11, p. 17.

publique. Troisièmement, la règle de droit doit être intelligible. La logique sous-jacente à ce caractère rejoint celle du second caractère en ce que pour que les individus puissent avoir l'opportunité d'ajuster leur conduite à la règle de droit, encore faut-il que ces derniers la comprennent. Et quatrièmement, la règle de droit ne doit pas être arbitraire. Ce dernier caractère découle en fait d'une application traditionnelle du principe de la primauté du droit. Ainsi, il est établi que même lorsqu'une loi habilitante accorde un pouvoir discrétionnaire non-délimité, la discrétion ne peut être absolue¹⁹. Ces quatre caractéristiques n'ont pas été considérées avec la même importance par la jurisprudence.

Dans l'arrêt *Multani*, l'on conclurait que la décision de la commission scolaire prohibant à l'école le port du kirpan (avec lame métallique) par l'élève Multani ne remplit pas la condition de généralité. Ainsi, le jour où un autre élève arriverait à l'école avec, par exemple, un couteau de table uniquement pour son lunch, la commission scolaire aurait à examiner ce nouveau cas à la lumière des circonstances particulières à ce cas et décider si ce couteau devrait être toléré à l'école. Les juges Deschamps et Abella ont exprimé cet avis : selon elles, la règle de droit « ne se limite pas à une affaire donnée. Elle a une portée générale. » (par. 112-113) Toutefois, la majorité de la Cour a plutôt jugé qu'en l'espèce, la décision de la commission scolaire, c.-à-d. une décision d'application de la loi habilitante, constitue aussi une restriction par une règle de droit (par. 42). Quant au caractère accessible, il semble qu'il variera selon le degré de généralité de cette règle de droit. C'est ainsi que l'on peut comprendre l'exigence de publicité propre aux lois et règlements alors que dans le cas des actes d'une autorité administrative, il suffit en fait que les personnes visées par la décision en soient mises au courant. Il semble que les deux derniers caractères de la règle de droit, c.-à-d. le caractère d'intelligibilité et le caractère non arbitraire, ont trouvé un ancrage plus solide dans la jurisprudence. Toutefois, comme la détermination de l'absence de ces deux caractères est régie par la théorie de l'imprécision (« *void for vagueness* ») et le principe interdisant le pouvoir discrétionnaire absolu,

¹⁹ *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] A.C.S. n° 36, [1985] 1 R.C.S. 721. Dans le contexte de l'article premier, voir *Therens*, *supra*, note 16, p. 645, *République du Canada*, *supra*, note 18, pp. 164, 244-245 (jj. Lamer et McLachlin); *British Columbia Public School Employers' Assn. c. B.C.T.F.*, [2005] B.C.J. No. 1719, 257 D.L.R. (4th) 385, 402-403 (C.A.C.-B.); HOGG, *supra*, note 11, p. 35-12, PINARD, *supra*, note 17, p. 135. Sur la primauté du droit en général, voir la partie III.B., ci-dessous.

l'on ne peut que réaliser la grande difficulté à contester l'existence d'une règle de droit en se fondant sur son inintelligibilité ou son caractère arbitraire. D'une part, une loi conférant un pouvoir discrétionnaire absolu est chose très peu courante. Et plutôt que d'invalider une loi défectueuse pour un tel motif, les tribunaux sont davantage enclins à interpréter la loi de façon conciliante. Quant à la théorie de l'imprécision, la Cour suprême, dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*²⁰, requit qu'une loi ne soit considérée comme constitutionnellement imprécise que « si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. »²¹ Dans cette affaire, la Cour avait reconnu qu'une disposition criminelle qui interdisait la diminution « indue » de la concurrence, n'était pas constitutionnellement imprécise.

(b) Le sens basé sur la suffisance du lien de connexité

Certains auteurs ont noté que les propos suivants du juge Lamer dans l'arrêt *Slaight* pouvaient tolérer un certain décalage entre l'acte ayant porté atteinte à un droit ou une liberté de la Charte et la règle de droit visée, à condition que le lien de connexité entre l'acte et la règle de droit soit suffisant :

L'ordonnance enjoignant à l'appelante de remettre à l'intimé une lettre comportant certaines données objectives restreint, selon moi, incontestablement la liberté d'expression de l'appelante.

Cette restriction provient toutefois d'une règle de droit et, de ce fait, peut être justifiée aux termes de l'article premier. L'arbitre tire en effet tous ses pouvoirs de la loi et il ne peut faire plus que ce que la loi lui permet. C'est la disposition législative attributrice de discrétion qui restreint le droit ou la liberté puisque c'est elle qui autorise le détenteur de ladite discrétion à rendre une ordonnance ayant pour effet d'apporter des limites aux droits et libertés énoncés dans la *Charte*. L'ordonnance prononcée par l'arbitre n'est que l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par la loi²².

²⁰ [1992] A.C.S. n° 67, [1992] 2 R.C.S. 606.

²¹ *Id.*, p. 643. Voir aussi R. ELLIOT, « Developments in Constitutional Law: The 1989-1990 Term », (1991) 2 S.C.L.R. (2d) 83, 136-137 [Elliot, « Developments in Constitutional Law »].

²² *Slaight, supra*, note 6, pp. 1080-1081. Voir GAUDET, *supra*, note 15, pp. 455, 467-468, J.M. ROSS, « Applying the Charter to Discretionary Authority », (1991) 29 Alta. L. Rev. 382, 402-407. Mais voir D. MULLAN, *Administrative Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, p. 123.

Alors que dans l'arrêt *Slaight*, la Cour suprême s'est simplement demandée si le texte de loi pouvait fournir un fondement législatif à l'ordonnance contestée, sa jurisprudence de la même période, du moins en procédure pénale, a paru plus exigeante à l'endroit du libellé des textes habilitants avant d'accepter que ces derniers puissent autoriser une atteinte à un droit ou une liberté de la Charte²³. Ainsi, la Cour suprême a refusé de conclure que l'acte de l'autorité déléguée constituait une restriction par une règle de droit lorsque le texte habilitant pouvait être interprété de façon conforme à la Charte²⁴. Pareillement, comme l'affirma le juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. Hebert*²⁵, l'acte de l'autorité déléguée contraire à la Charte n'était pas non plus prescrit par une règle de droit si la loi habilitante n'accordait pas le pouvoir précis de porter atteinte à la Charte :

La conduite des policiers qui constituait une violation de la *Charte* en l'espèce était une initiative policière et ne résultait ni ne découlait nécessairement d'une obligation légale ou réglementaire, pas plus qu'elle ne résultait de l'application d'une règle de common law. L'emploi d'agents banalisés dans ces circonstances est certainement légal, en ce sens qu'il n'est pas interdit par une règle de droit; mais il ne s'ensuit pas que cette ruse est prescrite par une règle de droit. Le terme « prescrire » signifie un mandat d'action précise, et non simplement une permission de faire ce qui n'est pas interdit²⁶.

D'autre part, lorsque le texte habilitant contenait des termes spécifiques qui permettaient l'exercice d'un pouvoir délégué attentatoire à la Charte, la Cour a alors jugé que cet exercice par l'autorité déléguée était prescrit par une règle de droit²⁷.

F. Chevrette et A. Morel ont expliqué cette plus grande sévérité dans cette jurisprudence en procédure pénale par le fait qu'à la différence d'une ordonnance de nature judiciaire ou arbitrale comme dans l'arrêt *Slaight*, l'ordre du policier doit être obéi immédiatement et ne pourrait être suspendu pour donner l'occasion au justiciable de le

²³ Dans le même sens, Elliot, « Developments in Constitutional Law », *supra*, note 21, p. 136, MacKAY et POTHIER, *supra*, note 11, pp. 138-139.

²⁴ Voir *Therens*, *supra*, note 16; *R. c. Simmons*, [1988] A.C.S. n° 86, [1988] 2 R.C.S. 495.

²⁵ [1990] A.C.S. n° 64, [1990] 2 R.C.S. 151.

²⁶ *Id.*, p. 205. Voir aussi les motifs des autres juges dans l'arrêt *R. c. Hebert*, *id.*; *R. c. Duarte*, [1990] A.C.S. no 2, [1990] 1 R.C.S. 30.

²⁷ Voir *R. c. Thomsen*, *supra*, note 16.

contester dans le cadre d'une audition impartiale²⁸. Bien qu'à mon avis, ces raisons paraissent convaincantes, elles n'ont vraisemblablement pas été retenues par la Cour suprême dans des cas où l'autorité déléguée est investie d'un pouvoir discrétionnaire non expressément délimité. De fait, la Cour suprême a choisi de reconnaître que les vérifications « de routine » ainsi que celles relatives à la sobriété des conducteurs constituaient une restriction implicite par une règle de droit, cette règle de droit étant la disposition législative octroyant aux policiers un pouvoir général d'arrêter les véhicules dans l'exercice légitime de leurs fonctions²⁹.

L'on peut aussi penser que l'arrêt *Multani* s'inscrit dans cette dernière tendance jurisprudentielle de la Cour suprême de ne pas juger de façon trop stricte l'exigence préliminaire de l'article premier relative à la règle de droit. Dans cet arrêt, la juge Charron, au nom de la majorité, n'examina pas en détail cette exigence préliminaire telle qu'établie dans l'arrêt *Therens* et conclut que l'article premier s'applique tant à l'endroit d'une règle à portée normative que d'une application conforme à cette règle (par. 21-22). Seules les juges Deschamps et Abella soulevèrent la pertinence de l'arrêt *Therens* aux fins de déterminer si l'article premier de la Charte s'appliquait à la décision de la commission scolaire (par. 114). Curieusement, l'approche de la majorité dans l'arrêt *Multani* peut être comparée avec celle de la Cour dans les arrêts en procédure pénale dans lesquels les discussions au sujet de l'exigence relative à la règle de droit ne mentionnent jamais l'arrêt *Slaight* qui à son tour ne contient aucune mention de l'arrêt *Therens*. À mon avis, toute interrogation quant à l'applicabilité de l'article premier à une action étatique requiert de considérer tant les arrêts *Therens* que *Slaight*, car ces arrêts, bien que respectivement rendus en procédure pénale et en droit du travail, n'ont pas limité leur portée à un domaine de droit particulier. C'est donc par des voies en partie parallèles que la Cour suprême en est venue à adopter une interprétation unifiée indulgente de l'exigence préliminaire de la règle de droit.

²⁸ F. CHEVRETTE et A. MOREL, *Libertés publiques*, 1993, Titre II « Les régimes de protection des droits et libertés », chapitre III « Le mode d'application », section 2 « Les dispositions limitatives des Chartes canadienne et québécoise » [non publié, archivé chez l'auteur].

²⁹ Voir : *R. c. Hufsky*, [1988] A.C.S. n° 30, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] A.C.S. n° 53, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Orbanski*, *supra*, note 14.

(c) Justification de l'élargissement du concept de règle de droit de l'article premier

Plusieurs justifications ont été avancées en faveur d'un examen indulgent de l'exigence préliminaire de la règle de droit. Certaines sont reliées à l'opinion des tribunaux sur le bien-fondé du principe d'accorder au gouvernement, dans la mesure du possible, l'opportunité de justifier ses atteintes aux droits et libertés de la Charte. Ainsi, l'exigence relative à la règle de droit ne devrait pas usurper le rôle de la disposition limitative proprement dite qui est plutôt attribué au *test* de l'article premier.

Dans la recherche d'une solution à cette difficulté, il ne faut pas perdre de vue que le critère de la règle de droit fait office d'exigence simplement préliminaire à l'utilisation de la disposition limitative. À ce titre, on devrait tenter de ne pas en exagérer la rigueur, étant entendu que si la loi satisfait à cette exigence, il sera toujours possible de prétendre que son caractère vague ou discrétionnaire l'empêche de satisfaire aux critères de fond de la disposition limitative. On doit donc éviter de faire jouer à l'exigence préliminaire de la règle de droit le rôle de la disposition limitative dans son ensemble³⁰.

Il s'ensuit qu'en étant trop strict quant aux conditions d'existence d'une règle de droit, les tribunaux obligeront l'autorité législative ou réglementaire à faire montre d'une précision excessive en des matières où elles sont incapables de tout prévoir, d'où l'utilité de laisser une marge de manœuvre aux organes chargés d'appliquer les lois et règlements³¹.

Tous conviendront que la définition, dans l'arrêt *Therens*, relative à l'exigence de la règle de droit à l'article premier ne doit pas être interprétée de façon à ce que cette exigence devienne une passoire. La difficulté lorsqu'on s'engage dans l'exercice visant à déterminer si l'acte contesté découle implicitement d'une loi, d'un règlement ou de la common law, est alors de savoir où tracer la ligne à partir de laquelle les

³⁰ CHEVRETTE et MOREL, *supra*, note 28, citant *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] A.C.S. n° 129, [1990] 3 R.C.S. 892, 956 (j. McLachlin); *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] A.C.S. n° 45, [1991] 2 R.C.S. 69, 95 (j. Sopinka). Voir aussi *République du Canada*, *supra*, note 18, p. 215 (j. L'Heureux-Dubé).

