

ESSAI SUR LES APPLICATIONS JUDICIAIRES DE LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS

Bernard Grenier

Volume 6, numéro 1, 1975

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059671ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059671ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Grenier, B. (1975). ESSAI SUR LES APPLICATIONS JUDICIAIRES DE LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS. *Revue générale de droit*, 6(1), 7–91.
<https://doi.org/10.7202/1059671ar>

ESSAI SUR LES APPLICATIONS JUDICIAIRES DE LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS *

par Bernard GRENIER,

*Maître en droit de l'Université d'Ottawa,
avocat à Québec.*

Introduction

Chapitre I: LE TEXTE DE LA LOI RENFERMANT LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS

Section 1: *Examen périphérique*

- A. Préambule
- B. Partie I
- C. Partie II

Section 2: *L'Alinéa introductif de l'article 2*

- A. Mécanisme d'application de la Déclaration
- B. Exception
- C. Champ d'attraction
- D. Mise en œuvre
 - a) Protection de type négatif
 - b) Objets d'exercice

Chapitre II: APPLICATION DE LA DÉCLARATION DES DROITS AUX ACTES POSÉS SOUS LE RÉGIME DE LA LÉGISLATION

Section 1: *Mode typique d'application*

- A. Revue de la jurisprudence
- B. Appréciation d'ensemble

Section 2: *Conséquences découlant de la violation de la Déclaration des droits*

- A. Perspective de la victime
 - a) L'Acte est entaché d'illégalité
 - b) Réparation civile
- B. Perspective de l'auteur du déni
 - a) Sanction pénale
 - b) Obligation civile de réparer

* Le texte qui suit a été présenté comme mémoire de recherche, le 6 octobre 1975, dans le cadre du programme de maîtrise en droit public à l'Université d'Ottawa. Pour ce qui est des sources, le dernier arrêt considéré, soit *Howarth v. La Commission nationale des libérations conditionnelles* (Cour suprême du Canada), est du 11 octobre 1974 (voir *infra*, notes 15, 219, 255 et 262). L'auteur veut exprimer sa sincère gratitude au professeur André Jodouin pour la collaboration apportée à ce travail.

Chapitre III : APPLICATION DE LA DÉCLARATION DES DROITS AU CONTE- NU SUBSTANTIF DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE

Section 1 : *La Déclaration des droits en tant que règle d'interprétation de la législation fédérale*

- A. Mode typique d'application
- B. La Déclaration des droits se confine-t-elle au rôle d'une règle d'interprétation ?
 - a) L'affirmative
 - b) La négative

Section 2 : *La Déclaration des droits en tant qu'instrument propre à rendre inopérante une loi du Canada*

- A. Mode typique d'application
 - a) Conflit réel
 - b) Conflit inévitable
- B. Analyse des effets

Chapitre IV : SYNTHÈSE

Section 1 : *Relation unissant les deux objets distincts d'application de la Déclaration des droits*

Section 2 : *Mode typique d'application de la Déclaration des droits*

Conclusion

Bibliographie

Jurisprudence

INTRODUCTION

Le 10 août 1960, entrait en vigueur au Canada une *Loi ayant pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹. On assigne généralement à cette loi l'appellation de *Déclaration canadienne des droits*² (elle sera dénommée ci-après *Déclaration des droits* ou *Déclaration*, le plus souvent).

Dans une large mesure, l'adoption de la *Déclaration des droits* marquait l'aboutissement d'efforts menés pendant une quinzaine d'années par le Très Honorable John G. Diefenbaker, depuis le rang de simple député jusqu'à celui de premier ministre³. Cette réalisation, en 1960, arrivait à point

¹ S.C. 1960, c. 44 ; maintenant S.R.C. 1970, App. III.

² Voir *infra*, p. 14.

³ C'est en 1946 qu'il évoqua ce sujet pour la première fois à la Chambre des Communes ; voir *Debates, House of Commons*, 1946, vol. II, p. 1214, et pp. 1300 à 1315.

nommé. On doit la situer dans le contexte du mouvement universel, qui s'est développé après la Seconde guerre mondiale, en faveur de la reconnaissance des droits fondamentaux attachés à la personne humaine. Au niveau provincial, la Saskatchewan avait déjà édicté son *Bill of Rights*⁴. Sur le plan international, le Canada avait donné son assentiment à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies⁵; bien que ce texte, une simple résolution, n'eût pas force exécutoire, il représentait néanmoins une véritable obligation morale pour les pays-membres; soulignons-en notamment l'article 8:

Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.