³¹ *R. c. Orbanski*, *supra*, note 14, pp. 26-27; *Wynberg c. Ontario*, *supra*, note 11, par. 157-159, citant *Wynberg c. Ontario*, (2005) 252 D.L.R. (4th) 10, 222 (C.S.J. Ont.); *République du Canada*, *supra*, note 18, p. 245 (j. McLachlin). Mais voir : *R. c. Orbanski*, *supra*, note 14 (j. LeBel, dissident) ; *McKinney c. Université de Guelph*, *supra*, note 11, p. 386 (j. Wilson, dissidente).

actes de l'autorité déléguée ne sont plus autorisés par le texte habilitant. À mon avis, il s'agit du danger que le juge LeBel, dissident dans l'arrêt *R. c. Orbanski*³², tentait de prévenir en préférant que le législateur prenne l'initiative d'autoriser plus expressément l'extension des pouvoirs policiers. Le défi à l'avenir consistera donc à préciser en ce sens la définition énoncée dans l'arrêt *Therens* relative à la règle de droit dans l'article premier.

B. Liberté d'expression sur les propriétés gouvernementales

(i) Cadre général d'analyse

Le 3 novembre 2005, la Cour suprême rendit l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*³³. Dans cette affaire, la Ville de Montréal voulait, en conformité avec son règlement, obliger la compagnie intimée qui exploitait un club de danseuses érotiques à cesser de diffuser à partir de l'entrée principale sur la voie publique la trame sonore du spectacle présenté à l'intérieur. Devant les tribunaux, la compagnie intimée invoqua son droit à la liberté d'expression prévu à l'alinéa 2*b*) de la Charte pour contester la validité du règlement municipal. Pour l'examen de la question constitutionnelle dans cet arrêt, la Cour se fonda sur le cadre analytique principalement développé dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*³⁴ et *République du Canada c. Canada*³⁵. Il convient de revenir sur ces deux arrêts afin de mieux comprendre la discussion engagée dans l'arrêt *2952-1366 Québec Inc.*

En bref, dans l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour suprême établit qu'une contestation fondée sur la protection de la liberté d'expression prévue par l'alinéa 2*b*) de la Charte devait franchir une analyse en deux étapes. D'abord, l'activité en cause doit faire partie de la sphère des activités protégées par l'alinéa 2*b*) de la Charte. Ensuite, la mesure gouvernementale contestée, dans son objet ou ses effets, doit restreindre la protection accordée par l'alinéa 2*b*). Advenant que ces deux étapes sont franchies, la mesure gouvernementale sera alors déclarée inconstitutionnelle à moins qu'elle ne soit sauvegardée par l'article premier de la Charte.

³² *Supra*, note 14.

³³ [2005] A.C.S. n° 63, [2005] 3 R.C.S. 141 [2952-1366 *Québec Inc.*].

³⁴ [1989] A.C.S. n° 36, [1989] 1 R.C.S. 927 [*Irwin Toy*].

³⁵ *Supra*, note 18.

C'est dans le cadre de l'analyse des objet et effets de la mesure gouvernementale que la Cour suprême emprunta au droit américain la distinction de traitement juridique entre une restriction du contenu d'une activité expressive et une restriction quant à l'heure, au lieu ou au mode (une « restriction HLM »³⁶) sans considération du contenu. Ainsi, la Cour affirma que l'objet de la mesure n'enfreint pas l'alinéa 2*b*) de la Charte si le gouvernement n'a pas voulu, par sa mesure, restreindre le contenu de l'expression ou visait seulement à contrôler les conséquences matérielles préjudiciables d'une conduite particulière, sans considération du message transmis. Et pour qu'un tribunal juge que la mesure gouvernementale a pour effet d'enfreindre l'alinéa 2*b*) de la Charte, le requérant doit établir que son activité doit favoriser au moins l'une des trois valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, soit : (i) la recherche de la vérité, (ii) la participation à la prise de décisions d'intérêts social et politique, et (iii) l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

Alors que l'arrêt *Irwin Toy* concernait la constitutionnalité de l'interdiction de certaines publicités destinées aux enfants, la question s'est posée de savoir dans quelle mesure le cadre analytique élaboré dans cet arrêt était applicable lorsqu'une personne invoque son droit à la liberté d'expression sur une propriété gouvernementale. Cette dernière question divisa les sept juges de la Cour suprême ayant siégé dans l'affaire *République du Canada*. Des trois groupes de motifs, dont aucun ne réunit une majorité de juges, ceux de la juge L'Heureux-Dubé adoptèrent la méthode d'analyse la plus simple et expéditive de l'alinéa 2*b*) de la Charte. La juge fut d'avis que toute restriction à la liberté d'expression constituait une atteinte à l'alinéa 2*b*) de la Charte et qu'il incombait au gouvernement de justifier cette atteinte en vertu de l'article premier. Avec l'accord de deux autres juges, le juge en chef Lamer fut d'avis qu'il n'y aura une atteinte à la liberté d'expression sur une propriété gouvernementale que si la forme d'expression employée est compatible avec la « fonction ou destination principale » du lieu³⁷.

Si l'on compare les motifs de ces deux juges, on constate dans chaque cas que leur interprétation de l'alinéa 2*b*) de la Charte s'écarte de l'analyse des objet et effets de la mesure gouvernementale telle

³⁶ Le sigle « HLM » que j'emploie m'a été directement inspiré de celui couramment utilisé en droit constitutionnel américain pour désigner la restriction quant à l'heure, au lieu ou au mode (« *TPM* » ou « *time, place or manner* »).

³⁷ *République du Canada, supra*, note 18, pp. 156-158.

qu'initialement établie dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*³⁸ et reprise par la Cour suprême en matière de liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*. Ainsi, pour la juge L'Heureux-Dubé, le requérant n'a plus à établir, dans le cas d'une restriction HLM, le lien entre son activité expressive et l'une des trois valeurs sous-jacentes énumérées dans l'arrêt *Irwin Toy*³⁹. Pour le juge Lamer, c'est en centrant toute l'analyse de la portée de l'alinéa 2b) de la Charte sur son critère de compatibilité fonctionnelle qu'il remplace l'analyse des objet et effets de la mesure gouvernementale. Le critère du juge Lamer vient aussi réduire significativement la sphère des activités protégées par l'alinéa 2b) de la Charte, alors que dans l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour suprême affirmait que cette disposition visait à couvrir toute activité ayant « pour but de transmettre un message »⁴⁰.

C'est probablement la juge McLachlin qui s'écarta le moins de l'arrêt *Irwin Toy*. Avec l'accord de deux autres juges, la juge McLachlin reprit l'analyse concernant les objet et effets de la mesure gouvernementale contestée. Ainsi, une restriction HLM sans considération du contenu du message sera considérée comme une atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte si ce message, sur la propriété gouvernementale visée, sert à promouvoir l'une des trois valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression⁴¹. L'on constate qu'aux fins d'adapter l'analyse des objet et effets à la situation en l'espèce, la juge McLachlin requit aussi l'établissement d'un lien entre ces valeurs sous-jacentes et le forum en cause.

(ii) *Similitudes entre les trois critères formulés dans l'arrêt République du Canada*

Malgré les apparences, les motifs des trois groupes de juges dans l'arrêt *République du Canada* ne sont pas si divergents qu'ils ne le paraissent. P.W. Hogg a exprimé l'avis que les motifs de la juge McLachlin finissent par se confondre avec ceux de la juge L'Heureux-Dubé :

³⁸ [1985] A.C.S. n° 17, [1985] 1 R.C.S. 295.

³⁹ *République du Canada*, *supra*, note 18, pp. 190-191.

⁴⁰ *Irwin Toy*, *supra*, note 34, p. 969, B.J. CAMERON, « A Bumpy Landing: The Supreme Court of Canada and Access to Public Airports Under Section 2(b) of the Charter », (1991-1992) 2 M.C.L.R. 91, 97-98.

⁴¹ *République du Canada*, *supra*, note 18, pp. 238-239.

McLachlin J. disagreed with her colleague [L'Heureux-Dubé], but proposed an alternative that in my view is virtually indistinguishable. She said that a prohibition on expression on governmental property would violate s. 2(b) only if the person seeking access was pursuing one of the three purposes of the guarantee of freedom of expression. [...] McLachlin J. assumed that a person or group demanding an audience in "the Prime Minister's office, an airport control tower, a prison cell or a judge's private chambers" would be unable to fit within one of the three purposes. But why not? The purposes are easily wide enough to embrace any statement or demonstration in any imaginable forum. In the end, therefore, McLachlin J. is in the same camp as L'Heureux-Dubé: any restriction on access for the purpose of expression anywhere on government property would need to be justified under s. 1⁴².

Il y a lieu de convenir que ces valeurs sous-jacentes sont des catégories suffisamment générales pour couvrir virtuellement tout contenu expressif (sauf la violence). C'est d'ailleurs ce que confirma la Cour suprême lorsqu'elle jugea que l'alinéa 2b) de la Charte protège *a priori* même le discours haineux et la distribution de matériel pornographique infantile. Il s'ensuit effectivement que si le critère de la juge McLachlin visait essentiellement le lien entre l'activité expressive et les valeurs sous-jacentes, ce critère transférerait l'analyse sous l'article premier de la Charte dès que l'existence d'une activité expressive serait établie. Cependant, à mon avis, là où la juge McLachlin se démarqua de la juge L'Heureux-Dubé, c'est dans le fait que le critère des valeurs sous-jacentes tient aussi compte du lieu où une personne veut exercer sa liberté d'expression. Sur ce lien additionnel, la juge McLachlin précisa en effet que « [d]ans le cas où la restriction vise une propriété d'État, l'examen consiste à déterminer si le lien existant entre le forum et l'activité d'expression en cause soulève l'une des valeurs ou des principes qui sous-tendent la garantie. »⁴³ C'est ce qui explique pourquoi l'exercice d'une activité expressive dans « le bureau du Premier ministre, une tour de contrôle aérien, une cellule de prison ou le cabinet d'un juge » échouerait le critère des valeurs sous-jacentes et il ne serait alors plus nécessaire de procéder à l'analyse sous l'article premier. Au

⁴² HOGG, *supra*, note 11, p. 40-42.

⁴³ *République du Canada, supra*, note 18, p. 239. Voir aussi D.F. BUR et J.K. KEHOE, « Developments in Constitutional Law: The 1990-91 Term », (1992) 3 S.C.L.R. (2d) 403, 489-490, R. MOON, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*, Toronto, University of Toronto Press, 2000, p. 156.

contraire, en vertu de la position de la juge L'Heureux-Dubé, la nature du lieu où l'activité expressive est exercée ne serait pertinente qu'à l'étape de l'analyse sous l'article premier.

Par ailleurs, on peut se questionner sur l'incidence exacte de la nature de la propriété dans le critère des valeurs sous-jacentes. Bien que la juge McLachlin voulut éviter d'importer intégralement la théorie américaine du forum public⁴⁴, elle finit néanmoins par s'y appuyer pour identifier le genre de propriété sur lequel l'exercice de la liberté d'expression favorise les valeurs sous-jacentes : ainsi, l'activité expressive sur une propriété gouvernementale à caractère privé ne favoriserait pas les valeurs sous-jacentes, mais cette même activité les favoriserait sur une propriété gouvernementale qui, par tradition ou désignation, a été consacrée à l'expression publique⁴⁵. Sous l'angle du critère de compatibilité fonctionnelle, cela reviendrait à dire que ce dernier type de propriété, de par son caractère, est compatible avec l'activité expressive alors que ce n'est pas le cas d'une propriété gouvernementale à caractère privé, c.-à-d. dont l'accès au public est restreint. Il appert donc qu'avec cette distinction public/privé ainsi que le caractère général des valeurs sous-jacentes, le critère de la juge McLachlin finit par rejoindre celui du juge Lamer. Par ailleurs, même si les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé se gardent de vouloir adopter le critère du juge Lamer à l'étape de l'application de l'alinéa 2b) de la Charte, elles reconnaissent sa pertinence au stade de l'analyse sous l'article premier⁴⁶.

Enfin, les divergences structurelles dans les trois approches de l'arrêt *République du Canada* n'ont pas empêché tous les juges de cette Cour d'arriver au même résultat final, soit d'accueillir la contestation constitutionnelle des requérants désirant exercer leur droit à la liberté d'expression sur les lieux publics de l'aéroport de Montréal. En fait, une revue de la jurisprudence canadienne démontre que lorsque la Cour suprême ou les cours d'appel eurent à appliquer successivement les trois critères développés dans cet arrêt, dans chaque cas, l'application des

⁴⁴ *République du Canada*, *supra*, note 18, p. 234.

⁴⁵ *Id.*, pp. 241-242. Voir aussi MOON, *supra*, note 43, pp. 158-159, 162-164. Aux fins de l'exercice à la liberté d'expression, le droit américain distingue habituellement trois types de propriétés gouvernementales; et la propriété bénéficiant de la meilleure protection constitutionnelle est celle qui, par tradition ou désignation, a été consacrée à l'expression publique.

⁴⁶ *République du Canada*, *supra*, note 18, pp. 203, 235, 249.

trois critères les amenait invariablement à un même résultat⁴⁷. L'arrêt 2952-1366 *Québec Inc.* n'y fait pas exception non plus.

(iii) *Refonte du critère applicable en vertu de l'arrêt 2952-1366 Québec Inc.*

La discussion constitutionnelle dans l'arrêt 2952-1366 *Québec Inc.* s'inscrit dans la tentative de la Cour suprême de s'entendre et de préciser les critères applicables pour mieux circonscrire l'étendue de la sphère d'activités expressives couvertes par l'alinéa 2*b*) de la Charte. Dans cet arrêt, la Cour suprême constata que l'application des trois groupes de critères développés dans l'arrêt *République du Canada* menait encore une fois à une même conclusion, soit que l'activité expressive en cause, c.-à-d. la diffusion de la trame sonore du spectacle de danseuses érotiques sur la voie publique, était couverte par la protection de l'alinéa 2*b*) de la Charte et que la mesure gouvernementale contestée, c.-à-d. un règlement municipal, constituait une restriction à la liberté d'expression de la compagnie intimée (par. 65-69 de l'arrêt 2952-1366 *Québec Inc.*). C'est donc dans un *obiter* de 12 paragraphes que la Cour développa un nouveau test visant à déterminer si l'activité expressive visée tenue sur une propriété gouvernementale bénéficie de la protection de l'alinéa 2*b*) de la Charte. Le nouveau test est ainsi formulé (par. 74) :

La question fondamentale quant à l'expression sur une propriété appartenant à l'État consiste à déterminer s'il s'agit d'un endroit public où l'on s'attendrait à ce que la liberté d'expression bénéficie d'une protection constitutionnelle parce que l'expression, dans ce lieu, ne va pas à l'encontre des objectifs que l'al. 2*b*) est censé favoriser, soit : (1) le débat démocratique; (2) la recherche de la vérité; et (3) l'épanouissement personnel. Pour trancher cette question, il faut examiner les facteurs suivants :

a) la fonction historique ou réelle de l'endroit;

⁴⁷ Voir *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] A.C.S. n° 87, [1993] 2 R.C.S. 1084; *Weisfeld c. Canada*, [1994] A.C.F. n° 999, [1995] 1 C.F. 68 (C.A.); *British Columbia Public School Employers' Assn. c. B.C.T.F.*, *supra*, note 19, pp. 401-402; *R. c. Squires*, [1992] O.J. No. 2738, 11 O.R. (3d) 385 (C.A.) (j. Tarnopolsky, dissident).

b) les autres caractéristiques du lieu qui laissent croire que le fait de s'y exprimer minerait les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression.

Comme le reconnut la Cour, ce test résulte d'une combinaison des critères développés par les juges Lamer et McLachlin dans l'arrêt *République du Canada* (par. 73). La discussion par la Cour de ce test Lamer-McLachlin démontra elle aussi que les critères de l'arrêt *République du Canada* sont davantage interreliés qu'eussent pu le laisser entendre leurs auteurs dans leurs motifs respectifs.

L'*obiter* de la Cour commanda donc d'appliquer une analyse en deux étapes successives. La première étape consiste à examiner les fonctions historique et réelle du lieu et déterminer si elles sont conformes ou compatibles avec l'exercice de la liberté d'expression (par. 75-76). Il s'agit donc d'un emprunt du critère de compatibilité fonctionnelle du juge Lamer. Par contre, des fonctions historique et réelle, la Cour jugea plus importante la fonction historique en affirmant que lorsque l'utilisation historique d'une propriété gouvernementale pour l'exercice de la liberté d'expression est établie, l'exercice de l'activité expressive sur ce lieu sera protégé (par. 75 *in fine*). L'on peut même penser que la Cour aurait accordé prépondérance aux facteurs fonctionnels quand elle affirme que « la plupart des affaires seront tranchées sur le fondement de la fonction historique ou réelle. » (par. 77) Cependant, la Cour s'empressa de rappeler que l'ultime question « sera toujours de savoir si la liberté d'expression à l'endroit en cause minerait les valeurs que cette garantie est censée promouvoir. » (par. 77) L'interrelation entre les facteurs fonctionnels et le facteur des valeurs sous-jacentes fut confirmée lorsque la Cour affirma que « [l]es fonctions historique et réelle servent aussi d'indicateurs des endroits où l'exercice de la liberté d'expression aurait pour effet de miner les valeurs sous-jacentes » (par. 77). Ce fut par la deuxième étape du test Lamer-McLachlin que la Cour laissa la porte entrouverte pour considérer des facteurs non historiques et non réels (dans la mesure où cela existe) reliés à des valeurs sous-jacentes. La Cour n'élabora pas grandement sur cette étape, mais ses mentions notamment quant au cyberspace et aux progrès sociaux et technologiques laissent supposer qu'un jour, le débat sur l'accès au domaine public aux fins d'exercice de la liberté d'expression puisse se transposer en des lieux qui, jusqu'à maintenant, n'ont pas encore fait l'objet de revendications d'accès; ainsi, est-ce que dans l'avenir, la Charte pourrait obliger le gouvernement

à réserver un certain espace sur ses sites web aux individus désireux d'y exercer leur liberté d'expression et communiquer leurs messages aux autres internautes visitant ces mêmes sites ?

Par rapport au rôle qu'attribua la Cour suprême aux valeurs sous-jacentes, l'on peut faire deux observations. D'abord, dans l'arrêt 2952-1366 *Québec Inc.*, la Cour invoqua les valeurs sous-jacentes à deux reprises, soit dès l'étape initiale de la détermination de la sphère d'activités protégées par l'alinéa 2b) de la Charte, et à l'étape de l'analyse de l'atteinte à l'alinéa 2b) (par. 83). Ensuite, il est aussi intéressant de noter la formulation négative du test Lamer-McLachlin, c.-à-d. l'activité expressive « ne va pas à l'encontre » des valeurs sous-jacentes, alors que dans l'arrêt *République du Canada*, le critère exigeait que l'expression serve « à promouvoir » ces valeurs⁴⁸. L'on peut se demander, en fin de compte, si l'introduction du rôle des valeurs sous-jacentes à l'étape initiale du test de l'arrêt *Irwin Toy* est réellement pertinente, compte tenu du fait que le critère des valeurs sous-jacentes tel qu'élaboré dans l'arrêt *République du Canada*, revient à nouveau à l'étape suivante de l'examen de l'atteinte à l'alinéa 2b) (par. 83).

Au terme de notre examen du test Lamer-McLachlin, il y a lieu de se demander ce qu'il a accompli dans l'ensemble du débat relatif à la liberté d'expression sur une propriété gouvernementale. D'emblée, le fait que le test Lamer-McLachlin ait obtenu l'accord d'une majorité de juges constitue sûrement un développement positif, mais il ne devrait pas changer le fond des analyses sur la question. D'une certaine façon, l'on pourrait dire que la Cour a voulu préserver la division entre les propriétés gouvernementales où l'activité expressive sera interdite *ab initio* et celles qui recevront une protection *prima facie* de l'alinéa 2b) de la Charte. C'est pour ce second type de propriétés que le gouvernement aura à justifier sa restriction à la liberté d'expression en vertu de l'article premier de la Charte.

(iv) *Test de l'article premier*

(a) *Pertinence du cadre général d'analyse*

C'est par rapport à l'article premier de la Charte que se manifeste le plus visiblement la pertinence de tout le débat entourant la portée exacte

⁴⁸ *République du Canada*, *supra*, note 18, pp. 238, 243. Voir aussi *Irwin Toy*, *supra*, note 34, pp. 976-977.

de la liberté d'expression prévue par l'alinéa 2b) de la Charte. D'abord, l'effet juridique le plus évident est le renversement du fardeau de preuve au détriment du gouvernement qui doit alors justifier son atteinte à la liberté d'expression. L'on réalise alors que si la Cour suprême avait retenu le critère de la juge L'Heureux-Dubé, toute la démonstration concernant la compatibilité fonctionnelle ainsi que la promotion des valeurs sous-jacentes aurait incombé au gouvernement et non au requérant comme c'est maintenant le cas. Dans l'arrêt *République du Canada*, la juge McLachlin avait justement critiqué le critère de compatibilité fonctionnelle qui imposait au requérant « d'établir que son expression n'entrave aucunement la fonction gouvernementale, une tâche qui pourrait s'avérer difficile étant donné la connaissance supérieure qu'a l'État de la façon dont l'endroit visé fonctionne le mieux. »⁴⁹

L'autre avantage pour le requérant à cette étape est l'exigence préalable que la restriction à sa liberté d'expression soit faite par une règle de droit. Et en l'absence d'une telle règle de droit, la contestation du requérant sera alors automatiquement accueillie. Ce scénario illustre aussi une difficulté de la position adoptée par la juge L'Heureux-Dubé. Suivant son approche, une interdiction de manifestation sur une propriété gouvernementale comme un cabinet du juge sera invalidée à moins d'être justifiée en vertu de l'article premier; bien sûr, dans cet exemple, une telle justification pourra être aisément démontrée⁵⁰. Cependant, si, dans un autre cas, le gouvernement ne parvenait pas à relier son interdiction à une règle de droit ou omettait de présenter une argumentation en vertu de l'article premier, il s'ensuivrait que théoriquement, l'interdiction serait invalidée. À ce sujet, notons que dans l'arrêt *République du Canada*, une majorité de la Cour jugea que l'exigence relative à la règle de droit n'avait pas été remplie; ainsi, selon le juge Lamer, le règlement sur lequel l'autorité publique s'appuyait pour porter atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte était inapplicable en

⁴⁹ *République du Canada*, *supra*, note 18, p. 236. Voir aussi M. KANTER, « Balancing Rights Under Section 2(b) of the Charter: Case Comment on *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada* », (1992) 17 Queen's L.J. 489, 498.

⁵⁰ La position de la juge L'Heureux-Dubé a tout de même été favorablement accueillie par le juge Chamberland, dissident dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2002] J.Q. n° 3376, [2002] R.J.Q. 2986, 3000 (C.A.), et certains auteurs; voir CAMERON, *supra*, note 40, KANTER, *supra*, note 49, C. BECKTON, « Freedom of Expression in Canada – 13 years of Charter Interpretation », dans G.-A. BEAUDOIN et E. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996, p. 169, à la page 200.

l'espèce, ce qui faisait que leur action n'était basée sur aucune règle de droit. Quant à la juge L'Heureux-Dubé, elle fut d'avis que le règlement en question était constitutionnellement imprécis et ne pouvait donc constituer une restriction prescrite par une règle de droit⁵¹.

Par ailleurs, on peut se demander si la décision de la Cour suprême de ne pas adopter l'interprétation large de la juge L'Heureux-Dubé est en partie motivée par un certain idéal de la liberté d'expression. C'est ce que suggère une réflexion de la juge McLachlin dans l'arrêt *République du Canada* :

J'ai envisagé un certain nombre d'autres critères d'application de l'al. 2b) et je les ai tous trouvés insuffisants. Les solutions extrêmes qui consistent à étendre l'application de l'al. 2b) à toute propriété gouvernementale et à refuser toute protection constitutionnelle à l'expression sur quelque propriété gouvernementale que ce soit sont incompatibles avec le fondement historique et philosophique du droit à la libre expression.⁵²

Pour la majorité de la Cour dans les arrêts *République du Canada* et 2952-1366 *Québec Inc.*, l'alinéa 2b) de la Charte, indépendamment de l'article premier, ne peut être conçu comme conférant une liberté d'expression absolue. Des restrictions internes y sont implicites et comme le rappelle le juge Lamer, « les droits des uns sont toujours délimités par les droits des autres. »⁵³

(b) Pertinence de l'étendue d'une restriction à l'alinéa 2b) sur sa validité

Dans l'arrêt 2952-1366 *Québec Inc.*, la conclusion que le règlement dans ses effets portait atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte amena la Cour

⁵¹ *République du Canada*, *supra*, note 18, pp. 159-164, 207-215. Le juge Gonthier a souscrit à cette partie de l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé, et il semble que le juge Cory y ait aussi souscrit; le juge Sopinka a souscrit à l'opinion du juge Lamer. Voir aussi 2952-1366 *Québec Inc.*, *supra*, note 33, pp. 204-205 (j. Binnie, dissident). Par ailleurs, dans l'arrêt *Morin c. Regional Administrative Unit No. 3*, [2002] P.E.L.J. No. 36, 213 D.L.R. (4th) 17, 65, 70 (C.S.Î.-P.-É. (div. appel)), la commission scolaire avait choisi d'adopter la position qu'aucun argument sous l'article premier n'était nécessaire; en conséquence, la Cour d'appel, après avoir constaté une atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte, retourna l'affaire au juge de première instance pour une détermination sur le *quantum* des dommages. Sur le concept de restriction par une règle de droit, voir la partie IIA, ci-dessus.

⁵² *République du Canada*, *supra*, note 18, p. 236. Voir aussi CAMERON, *supra*, note 40, p. 108.

⁵³ *République du Canada*, *supra*, note 18, p. 157.

à appliquer l'article premier. À cette étape de l'analyse, l'étendue de la restriction devint le facteur déterminant et l'arrêt de principe est *Ramsden c. Peterborough (Ville)*⁵⁴. Dans cet arrêt, la Cour décida qu'un règlement municipal qui interdisait l'affichage sur toute propriété publique portait atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte et n'était pas sauvegardé par l'article premier. Cet arrêt a donc établi le principe qu'une interdiction totale d'exercer une activité expressive sur une propriété gouvernementale ne sera pas justifiée en vertu de l'article premier parce que trop générale et disproportionnée⁵⁵. La principale difficulté avec cette règle est de déterminer ce qui constitue une interdiction « totale ». Par exemple, dans l'arrêt *Ramsden*, bien que le règlement municipal interdisait à l'intimé d'apposer des affiches sur les propriétés gouvernementales, l'on aurait pu prétendre qu'au contraire, plusieurs autres moyens de communication lui étaient disponibles, notamment la publication de son annonce dans les médias ou simplement la distribution directe aux passants.

En conséquence, pour que la règle énoncée dans l'arrêt *Ramsden* puisse avoir un sens logique, on peut déduire de la jurisprudence que la détermination de la nature totale ou non de l'interdiction doit se faire en deux étapes. La première étape consiste à identifier l'étendue exacte de la propriété sur laquelle l'interdiction s'applique. Ainsi, dans l'arrêt *Société de transport de la Communauté urbaine de Montréal c. Robichaud*⁵⁶ était contesté un règlement interdisant la distribution de tracts dans les parties du système de métro de Montréal situées au-delà des tourniquets. Le juge de première instance avait invalidé ce règlement au motif qu'il constituait une négation absolue de la liberté

⁵⁴ *Supra*, note 47.

⁵⁵ Voir : *Toronto (City) c. Quickfall*, [1994] O.J. No. 142, 16 O.R. (3d) 665 (C.A.); *British Columbia Public School Employers' Assn. c. B.C.T.F.*, *supra*, note 19, pp. 409, 418; *R. c. Squires*, *supra*, note 47; *Société de transport de la Communauté urbaine de Montréal c. Robichaud*, [1997] A.Q. n° 521, 147 D.L.R. (4th) 235 (C.A. Qué.); *Weisfeld c. Canada*, *supra*, note 47, pp. 100-101; R.J. SHARPE et K. ROACH, 3^e éd., *The Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Irwin Law, 2005, p. 126; J. MASCARIN, « Freedom of Expression and Municipal Sign By-laws », (1993) 16 M.P.L.R. (2d) 38, 43; A. VINCENT, « La liberté d'expression et les limitations imposées par l'État », dans Service de la formation permanente – Barreau du Québec, *Développements récents en droit criminel (1994)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1995, p. 15, à la page 29; M. DELORME et V. BÉLANGER, « Affichage, domaine public et liberté d'expression », dans Service de la formation permanente – Barreau du Québec, *Développements récents en droit municipal (1994)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1994, p. 103, à la page 126.

⁵⁶ *Supra*, note 55.

d'expression dans le métro. Au nom de la Cour d'appel, le juge Fish fut d'un autre avis :

Nor would I hold that s. 5.01 is of "absolute character" because it totally prohibits the distribution of written materials in part of the system. The effect of the by-law should in my view be measured globally according to its impact on the affected public property taken as a whole, and not in relation to designated sections separately considered⁵⁷.

On aurait pu convenir avec le juge de première instance que dans toutes les aires situées au-delà des tourniquets, la prohibition de distribution des tracts était totale. Cependant, l'aire globale qui aurait dû être considérée était le système de métro dans son ensemble et de ce dernier point de vue, l'interdiction prescrite par le règlement n'était pas totale. Certains observeront que dans la délimitation de l'aire visée aux fins de cette première étape, il est inévitable que les tribunaux disposent d'une importante marge de discrétion. Cependant, il semble que pour identifier l'étendue de cette aire, le tribunal devrait tenir compte d'un critère de pertinence examiné principalement à partir du point de vue du requérant. Ce critère de pertinence vise à déterminer, indépendamment de la restriction existante, l'étendue de l'aire appartenant à l'autorité publique à l'intérieur de laquelle l'activité expressive du requérant peut atteindre l'essentiel de ses objectifs. Ainsi, pour M. Robichaud, que sa distribution de tracts dans le métro ait lieu à l'extérieur des tourniquets plutôt qu'à l'intérieur n'est pas réellement un inconvénient significatif; de plus, ses objectifs d'accessibilité au public ne seront pas significativement affectés du fait qu'il doive se déplacer de quelques mètres dans la station de métro⁵⁸.

Quant à la deuxième étape, elle reflète en partie le volet de l'atteinte minimale du test de l'article premier et consiste à examiner si l'interdiction du gouvernement sur la propriété visée laisse néanmoins aux individus des moyens de communications dont l'efficacité et les coûts sont comparables au(x) moyen(s) que le gouvernement veut

⁵⁷ *Société de transport de la Communauté urbaine de Montréal c. Robichaud*, *supra*, note 55.

⁵⁸ Voir *R. c. Squires*, *supra*, note 47, pp. 394, 419 (jj. Houlden et Osborne) concernant l'interdiction de filmer les personnes qui entrent et sortent des salles d'audience à l'intérieur des palais de justice; voir aussi *British Columbia Public School Employers' Assn. c. B.C.T.F.*, *supra*, note 19, pp. 407-409.

interdire. Ainsi, dans l'arrêt *Weisfeld c. Canada*⁵⁹, la Cour d'appel fédérale refusa de considérer que la décision du gouvernement de démanteler l'abri de M. Weisfeld installé sur la colline parlementaire constituait une négation totale de sa liberté d'expression :

en exerçant les droits qu'il avait en common law, le gouvernement ne restreignait qu'une forme d'expression : l'abri. Le gouvernement n'a pas empêché l'appelant d'employer les divers autres moyens pour communiquer son message public. L'appelant pouvait parler aux passants, distribuer des dépliants, et même brandir une bannière. Dans ce cas-ci, on n'a pas utilisé d'armes ou de blindés pour supprimer toute dissidence. On a eu recours à des restrictions beaucoup moins sévères. À mon avis, le fait de simplement nier à l'appelant le droit d'ériger et d'occuper un abri permanent, mais de ne pas l'empêcher d'employer ses autres moyens de communication, portait atteinte à sa liberté d'expression aussi peu que cela était raisonnablement possible dans les circonstances⁶⁰.

À cette étape, l'application du critère est encore examinée sous l'angle du requérant. Dans le cas de M. Weisfeld, la communication de son message d'opposition aux essais de missiles de croisière pouvait être faite tout aussi efficacement et au même coût par d'autres moyens sur la colline parlementaire. Ce scénario est donc à distinguer de celui où le gouvernement aurait interdit toute activité expressive sur la colline parlementaire en prétendant que les personnes voulant passer leur message pourraient le faire ailleurs, par exemple devant les autres édifices du gouvernement fédéral ou à travers les médias. Du point de vue de M. Weisfeld, sa manifestation ailleurs que devant le siège de l'État canadien n'aurait clairement pas la même signification et n'attirerait pas autant l'attention. Quant à l'option visant les médias, les coûts seraient beaucoup plus élevés.

⁵⁹ *Supra*, note 47.

⁶⁰ *Weisfeld c. Canada*, *supra*, note 47, p. 101. Voir aussi : *British Columbia Public School Employers' Assn. c. B.C.T.F.*, *supra*, note 19, p. 409; *République du Canada*, *supra*, note 18, p. 203 (j. L'Heureux-Dubé); *Corp. Sun Media c. Montréal (Société de transport de)*, [2004] J.Q. n° 7701, [2004] R.J.Q. 1809, 1822 (C.A.); *R. c. Squires*, *supra*, note 47, pp. 394, 419 (jj. Houlden et Osborne).

(c) Application de l'arrêt Ramsden dans l'arrêt 2952-1366 Québec Inc.

Dans l'arrêt 2952-1366 *Québec Inc.*, la Cour suprême invoqua deux raisons qui faisaient en sorte que le règlement de la Ville ne constituait pas une interdiction totale. Premièrement, l'interdiction dans le règlement ne viserait que le bruit interférant avec la jouissance paisible de l'environnement urbain. Et deuxièmement, le règlement attribuait au comité exécutif le pouvoir d'autoriser des exceptions à l'interdiction (par. 90) :

L'article 20 du Règlement permet en effet à la Ville d'autoriser l'usage d'appareils sonores autrement interdit par les art. 9 et 11, dans des circonstances particulières, notamment à l'occasion d'événements spéciaux, de fêtes et de manifestations. La Ville a exercé ce pouvoir et accordé des permis relatifs à l'usage d'appareils sonores des centaines de fois : par. 115, le juge Chamberland. Aucune preuve n'établit qu'elle aurait exercé ce pouvoir arbitrairement ou dans le but de restreindre le débat démocratique.

Ces deux raisons m'amènent à soulever autant d'objections. D'abord, le raisonnement de la Cour suprême n'exigea pas, contrairement à ce que j'ai suggéré plus haut, que la règle de l'arrêt *Ramsden* devrait être appliquée du point de vue du requérant. Pour la Cour, l'interdiction faite par le règlement de la Ville n'était pas totale parce que l'émission de certains bruits était autorisée et que le comité exécutif pouvait autoriser des exceptions au règlement. Cependant, l'exemple qu'elle tira des motifs dissidents en Cour d'appel⁶¹ était limité aux événements, fêtes et manifestations qui ne concernent aucunement le message que la compagnie intimée voulait communiquer à travers ses émissions de trame sonore du spectacle à l'intérieur⁶². Appliquant la

⁶¹ « Je rappelle finalement que le *Règlement sur le bruit* est ainsi fait que l'article 20 autorise le Comité exécutif de l'appelante à déterminer, par ordonnance, des modalités d'exception aux articles 9 et 11 'dans les circonstances ou à l'occasion d'événements, de fêtes ou de manifestations qu'il précise ou autorise', pouvoir qu'il a, de fait, exercé des centaines de fois dans le passé. » *Montréal (Ville de) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2002] J.Q. n° 3376, [2002] R.J.Q. 2986, par. 115 (C.A.) (j. Chamberland, dissident).

⁶² On peut se demander si cette forme d'analyse avait pour but de se conformer à l'approche mise de l'avant dans l'arrêt *Irwin Toy*, *supra*, note 34, p. 973, au sujet de l'analyse de l'objet de la loi : « [d]ans l'application du critère de l'objet à la garantie de la liberté d'expression, [...] l'objet doit être évalué du point de vue de la garantie elle-même. » Cf. aussi *Corp. Sun Media c. Montréal (Société de transport de)*, *supra*, note 60, pp. 1822-1823. Mais voir la critique de M.D. LEPOFSKY, « The Supreme Court's Approach to Freedom of Expression – *Irwin Toy v.*

deuxième étape de notre test développé à la suite de l'arrêt *Ramsden*, il n'y a pas de preuve que le règlement laissait à l'intimée des moyens de communication de son message commercial à des coûts comparables pour l'efficacité obtenue. C'est en ce sens qu'on peut considérer que pour la compagnie intimée, l'interdiction était totale, à moins que le processus d'autorisations discrétionnaires prévu par le règlement ne vienne estomper le caractère absolu de l'interdiction.

La seconde objection concerne justement ce pouvoir discrétionnaire sur lequel s'appuya la Cour suprême pour affirmer que l'interdiction du règlement n'était pas totale. Cette exigence d'autorisation du règlement de la Ville rappelle les faits de l'affaire *Toronto (City) c. Quickfall*⁶³ dans laquelle étaient contestés deux règlements municipaux qui interdisaient l'affichage sans autorisation valide sur les voies publiques. Au nom de la Cour d'appel, la juge Abella, invalida les règlements au motif que l'absence de procédure permettant d'obtenir les autorisations requises équivalait à faire de ces règlements des interdictions totales *de facto*. Dans l'arrêt 2952-1366 *Québec Inc.*, la majorité s'appuya sur les constatations de fait du juge Chamberland, dissident en appel, pour conclure qu'il n'y avait pas d'interdiction totale *de facto*. Autrement dit, parce que la Ville avait par le passé autorisé des centaines de cas d'exception pour des événements spéciaux, fêtes ou manifestations, il n'y avait pas de raison de croire qu'elle agirait arbitrairement devant une demande d'autorisation d'émission de trame sonore d'un spectacle érotique pour fins d'attirer la clientèle (par. 90). Cette question du pouvoir discrétionnaire de la Ville n'échappa pas non plus au juge Binnie, dissident en l'espèce, qui écrivit :

La solution retenue par la Ville pour régler ce problème de portée excessive consiste à s'en remettre au pouvoir discrétionnaire de la poursuite. J'estime, en toute déférence, que cette solution n'en est pas une. Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite conféré par le par. 9(1) n'est régi par aucun critère prescrit par une règle de droit. Comme l'a souligné notre Cour dans *R. c. Smith*, [1987] A.C.S. n° 36, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1078 :

Dans son mémoire, le ministère public soutient que de telles violations éventuelles peuvent être évitées, et le sont vraiment,

Quebec (Attorney General) – And the Illusion of Section 2(b) Liberalism », (1993) 3 N.J.C.L. 37, 64-65.

⁶³ *Supra*, note 55.

par l'utilisation appropriée du pouvoir discrétionnaire du ministère public d'inculper pour une infraction moindre.

À mon avis, l'article ne peut pas être sauvegardé en invoquant ce pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de ne pas appliquer la loi dans les cas où il estime que son application entraînerait une violation de la Charte. Ce serait là ignorer totalement l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui porte que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit et les tribunaux ont le devoir de déclarer qu'il en est ainsi; ils ne peuvent laisser ni au ministère public ni à personne d'autre le soin d'éviter une violation. . . [Je souligne.]

Ainsi, pour le juge Binnie, le règlement était inconstitutionnel avec ou sans l'insertion d'une disposition conférant un pouvoir discrétionnaire. Si le juge Binnie avait raison, la validité du règlement ne tiendrait alors plus qu'à une « interprétation contextuelle de la disposition contestée [qui] mène à la conclusion que le par. 9(1) ne vise que le bruit qui interfère avec l'utilisation et la jouissance paisibles de l'environnement urbain. » (par. 90)

III. PRINCIPES STRUCTURELS

Il est reconnu que la Constitution canadienne contient un certain nombre de principes structurels non écrits qui guident son interprétation. Parmi ceux-ci, l'on retrouve les principes de la primauté du droit et du fédéralisme, la principale expression textuelle de ce dernier dans la Constitution étant le partage des compétences⁶⁴. Durant l'année 2005-2006, la Cour a rendu trois arrêts en matière de fédéralisme et de partage des compétences, dont l'un d'entre eux a aussi porté sur le principe de la primauté du droit.

Le 29 septembre 2005, la Cour suprême rendit l'arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*⁶⁵. Dans cette affaire, les compagnies de tabac contestaient une loi rétroactive de la Colombie-Britannique, la *Tobacco Damages and Health Recovery Act*⁶⁶ qui créait pour le gouvernement de cette province un nouveau droit civil d'action

⁶⁴ Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] A.C.S. n° 61, [1998] 2 R.C.S. 217, 246-247.

⁶⁵ [2005] A.C.S. n° 50, [2005] 2 R.C.S. 473 [*Imperial Tobacco*].

⁶⁶ S.B.C. 2000, c. 30.

contre les compagnies de tabac pour les dépenses gouvernementales engagées en soins de santé reliés à la consommation de tabac. Dans le cadre de ce droit d'action, la loi prévoyait aussi un renversement du fardeau de preuve à l'encontre des défendeurs. Comme premier argument, les compagnies de tabac invoquèrent le caractère extraterritorial de la loi provinciale.

Le 20 octobre 2005, la Cour suprême rendit le *Renvoi sur l'assurance-emploi*⁶⁷ dans lequel les gouvernements fédéral et du Québec demandaient à la Cour si les prestations de maternité (et parentales) accordées par la *Loi sur l'assurance-emploi*⁶⁸ étaient constitutionnellement valides en regard du partage des compétences. Pour trancher la question, la Cour examina d'abord le caractère véritable des dispositions législatives contestées et rechercha ensuite la rubrique de compétence législative à laquelle ces dispositions se rapportent. La Cour détermina que le caractère véritable de la loi est de « remplace[r] le revenu d'emploi des femmes assurées qui subissent une interruption de gains à l'occasion d'une grossesse. »⁶⁹ Elle jugea ensuite que de par son caractère véritable, la loi était *intra vires* de la compétence fédérale sur l'assurance-chômage (art. 91(2A) L.c. 1867). Pour parvenir à cette conclusion, la Cour interpréta la compétence fédérale sur l'assurance-chômage de façon évolutive afin de tenir compte des changements socio-économiques de la société canadienne et plus particulièrement dans le marché du travail.

Le 17 novembre 2005, la Cour suprême rendit l'arrêt *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*⁷⁰. Dans cette affaire, la compagnie MegaBlocs, poursuivie par le fabricant de jeux LEGO en vertu de l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*⁷¹ qui créait un droit d'action de nature civile pour commercialisation trompeuse, invoqua que cet article était *ultra vires* de la compétence législative fédérale. Pour trancher la question, la Cour appliqua la théorie de l'empiétement et conclut que même si l'alinéa 7b) de la loi empiétait sur la compétence législative provinciale, l'article était néanmoins suffisamment intégré à un régime législatif valide. Conséquemment, la Cour conclut que l'alinéa 7b) de la loi est constitutionnellement valide.

⁶⁷ *Supra*, note 1.

⁶⁸ L.C. 1996, c. 23, art. 22, 23.

⁶⁹ *Renvoi sur l'assurance-emploi*, *supra*, note 1, 687.

⁷⁰ [2005] A.C.S. n° 66, [2005] 3 R.C.S. 302.

⁷¹ L.R.C. 1985, c. T-13.

Le *Renvoi sur l'assurance-emploi* et l'arrêt *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, quoique fort importants et intéressants, sont fidèles au droit existant et ne soulèvent pas réellement de difficultés particulières. En conséquence, dans cette seconde partie, mes commentaires sur le partage des compétences se limiteront à la territorialité de la compétence législative provinciale. Je terminerai par une revue du principe de la primauté du droit tel appliqué dans l'arrêt *Imperial Tobacco*.

A. Territorialité de la compétence législative provinciale

(i) *Le fondement traditionnel : le Renvoi : Churchill Falls*

Dans le renvoi *re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*⁷², Hydro-Québec contesta la constitutionnalité d'une loi terre-neuvienne qui, indirectement et par le moyen de l'expropriation des installations hydroélectriques appartenant au cocontractant d'Hydro-Québec, aurait eu pour effet de mettre fin à un contrat d'énergie entre Hydro-Québec et son cocontractant. Le contrat d'énergie accordait à Hydro-Québec presque toute l'électricité produite aux chutes Churchill pour une période minimale de 40 ans. Ce renvoi a officiellement soumis la détermination de l'inconstitutionnalité d'une loi pour motif d'extraterritorialité à la théorie du caractère véritable. Selon la Cour suprême, la loi provinciale contestée en raison de ses effets à l'extérieur de la province ne sera déclarée *ultra vires* que si, de par son caractère véritable, cette loi porte atteinte à des droits extra-provinciaux. La Cour précisa que pour qu'un droit soit qualifié d'extra-provincial, il devait être *situé* à l'extérieur de la province⁷³. La principale difficulté dans l'application de cette règle consistait à déterminer l'endroit où se trouvait le droit faisant l'objet de l'atteinte par la loi provinciale contestée. Dans le *Renvoi : Churchill Falls*, la Cour trancha cette question en se fondant sur deux éléments du contrat d'énergie auquel l'assemblée législative de Terre-Neuve voulait mettre fin. D'abord, la Cour nota l'existence des droits contractuels d'Hydro-Québec de recevoir au Québec l'électricité produite aux chutes Churchill. Par ailleurs, le contrat d'énergie contenait une clause d'élection de for qui attribuait seulement aux tribunaux du Québec la compétence pour

⁷² [1984] 1 R.C.S. 297 [*Renvoi : Churchill Falls*].

⁷³ *Id.*, pp. 332, 334.

trancher tout différend résultant du contrat d'énergie. La Cour appliqua deux règles de droit international privé dites du *situs* selon lesquelles les droits découlant de contrats sont situés dans la province où l'obligation du débiteur est remplie ou l'action en justice peut être intentée. La Cour conclut que c'était au Québec que se trouvaient les droits contractuels auxquels la loi provinciale voulait porter atteinte; conséquemment, le caractère véritable de cette loi était extraterritorial et *ultra vires* de la compétence législative provinciale.

Si l'application de la théorie du caractère véritable aux contestations d'extraterritorialité des lois provinciales fut favorablement accueillie, il n'en fut pas de même de l'introduction de règles de droit international privé dans le débat constitutionnel. R.E. Sullivan et E. Edinger ont notamment observé que par suite du *Renvoi : Churchill Falls*, la validité d'une loi provinciale peut dorénavant finir par dépendre de la volonté des parties à un contrat⁷⁴. Dans l'hypothèse où les parties dans cette affaire avaient convenu que les tribunaux de Terre-Neuve auraient compétence exclusive pour trancher les différends découlant de leur contrat d'énergie, l'Assemblée législative de Terre-Neuve aurait-elle eu alors la compétence législative pour adopter sa loi d'expropriation des installations hydroélectriques? Un autre passage de cet arrêt qui fut critiqué faisait suite à l'argument du procureur général de Terre-Neuve qui avait justifié la loi provinciale sur la base de l'administration efficace par la province de ses ressources hydrauliques et besoins énergétiques. La Cour suprême écarta cet argument au motif que l'examen de la constitutionnalité d'une loi ne devait pas tenir compte de son caractère souhaitable au point de vue socio-économique⁷⁵. Ce passage de l'arrêt fut critiqué. L'on fit valoir qu'en droit international privé, la recherche du caractère véritable d'une loi devait faire appel à une approche fonctionnelle qui tienne compte des intérêts socio-économiques poursuivis par l'État; de plus, qu'il était incongru de parler d'effets extraterritoriaux accessoires lorsque l'essence du droit international privé concerne justement l'administration des droits ayant pris naissance dans d'autres juridictions⁷⁶.

⁷⁴ Voir R.E. SULLIVAN, « Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces », (1985) 7 S.C.L.R. 511, 540-545, E. EDINGER, « The Doctrines of Colourability and Extraterritoriality », (1985) 63 R. du B. can. 203.

⁷⁵ *Renvoi : Churchill Falls*, *supra*, note 72.

⁷⁶ *Worthington Corp. c. Atlas Turner inc.*, [2004] J.Q. n° 9246, [2004] R.J.Q. 2376, 2384-2385 (C.A.) citant G. GOLDSTEIN, « L'interprétation du domaine d'application international du

(ii) *L'incrustation du droit international privé : l'arrêt Morguard et sa progéniture*

Après le *Renvoi : Churchill Falls*, l'influence du droit international privé s'est rapidement propagée dans les débats sur l'extraterritorialité des lois provinciales. C'est dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*⁷⁷ que la Cour suprême énonça le fondement moderne du système canadien de droit international privé, à savoir les principes d'ordre et d'équité; en l'espèce, ces principes amenèrent l'adoption du critère du lien « réel et substantiel » entre le préjudice subi et le ressort dans lequel était intentée la poursuite. Bien que l'affaire fut essentiellement décidée dans le cadre du droit international privé, la Cour suggéra un rapprochement et même une identité entre le lien de connexité requis en matière d'extraterritorialité de la loi provinciale et celui donnant ouverture à la compétence juridictionnelle selon le droit international privé⁷⁸. La jurisprudence subséquente de la Cour suprême a confirmé le statut constitutionnel des principes d'ordre et d'équité⁷⁹. Il s'ensuit que pour qu'une loi de droit international privé soit constitutionnellement valide, elle doit satisfaire l'analyse juridique fondée sur les normes d'ordre et d'équité. Malgré que la Cour n'en ait pas dégagé le contenu exact⁸⁰, il semble que l'ordre et l'équité visent, de façon générale, à balancer adéquatement plusieurs principes ou réalités différents, tels la structure fédérale du pays, le contrôle par chaque province de son territoire, les principes de courtoisie ainsi que la recherche de sécurité et de justice dans les rapports juridiques entre les parties.

L'osmose forcée entre le droit international privé et le droit constitutionnel a engendré une certaine confusion dans l'examen de la

nouveau Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1992, p. 81, à la page 120, et G. SAUMIER, « The Recognition of Foreign Judgments in Québec – The Mirror Crack'd ? », (2002) 81 R. du B. can. 677, 716. Voir aussi *Murphy c. St. John's (City)*, 242 Nfld. & P.E.I.R. 356 (C.S.Î.-P.-É. (1^{re} inst.)).

⁷⁷ [1990] A.C.S. n° 135, [1990] 3 R.C.S. 1077 [*Morguard*].

⁷⁸ *Id.*, p. 1109.

⁷⁹ *Hunt c. T&N PLC*, [1993] A.C.S. n° 125, [1993] 4 R.C.S. 289, 324-327 [*Hunt*]; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] A.C.S. n° 39, [2003] 2 R.C.S. 63 [*Unifund*]. Voir aussi le *Renvoi : juges de la cour provinciale*, [1997] A.C.S. n° 75, [1997] 3 R.C.S. 3, 70-71, dans lequel la Cour suprême a interprété l'arrêt *Hunt* comme reconnaissant à titre de règle constitutionnelle non écrite le principe de reconnaissance totale par les tribunaux canadiens des décisions des tribunaux des autres provinces.

⁸⁰ Voir *Tolofson c. Jensen*, [1994] A.C.S. n° 110, [1994] 3 R.C.S. 1022, 1049; *Unifund*, *supra*, note 79, p. 99.

validité constitutionnelle des effets extraterritoriaux d'une loi provinciale. L'arrêt *Unifund*⁸¹ était l'occasion pour la Cour suprême de clarifier et peut-être consolider l'état du droit en la matière. Dans cette affaire, un assureur ontarien dut verser à deux de ses assurés victimes d'un accident de la route en Colombie-Britannique une indemnité obligatoire en vertu de la *Loi sur les assurances*⁸². Par la suite, l'assureur ontarien voulut réclamer le montant de cette indemnité légale à l'assureur du conducteur fautif dans l'autre province comme le permettait un règlement ontarien. L'analyse par la Cour suprême de la validité de la loi ontarienne se fit à nouveau en vertu du droit international privé, la raison étant probablement que la Cour, comme les parties au litige, assumait que la loi et le règlement ontariens, de par leur caractère véritable, étaient *intra vires* de la compétence législative de la province, d'où la contestation limitée à la seule applicabilité extra-provinciale de la loi ontarienne. Dans la recherche du lien de connexité applicable, la Cour refusa de recourir au critère du lien réel et substantiel de l'arrêt *Morguard*, car ce critère avait été développé dans le contexte de la compétence juridictionnelle des tribunaux alors qu'il s'agissait en l'espèce de l'application d'une loi à un défendeur extra-provincial⁸³. À la place, la Cour introduisit un nouveau critère de « suffisance » du lien de connexité entre la province ayant adopté la loi contestée, l'objet de cette loi et la personne que la loi cherche à assujettir. Ce lien serait d'une intensité supérieure au lien réel et substantiel antérieurement développé en matière de compétence juridictionnelle⁸⁴.

À la lumière des arrêts post-*Morguard* de la Cour suprême qui ont reconnu un statut constitutionnel aux principes d'ordre et d'équité issus du droit international privé, la contestation des lois provinciales doit donc satisfaire deux séries d'exigences. D'abord, la loi contestée devra se plier à la théorie du caractère véritable telle qu'appliquée dans le *Renvoi : Churchill Falls*; elle sera déclarée invalide si son caractère véritable est *ultra vires* de la compétence législative territoriale des provinces. Ensuite, la loi provinciale contestée devra aussi respecter les

⁸¹ *Supra*, note 79.

⁸² L.R.O. 1990, c. I.8.

⁸³ *Unifund*, *supra*, note 79, pp. 89-90.

⁸⁴ *Id.*, pp. 90, 99. Voir aussi *Castillo c. Castillo*, [2005] A.C.S. n° 68, [2005] 3 R.C.S. 870, 890-891 (j. Bastarache, dissident).

règles constitutionnalisées de droit international privé⁸⁵; et suivant la pratique jurisprudentielle de la Cour suprême, la conséquence du non-respect de ces dernières règles sera l'inapplicabilité constitutionnelle des effets extra-provinciaux contestés⁸⁶.

(iii) *La tentative d'harmonisation : l'arrêt Imperial Tobacco*

C'est dans l'arrêt *Imperial Tobacco*⁸⁷ que la Cour suprême a reformulé la théorie du caractère véritable en matière de contestation des effets extraterritoriaux des lois provinciales. Cette reformulation constitue en grande partie une reproduction des règles antérieurement dégagées par le *Renvoi : Churchill Falls*. Ainsi, la théorie du caractère véritable d'une loi, c'est-à-dire sa caractéristique dominante déterminée à partir de ses objet et effets, fut maintenue (par. 28-29 de l'arrêt *Imperial Tobacco*). Par contre, là où la Cour innova, ce fut dans la détermination du caractère extraterritorial de la loi. Lorsque le caractère véritable de la loi se rapporte à une matière tangible qui se trouve à l'extérieur de la province, la loi sera immédiatement déclarée invalide; dans le cas contraire la loi sera déclarée *intra vires* de la compétence territoriale de la province (par. 30, 36). Si le caractère véritable se rapporte à une matière *intangibile*, le tribunal doit examiner le lien entre le territoire où la loi fut adoptée, l'objet de la loi en cause et les personnes assujetties, afin de déterminer si la loi respecte le double objet des limites territoriales de l'article 92 L.c. 1867, c.-à-d. (i) la loi a un lien utile ou significatif avec la province qui l'adopte (autrement dit, il doit être « suffisant »), et (ii) la loi respecte la souveraineté législative des autres provinces (par. 27, 36). Avec cette nouvelle articulation de la théorie du caractère véritable, la Cour suprême continua de retenir la règle du *situs* aux fins de déterminer l'endroit où se trouve la chose tangible visée par la loi. Par contre, dans le cas où la matière visée par la loi est intangible, la Cour se tourna vers la notion de lien suffisant tel que décrit dans l'arrêt *Unifund*. Ce développement répond-il à la critique adressée au *Renvoi : Churchill Falls* qui aurait en quelque sorte laissé aux parties le soin de décider de la situation des droits intangibles

⁸⁵ *Hunt, supra*, note 79, pp. 326-327; *Worthington Corp. c. Atlas Turner inc., supra*, note 76.

⁸⁶ Voir *Hunt, supra*, note 79; *Unifund, supra*, note 79.

⁸⁷ *Supra*, note 65.

que pouvait viser la loi ? C'est la question que je vais maintenant examiner.

En examinant l'application par la Cour suprême du critère du lien suffisant dans l'arrêt *Imperial Tobacco*, l'on réalise que l'élément déterminant du critère est l'identification de l'objet de la loi. Dans cet arrêt, l'objet de la loi était « l'indemnisation pour les coûts des soins de santé liés au tabac engagés par le gouvernement de la Colombie-Britannique » (par. 37). Une fois l'objet de la loi identifié de cette manière, il semble alors que son lien avec le territoire de la province ayant légiféré, c.-à-d. la Colombie-Britannique, atteint facilement l'intensité requise. Quant aux personnes assujetties par la loi, c.-à-d. les compagnies de tabac, la Cour sembla satisfaite par le fait que l'objet de la loi les visait directement.

Tentons maintenant d'appliquer l'arrêt *Imperial Tobacco* au *Renvoi : Churchill Falls* et de déterminer si la loi terre-neuvienne avait un lien significatif avec la province de Terre-Neuve. Mentionnons d'abord que la Cour suprême dans l'arrêt *Imperial Tobacco* sembla approuver l'analyse qui avait été faite dans le *Renvoi : Churchill Falls*, ce qui ferait subsister la règle du *situs* (par. 34) :

Dans cet arrêt, le juge McIntyre devait statuer sur une loi de Terre-Neuve qui, de par son caractère véritable, visait à modifier des droits existant en vertu d'un contrat conclu entre Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited et la Commission Hydro-Électrique du Québec. Puisque l'entité investie de ces droits (soit la Commission) était constituée au Québec et que les parties avaient convenu que les tribunaux du Québec avaient compétence exclusive pour trancher les différends concernant leur contrat, le juge McIntyre a considéré que les droits créés par cette entente étaient situés au Québec. La loi de Terre-Neuve qui visait à modifier ces droits était de ce fait invalide. En effet, elle se rapportait aux droits civils, mais non aux droits civils « dans la province ».

Dans le renvoi, la Cour avait jugé que l'objet véritable de la loi était de modifier un contrat d'énergie entre Hydro-Québec et une compagnie d'exploitation d'électricité et de porter atteinte au droit d'Hydro-Québec de recevoir une quantité d'électricité au prix convenu⁸⁸. Pour parvenir à ce même résultat mais en faisant usage de l'approche retenue dans l'arrêt *Imperial Tobacco*, l'on est obligé d'inférer que le lien entre

⁸⁸ *Renvoi : Churchill Falls*, *supra*, note 72, p. 333.

l'objet de la loi et la province de Terre-Neuve était insuffisant. Et pour que ce lien ait été insuffisant, il est nécessaire d'inférer un caractère extraterritorial au contrat d'énergie et au droit d'Hydro-Québec découlant du contrat. Et pour que ce contrat et ce droit soient considérés comme extraterritoriaux de la province de Terre-Neuve, il semble alors qu'il faille encore une fois recourir à des règles de *situs*, avec le problème que lorsqu'une loi provinciale veut porter atteinte à des contrats, le caractère territorial de cette loi dépendra des termes de ces contrats. Par contre, si l'objet véritable de la loi terre-neuvienne avait été, comme le prétendait le procureur général de Terre-Neuve, une mesure d'expropriation dans le cadre de l'administration efficace des ressources énergétiques de la province⁸⁹, l'atteinte aux droits contractuels d'Hydro-Québec n'aurait été qu'accessoire et sans effet sur la validité de la loi. L'on pourrait donc en déduire que c'est seulement lorsque l'objet véritable ou « la caractéristique dominante » de la loi est de porter atteinte à des droits qu'il faut alors recourir à la règle du *situs*. Cette interprétation est d'ailleurs compatible avec l'arrêt *Imperial Tobacco* où l'objet véritable de la loi contestée était l'indemnisation en faveur du gouvernement de ses dépenses en soins de santé liés au tabac, et non pas l'abolition des droits des compagnies de tabac *per se*. De plus, cette interprétation tempère la force persuasive de la critique doctrinale de l'utilisation des règles du *situs* dans la détermination de la constitutionnalité d'une loi au motif que cela revenait à faire dépendre cette dernière de la volonté de cocontractants. En effet, les règles de *situs* ne servant qu'en cas d'atteinte à des droits (contractuels dans le *Renvoi : Churchill Falls*), pourquoi ferait-on reproche à des cocontractants de se prémunir contre d'éventuelles spoliations gouvernementales en insérant dans leur contrat des clauses d'élection de for extraterritorial ?

Par ailleurs, on constate que l'insertion du critère du lien suffisant dans l'analyse de la territorialité de la loi en vertu du partage des compétences réduit substantiellement l'utilité future de l'analyse de l'applicabilité de la loi provinciale en vertu des principes constitutionnalisés d'ordre et d'équité. Ainsi, dans la mesure où il semble que le critère du lien suffisant découle des principes d'ordre et d'équité, le seul scénario où l'application des deux analyses constitutionnelles est nécessaire serait celui où une loi provinciale qui présente par ailleurs un lien suffisant pourrait néanmoins être inapplicable en raison d'un conflit

⁸⁹ *Id.*, pp. 320-321, 334.

avec d'autres principes d'ordre et d'équité. Hormis cette situation d'exception, il y a donc lieu de se réjouir de la simplification de l'analyse constitutionnelle de la territorialité des lois provinciales qu'a opérée la Cour dans l'arrêt *Imperial Tobacco*.

B. Primauté du droit

La seconde série d'arguments des compagnies de tabac dans l'arrêt *Imperial Tobacco* fut formulée en vertu du principe de la primauté du droit. Selon ces dernières, la loi provinciale contestée était invalide parce qu'elle contrevenait à la primauté du droit qui exige que la loi soit prospective, soit de nature générale, ne confère aucun privilège spécial au gouvernement sauf aux fins d'une gouvernance efficace, et assure un procès civil équitable (par. 63).

L'on peut regrouper les nombreuses analyses, principalement doctrinales, du principe de la primauté du droit sous trois conceptions différentes. La première conception de la primauté du droit est essentiellement formelle et limite ce principe à deux idées : l'existence et le maintien d'un ordre normatif, et la conformité de toute action étatique à cet ordre normatif. Cette conception correspond au « principe de légalité », selon lequel toute action de l'autorité publique doit avoir un fondement statutaire ou de common law. La deuxième conception de la primauté du droit est dite substantielle. Cette conception regroupe une variété de versions différentes qui ont toutefois en commun l'idée que la primauté du droit constitue une source de principes normatifs qui gouvernent le *contenu* des lois. Entre ces deux extrêmes se trouve la troisième conception de la primauté du droit; il s'agit en fait d'une conception formelle incorporant les principes de justice naturelle. La justice naturelle commande que l'action législative respecte des principes d'équité procédurale, ex. : *audi alteram partem*, *nemo iudex in causa sua*, à moins que l'État ait clairement manifesté dans sa loi sa volonté de s'y soustraire⁹⁰.

Bien que la doctrine ait beaucoup investi dans la définition du principe de la primauté du droit au moyen d'analyses conceptuelles, la

⁹⁰ Pour un survol des différentes conceptions de la primauté du droit, voir B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge (R.-U.), Cambridge University Press, 2004; en contexte canadien, voir en général F. CHEVRETTE et H.-R. ZHOU, *Droit constitutionnel*, vol. 1 « Principes fondamentaux », Montréal, Thémis [à paraître en 2007], chapitre premier « La primauté du droit ou *rule of law* ».

jurisprudence n'a pas entièrement approché la question du même angle. C'est pourquoi il convient d'analyser la jurisprudence de la Cour suprême sur la primauté du droit non seulement sous l'angle conceptuel, mais aussi sous les angles définitionnel (ou terminologique) et contextuel. Ces approches ne sont pas divergentes, mais au contraire complémentaires; et à mon avis, ensemble, elles fournissent une meilleure compréhension du statut de la primauté du droit au Canada et permettent de raisonnablement suggérer l'issue d'éventuelles contestations judiciaires fondées sur le principe de la primauté du droit.

(i) *Évolution du principe de la primauté du droit*

C'est graduellement que la jurisprudence de la Cour suprême a intégré les principes de justice naturelle en tant que méthode d'interprétation législative. Dans l'arrêt *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Quebec Labour Relations Board*⁹¹, un syndicat d'instituteurs contestait la validité d'une ordonnance administrative *ex parte* révoquant son accréditation syndicale. Dans ses motifs, le juge Rinfret consacra l'existence de trois principes de justice naturelle. Premièrement, tout individu a le droit d'être entendu avant d'être condamné ou privé de ses droits; seule une déclaration expresse du législateur peut écarter ce principe d'équité universelle⁹². Deuxièmement, le pouvoir de contrôle et de surveillance des cours supérieures s'applique à l'exercice du pouvoir législatif; autrement dit, le législateur ne peut soustraire un tribunal ou organisme créé par la loi à la révision de ses décisions sur des questions de compétence⁹³. Troisièmement, le pouvoir discrétionnaire d'un organisme administratif ne peut pas être absolu, c.-à-d. arbitraire⁹⁴. La protection de l'individu contre le pouvoir arbitraire fut officiellement consacrée dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*⁹⁵ et constamment réitérée depuis. Bien sûr, les principes de justice naturelle ne se limitent pas à ceux discutés dans l'arrêt *Alliance des professeurs* même si ceux-ci revêtent un

⁹¹ [1953] 2 R.C.S. 140 [*Alliance des professeurs*].

⁹² *Id.*, p. 154.

⁹³ *Id.*, p. 155, *Crevier c. Québec (P.G.)*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Succession Woodward c. Canada (Ministre des Finances)*, [1972] R.C.S. 120.

⁹⁴ *Alliance des professeurs*, *supra*, note 91, p. 148, *Roncarelli c. Duplessis*, *supra*, note 19, pp. 140-141 (j. Rand).

⁹⁵ *Supra*, note 19.

caractère particulièrement fondamental. Il est établi que la Cour suprême donne aussi effet aux autres principes de justice naturelle en tant que principes interprétatifs; par exemple, à moins de déclaration claire à l'effet contraire, les lois sont interprétées sans effet rétroactif⁹⁶ et comme exigeant une compensation en cas d'expropriation⁹⁷.

Par ailleurs, il m'apparaît, que sous-jacent à l'adoption du principe de légalité en droit public canadien, s'est dessiné un élargissement graduel vers une conception moins formelle du principe de la primauté du droit. Ainsi, déjà sous l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*⁹⁸, la Cour suprême avait invalidé les « clauses privatives » totales et désavoué l'existence des pouvoirs discrétionnaires absolus. L'avènement de la Charte a enchâssé plusieurs protections tant procédurales que substantielles découlant de la primauté du droit. Parmi ces protections procédurales, on retrouve la règle de la non-rétroactivité des lois pénales (al. 11g) Charte) et le droit de tout inculpé à un procès public et équitable par un tribunal indépendant et impartial (al. 11d) Charte). Sur le plan substantiel, on peut mentionner la protection contre les atteintes à la vie, la liberté et la sécurité des personnes qui ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale (art. 7 Charte). Dans le *Renvoi sur le Motor Vehicle Act*⁹⁹, la Cour suprême jugea que la justice fondamentale n'est pas limitée aux principes de justice naturelle et possède au contraire un important contenu substantiel dont les articles 8 à 14 de la Charte fournissent des exemples d'atteinte¹⁰⁰. Mentionnons par ailleurs qu'au Québec, le caractère fondamental de certains principes a résulté en leur codification dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec ainsi que dans d'autres lois qualifiées de « fondamentales », soit le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile*.

Dans la foulée de cet élargissement, il reste à déterminer le statut juridique des principes issus de la primauté du droit qui n'ont pas été textuellement ou judiciairement constitutionnalisés. La question qui revient alors inlassablement est celle de savoir si ces principes peuvent

⁹⁶ Voir P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, pp. 156-191, R. SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Markham (Ont.), Butterworths, 2002, pp. 553-565.

⁹⁷ *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 203; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101. Comparer avec *Authorson c. Canada (P.G.)*, [2003] A.C.S. n° 40, [2003] 2 R.C.S. 40.

⁹⁸ Depuis lors renommé *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁹⁹ [1985] A.C.S. n° 73, [1985] 2 R.C.S. 486.

¹⁰⁰ *Id.*, pp. 502-503.

être admis comme motifs indépendants d'invalidité d'une loi. Un examen de l'interprétation judiciaire de la primauté du droit indique aussi une intensification de son statut juridique dans le droit public canadien. À la base, le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba* établit que le fondement juridique canadien de la primauté du droit se trouve dans les préambules des *Lois constitutionnelles de 1867 et 1982*. Mais dans ce renvoi, la Cour suprême reconnut de plus la primauté du droit comme « principe fondamental » de la Constitution et « garantie constitutionnelle »¹⁰¹. Dans le *Renvoi : juges de la cour provinciale*, la Cour suprême eut l'opportunité d'élaborer davantage sur le statut juridique de la primauté du droit. D'abord, la Cour réadmit que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'avait aucune force exécutoire et ne constituait donc pas une source de droit positif¹⁰². Par contre, elle affirma aussi que « le préambule produit effectivement d'importants effets juridiques » et est une invitation à utiliser les principes structurels tels que la primauté du droit pour combler les silences du texte constitutionnel¹⁰³. C'est dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹⁰⁴ que la Cour sembla s'être le plus rapprochée d'une affirmation que le principe de la primauté du droit pourrait constituer une base indépendante justifiant l'invalidité d'une loi. Dans ce dernier renvoi, la Cour affirma que les principes structurels peuvent « donner lieu à des obligations juridiques substantielles » et poser des limites substantielles à l'action gouvernementale; ces principes « sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. »¹⁰⁵

L'intensification du statut juridique de la primauté du droit en tant que principe structurel s'est aussi faite de pair avec l'élargissement des applications juridiques du principe. Ainsi, dans les arrêts *Alliance des professeurs et Roncarelli c. Duplessis*¹⁰⁶, la Cour suprême eut recours au principe de la primauté du droit pour invalider les décisions d'un organisme administratif et sanctionner des actes du pouvoir exécutif. Dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, le principe de la primauté du droit fut la source juridique principale au soutien de la

¹⁰¹ *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, supra, note 19, pp. 748, 751, 758.

¹⁰² *Renvoi : juges de la cour provinciale*, supra, note 79, p. 69.

¹⁰³ *Id.*, pp. 69, 72.

¹⁰⁴ *Supra*, note 64.

¹⁰⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra, note 64, p. 249.

¹⁰⁶ *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] S.C.J. No. 1, [1959] R.C.S. 121.

préservation temporaire des lois du Manitoba. Enfin, dans le *Renvoi : juges de la cour provinciale*, la Cour suprême se fonda en partie sur un autre principe structurel similaire issu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c.-à-d. l'indépendance judiciaire, pour invalider une série de lois reliées à la rémunération des juges de cours provinciales.

En combinant les résultats des analyses qui précèdent, on peut en venir aux constatations suivantes. En règle générale, la jurisprudence de la Cour suprême s'est efforcée de maintenir une conception du principe de la primauté du droit fidèle au principe de légalité. Cependant, l'on peut parallèlement observer une intensification de son statut juridique et un élargissement de sa portée vers des caractéristiques propres à la conception substantielle de la primauté du droit. Ce mouvement s'est opéré dans le cadre d'une constitutionnalisation judiciaire et textuelle de plusieurs principes d'ordre procédural et substantiel. Et de fait, on peut observer, au moins jusqu'au *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, une tendance graduelle dans la jurisprudence de la Cour suprême à recourir au principe de la primauté du droit non seulement comme argument contextuel mais aussi comme motif principal pour limiter et invalider l'action étatique.

(ii) *La place de l'arrêt Imperial Tobacco dans l'évolution de la primauté du droit*

Dans l'arrêt *Imperial Tobacco*, la Cour suprême débuta son analyse en réitérant les trois significations du principe de la primauté du droit réunis ensemble dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : (i) la suprématie du droit sur les actes de l'État et des citoyens et l'exclusion de l'arbitraire, (ii) « la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif », et (iii) la conformité de l'action de l'État à l'ordre juridique. La Cour observa ensuite qu'aucune de ces trois significations « ne vise directement les termes de la loi » (par. 58). La Cour fit une distinction entre, d'un côté, l'application de la primauté du droit au pouvoir législatif et d'un autre côté, l'application aux pouvoirs exécutif et judiciaire. C'est ainsi qu'elle interpréta les *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba* et *Renvoi relatif à la sécession du Québec* comme s'appliquant plutôt aux deux dernières sphères de pouvoir. Elle précisa ensuite que la force normative du principe de la primauté du droit ne limite les actes du pouvoir législatif que sur le plan formel, c'est-à-dire concernant les procédures d'adoption, de modification et d'abrogation

des lois (par. 60). La Cour nota aussi l'existence de conceptions substantielles à l'endroit du pouvoir législatif sans vouloir y adhérer (par. 61-62).

Bref, il ne fait point de doute que l'arrêt *Imperial Tobacco* maintient une conception formelle du principe de la primauté du droit en droit canadien; par contre, par sa distinction fondée sur la séparation des pouvoirs, la Cour a laissé la porte ouverte à de futures contestations, au nom du principe de la primauté du droit, des actes des pouvoir exécutif et judiciaire. Quoi qu'il en soit, l'on est en droit de se demander, comme le fit la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'arrêt *Christie c. British Columbia (Attorney General)*¹⁰⁷, si l'arrêt *Imperial Tobacco* n'a pas opéré un recul de la tendance expansionniste du principe de la primauté du droit. Cela semble d'autant plus vrai que dans l'arrêt *Imperial Tobacco*, la Cour s'était expressément demandée si des principes issus de la primauté du droit pourraient entraîner l'invalidation d'une loi en raison de son contenu (par. 61). Et d'une façon raisonnablement claire, la Cour rejeta cette possibilité (par. 67 cité ci-après), une position qui concorde par ailleurs avec l'opinion de la doctrine canadienne majoritaire¹⁰⁸ :

La primauté du droit n'est pas une invitation à banaliser ou à remplacer les termes écrits de la Constitution. Il ne s'agit pas non plus d'un instrument permettant à celui qui s'oppose à certaines mesures législatives de s'y soustraire. Au contraire, elle exige des tribunaux qu'ils donnent effet au texte constitutionnel, et qu'ils appliquent, quels qu'en soient les termes, les lois qui s'y conforment.

¹⁰⁷ [2005] B.C.J. No. 2745, 262 D.L.R. (4th) 51 (C.A.C.-B.) (en appel) [*Christie*].

¹⁰⁸ P.W. HOGG et C.F. ZWIBEL, « The Rule of Law in the Supreme Court of Canada », (2005) 55 U.T.L.J. 715, R.S. ELLIOT, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution », (2001) 80 R. du B. can. 67, 115-116, A.C. HUTCHINSON, « The Rule of Law Revisited: Democracy and Courts », dans D. DYZENHAUS (dir.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford, Hart, 1999, p. 196, à la page 222, J. LECLAIR, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », (2002) 27 Queen's L.J. 389, W.N. NEWMAN, « The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation », (2004-2005) 16 N.J.C.L. 175, 186-187. Voir aussi F. GÉLINAS, « La primauté du droit et les effets d'une loi inconstitutionnelle », (1988) 67 R. du B. can. 455. *Contra* : P.J. MONAHAN, « Is the Pearson Airport Legislation Unconstitutional ? : The Rule of Law as a Limit on Contract Repudiation by Government », (1995) 33 Osgoode Hall L.J. 411, P.J. MONAHAN, « The Legal Framework Governing Secession in Light of the Quebec Secession Reference », (2001) Spec. Lect. L.S.U.C. 205, 214-215, L.B. TREMBLAY, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997, T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, S. PRATTE, « La primauté du droit. L'origine du principe et son évolution dans le contexte de la Charte canadienne des droits et libertés », (1986) 27 C. de D. 685.

L'adoption de la conception formelle par la Cour suprême dans cet arrêt doit évidemment être interprétée en harmonie avec ses anciens précédents qui ont constitutionnalisés le pouvoir de contrôle et de surveillance des cours supérieures de même que la protection contre l'arbitraire.

Ce qui nous amène à dire quelques mots de l'arrêt *Christie*¹⁰⁹. Dans cette affaire fut contestée la constitutionnalité d'une loi de la Colombie-Britannique, la *Social Service Tax Act*¹¹⁰, imposant une taxe de 7 p. cent sur tous les services juridiques rendus par les membres du Barreau de cette province. L'arrêt *Christie* est le premier arrêt canadien dans lequel une cour d'appel invalida une loi sur le fondement principal d'une contravention au principe de la primauté du droit :

*to the extent that the Act purports to tax legal services related to the determination of rights and obligations by courts of law or independent administrative tribunals, it is unconstitutional as offending the principle of access to justice, one of the elements of the rule of law*¹¹¹.

Pour parvenir à cette conclusion, la Cour d'appel insista sur le contenu bien particulier de cette loi et fut d'avis que l'arrêt *Imperial Tobacco* ne statuait pas sur les questions d'accès à la justice. De plus, la Cour d'appel souligna que sa déclaration d'inconstitutionnalité n'était pas basée sur le contenu substantiel de la loi, mais visait seulement à préserver et faciliter l'opération des lois valides. Et comme troisième argument, la Cour d'appel jugea que la taxe provinciale empêchait que les rapports entre l'État et les individus continuent d'être régis par le droit parce qu'elle interférait avec le droit d'accès à la justice¹¹². L'affaire *Christie* sera entendue sur le fond par la Cour suprême qui aura alors l'occasion de revoir à nouveau sa jurisprudence sur la primauté du droit.

(iii) *La primauté du droit : un argument exceptionnel*

Hormis la jurisprudence ayant donné effet aux principes découlant de la justice naturelle, les précédents qui ont étendu la portée du

¹⁰⁹ *Supra*, note 107.

¹¹⁰ R.S.B.C. 1996, c. 431.

¹¹¹ *Christie*, *supra*, note 107, p. 104.

¹¹² *Id.*, pp. 98-101.

principe de la primauté du droit se limitent à trois renvois : le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, le *Renvoi : juges de la cour provinciale* et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Ces trois renvois se distinguent du reste de la jurisprudence de par le caractère extraordinaire des circonstances ayant amené le débat devant les tribunaux. En ce sens, l'on peut dire que l'argument de la primauté du droit dans son sens expansif a quelque chose d'exceptionnel.

Dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*¹¹³ était contestée la validité de toutes les lois de la province du Manitoba pour défaut d'avoir été adoptées en français comme l'exigeait l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*¹¹⁴ constitutionnalisée par la *Loi constitutionnelle de 1871*. Le renvoi avait été rendu nécessaire après plusieurs tentatives infructueuses de régler la question. Le débat, qui avait débuté plus d'un siècle auparavant, avait même déjà produit trois déclarations judiciaires d'inconstitutionnalité toutes successivement ignorées par le gouvernement de la province. La Cour suprême se trouva donc placée devant le choix suivant : accepter l'argument particulièrement solide d'inconstitutionnalité qui allait cependant plonger la province dans le chaos, ou trouver une alternative qui éviterait un tel désastre.

La situation décrite dans le *Renvoi : juges de la cour provinciale*¹¹⁵ pourrait probablement s'apparenter aussi à une forme de chaos. Ce renvoi résulte de la consolidation de plusieurs pourvois issus de trois différentes provinces dans lesquelles une loi provinciale avait pour objet de réduire la rémunération des juges. À l'Île-du-Prince-Édouard et en Alberta, la réduction amena de nombreux accusés à contester le caractère impartial des tribunaux. Malgré que la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard eût jugé par la suite que leur loi provinciale était valide, les accusés continuèrent d'attaquer la constitutionnalité de la Cour provinciale. Le juge en chef de la Cour provinciale refusa même d'appliquer l'arrêt rendu par la Section d'appel. En Alberta, un juge de la Cour du Banc de la Reine statua que la Cour provinciale n'était plus indépendante; en appel, la Cour d'appel de l'Alberta déclina compétence pour entendre la cause au fond. Par ailleurs, à l'extérieur des cours de justice, un juge de la Cour provinciale exprima son intention de ne plus siéger afin de protester contre les

¹¹³ *Supra*, note 19. Le contexte factuel est tiré des pages 731 à 735 de ce renvoi.

¹¹⁴ S.R.C. 1970, app. II.

¹¹⁵ *Supra*, note 79. Le contexte factuel et l'historique judiciaire sont tirés des pages 32 à 63 de ce renvoi.

réductions de salaires, ce qui amena le premier ministre albertain à le menacer de congédiement imminent. Au Manitoba, ce fut l'association des juges provinciaux qui contesta la constitutionnalité des réductions de traitement. De plus, l'association contesta aussi la décision du gouvernement d'imposer à tous les fonctionnaires des cours provinciales une série de 10 jours de congé sans solde, ce qui força la fermeture de la Cour provinciale durant ces journées et le report de certains procès. Dans le renvoi, le juge en chef Lamer nota aussi que l'association des juges provinciaux de la Colombie-Britannique avait engagé des poursuites similaires¹¹⁶. C'était donc cette situation que le juge Lamer qualifia de « sans précédent ». Mentionnons qu'à la suite de ces faits, la Cour suprême invalida plusieurs dispositions de ces lois.

Enfin, le troisième renvoi retenu fut celui concernant la validité d'une éventuelle déclaration unilatérale par le Québec de sécession du reste du Canada.

À la lumière des faits ayant donné lieu à ces trois renvois, l'on réalise que ceux de l'arrêt *Imperial Tobacco* ne permettent aucune forme de comparaison possible en termes d'ampleur et de gravité. L'on pourrait interpréter comme indice additionnel de la pertinence de la prise en compte de ces circonstances exceptionnelles le fait que deux des trois renvois furent rendus par « La Cour ». Et si le *Renvoi : juges de la cour provinciale*, malgré son caractère « sans précédent », n'a réuni qu'une majorité de six juges sur les sept juges ayant entendu l'affaire, la situation pouvait certainement être qualifiée de moins exceptionnelle que dans les deux autres renvois. L'analyse factuelle apporte donc un éclairage intéressant sur la raison pour laquelle les arguments de primauté du droit dans l'affaire *Imperial Tobacco* ont échoué. Il convient d'admettre que trois précédents ne constituent normalement pas la base la plus solide aux fins d'établir une tendance générale. Mais par la force des choses, c'est justement parce que ces cas sont extraordinaires qu'ils arrivent rarement. L'on ne peut s'attendre à ce qu'un principe structurel dont l'assise textuelle se trouve dans des préambules devienne un motif d'invalidité d'une loi au même titre que les dispositions des lois constitutionnelles. C'est pourquoi le fait de recourir au principe structurel de primauté du droit à titre d'argument

¹¹⁶ Un auteur a noté qu'en réalité, de telles poursuites judiciaires avaient été engagées dans au moins sept provinces; voir G.G. MITCHELL, « Developments in Constitutional Law: The 1997-1998 Term – Activism and Accountability », (1999) 10 S.C.L.R. (2d) 83, 92-94, qui était néanmoins d'avis que la situation était moins dramatique que ne le suggérait la Cour suprême.

principal demeure exceptionnel¹¹⁷ et qu'il faudra vraisemblablement attendre un prochain cas d'envergure comparable à celui des trois renvois pour assister à un nouveau développement véritable de ce principe.

IV. CONCLUSION : « RIEN NE SE PERD, RIEN NE SE CRÉE... »

La présente revue des développements jurisprudentiels récents en droit constitutionnel nous a permis d'examiner l'état du droit sur un nombre limité de sujets. Et il convient d'admettre qu'il est normalement malaisé de rédiger une conclusion sur des arrêts dont la seule raison qui les réunit est la date où ils ont été rendus. Cependant, en réexaminant les points essentiels des développements de l'année 2005-2006 dans le contexte plus général de leur évolution, l'on en vient à constater qu'aucun de ces développements n'est réellement un renversement jurisprudentiel. Plus précisément, les développements constitutionnels sur les sujets abordés durant cette période se sont plutôt effectués par la combinaison et la conciliation de vues distinctes.

Dans un premier temps, nous avons examiné l'exigence préliminaire de l'article premier de la Charte relative à l'existence d'une règle de droit. L'on a pu observer qu'initialement, la Cour suprême avait adopté une approche relativement indulgente dans l'arrêt *Slaight* concernant une ordonnance arbitrale, mais s'était montrée plus exigeante dans certains arrêts en procédure pénale. Après environ une dizaine d'années, la question revint devant la Cour qui décida alors d'adopter une approche unifiée indulgente de l'exigence de la règle de droit tant dans les matières pénales que non pénales¹¹⁸.

Dans un deuxième temps, nous avons examiné l'étendue sous la Charte de la liberté d'expression sur les propriétés gouvernementales. Les fondements de cette analyse ont été établis par l'arrêt *Irwin Toy*. Cependant, comme l'arrêt ne traitait que de la liberté d'expression en général, la Cour suprême jugea nécessaire de particulariser les étapes de l'analyse lorsque la liberté d'expression est revendiquée sur une

¹¹⁷ Voir J. LECLAIR et Y.-M. MORISSETTE, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : Reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance » (1998) 36 Osgoode Hall L.J. 485, 504, J. CAMERON, « The Written Word and the Constitution's Vital Unstated Assumptions », dans P. THIBAUT, B. PELLETIER et L. PERRET (dir.), *Les mélanges Gérald-A. Beaudoin*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, p. 89, à la page 113.

¹¹⁸ Voir *R. c. Orbanski*, *supra*, note 14, et *Multani*, *supra*, note 1.

propriété gouvernementale. Mais là s'arrêtait l'accord des membres de la Cour dans l'affaire *République du Canada*, avec pour résultat qu'aucun des juges ne put recueillir l'appui de la majorité. Cette situation amena la Cour à reformuler dans l'arrêt 2952-1366 *Québec Inc.* un nouveau test en partie fidèle au cadre analytique établi par l'arrêt *Irwin Toy*, mais principalement basé sur la combinaison des motifs de deux des juges dans l'arrêt *République du Canada*.

Dans un troisième temps, nous avons examiné la territorialité de la compétence législative provinciale en vertu du partage des compétences. Cette question avait déjà été discutée dans quelques arrêts du comité judiciaire du Conseil privé et donné lieu à deux courants divergents. Le *Renvoi : Churchill Falls* trancha le débat et opta pour une analyse de la territorialité en vertu de la théorie du caractère véritable. Cependant, le renvoi donna lieu à des critiques reliées à l'incrustation de règles du droit international privé. Par la suite, certains principes issus de cette branche du droit furent même judiciairement constitutionnalisés, ce qui résulta en l'application de deux séries distinctes d'exigences constitutionnelles à la détermination de la territorialité des lois provinciales. L'arrêt *Imperial Tobacco* pourrait avoir réglé cette incertitude en intégrant l'aspect constitutionnel du droit international privé dans la théorie du caractère véritable.

Et dans un quatrième temps, nous avons examiné l'évolution du principe de la primauté du droit en droit public canadien. Dans ce domaine, la jurisprudence a évolué en deux sens. Dans le premier sens, elle a introduit les principes de justice naturelle dans l'interprétation des lois, et selon le principe de justice naturelle en question, sa force interprétative pouvait être plus ou moins grande. Dans le deuxième sens, elle a reconnu et appliqué le principe de la primauté du droit dans son acception formelle. À plus d'une reprise, la Cour suprême fut invitée à délaisser la conception formelle pour favoriser une conception plus substantielle. Ces invitations se sont généralement soldées par des échecs, à l'exception de certains cas d'exception. Bien que dans ses discussions sur la primauté du droit, la Cour n'ait jamais expressément mentionné la coexistence de la conception formelle et des principes de justice naturelle, une compréhension globale de la jurisprudence sur le principe de la primauté du droit mène nécessairement à la conclusion qu'une telle coexistence existe, ce qui fait qu'en droit canadien, la primauté du droit fait l'objet d'une conception hybride située entre les conceptions formelle et substantielle. En effet, parce qu'opérant comme principes d'interprétation, les principes de justice naturelle gouvernent

le contenu des lois et ont à ce titre un certain caractère substantiel. En revanche, parce que la loi peut les écarter en le faisant clairement, elle a donc le dernier mot et l'on en revient ainsi au caractère formel de la primauté du droit.

Ainsi a évolué le droit constitutionnel durant l'année 2005-2006 et ainsi évolue souvent le droit constitutionnel. À partir de motifs déjà existants ou de règles et théories développés dans des domaines connexes, la Cour suprême s'en inspire ou les reprend pour les adapter aux nouveaux faits et arguments qui lui sont présentés. Mais rarement le développement nouveau constituera une brisure radicale avec l'état du droit antérieur. Ce processus d'évolution s'effectue donc parfois par ajout, parfois par délestage, et parfois par reformulation. Bref, il est presque en tous points identique à l'interprétation dite évolutive ou « progressiste ». Dans tous les cas, le vecteur directeur est le même : l'adaptation de la Constitution aux réalités de la vie moderne de façon à lui conserver sa légitimité¹¹⁹.

¹¹⁹ Voir le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] A.C.S. n° 75, [2004] 3 R.C.S. 698, 710-711.