Pour M. Diefenbaker, la nécessité d'accorder une protection judiciaire aux droits et libertés traditionnellement reconnus chez nous était précisément l'une des raisons les plus déterminantes en vue de l'adoption d'une charte canadienne des droits de l'homme⁶:

What would a bill of rights do? It would assert the right of the individual to go into the courts of this country, thereby assuring the preservation of his freedoms. These great traditional rights are merely pious ejaculations unless the individual has the right to assert them in the courts of law.

De ce point de vue, on peut s'étonner que notre *Déclaration des droits* ait dû mettre plus de neuf années à s'imposer sur le plan judiciaire.

La principale difficulté consistait peut-être à lui trouver un mode d'application acceptable: d'une part, les plaideurs en majorité eurent tendance à l'invoquer de façon peu articulée; les juges, d'autre part, par réaction ou simplement par crainte, adoptèrent en général les plus sérieuses réserves. Puis, vint en 1969 la célèbre cause de l'Indien Drybones⁷, qui donna lieu à « l'arrêt du siècle » a-t-on même dit⁸; la Cour suprême y a prononcé

⁴ R.S.S. 1965, c. 378; voir le commentaire de O.E. LANG, à (1959) 37 R. du B. can. 233; en 1960, l'Alberta aussi avait adopté un *Bill of Rights*, mais celui-ci avait été jugé *ultra vires* comme destiné à réglementer l'activité des banques (Reference *re Alberta Bill of Rights Act*: [1947] A.C. 503; [1947] 4 D.L.R. 1; [1947] 2 W.W.R. 401); subséquemment à 1960, les provinces suivantes se sont pourvues d'une telle loi: en 1962, l'Ontario (S.O. 1961-62, c. 93, telle qu'amendée); en 1963, la Nouvelle-Ecosse (R.S.N.S. 1967, c. 130); en 1966, l'Alberta (S.A. 1966, c. 39); en 1967, le Nouveau-Brunswick (S.N.B. 1967, c. 13); et en 1968, l'Île-du-Prince-Édouard (S.P.E.I. 1968, c. 24); à l'automne de 1974, le Québec se proposait d'édicter une *Loi sur les droits et libertés de la personne* (Projet de loi n° 50).

⁵ Résolution 217 (III) A, le 10 décembre 1948.

⁶ *Debates, House of Commons*, 1947, vol. IV, pp. 3152 et 3153.

⁷ *R. v. Drybones*, en date du 20 novembre 1969; [1970] R.C.S. 282; [1970] 3 C.C.C. 355; 10 C.R.N.S. 334; 9 D.L.R. (3d) 473; 71 W.W.R. 161.

⁸ H. BRUN, *La Décision dans Lavell ou les bonds de la Cour suprême*, (1973) 14 C. de D. 541, 542.

sans équivoque le caractère fondamental de la *Déclaration des droits* : celle-ci n'est pas seulement un ensemble de règles interprétatives, mais elle a de plus primauté sur les lois du Canada. Subséquemment, en revanche, la Cour suprême dut refréner les espoirs souvent immodérés qu'avait suscités l'arrêt *Drybones* et procéder à délimiter, forcément à rebours, les propriétés de la *Déclaration*. De cette phase qui est en cours présentement encore, il est remarquable qu'on ait retenu en général une impression assez pessimiste : les causes postérieures à *Drybones* où la *Déclaration des droits* fut invoquée avec succès auraient, semble-t-il, marqué les esprits moins que les autres.

Outre ce pessimisme, c'est communément un état de confusion et de contradiction qui marque les vues courantes sur la valeur judiciaire de la *Déclaration des droits*. Dans ces circonstances, il nous a paru utile de chercher à dégager, par l'étude des décisions de la Cour suprême ayant touché à ce jour à la *Déclaration*, un mode typique en vue de son application et de tenter d'en préciser les conséquences ou effets. Au fil de cette recherche, nous examinerons d'abord le texte de la loi renfermant la *Déclaration canadienne des droits* (chapitre I) ; puis, nous analyserons les décisions de la Cour suprême suivant une répartition en deux groupes adoptée de façon empirique : d'une part, celles où la *Déclaration* a été invoquée à l'encontre d'actes posés sous le régime de la législation fédérale (chapitre II) ; d'autre part, celles où elle a été appliquée ou opposée au contenu substantif même de cette législation (chapitre III) ; enfin, nous terminerons par un essai de synthèse (chapitre IV).

Nous n'entendons aucunement, par ce travail, résumer, ou encore moins répéter, ce qui a été dit ailleurs à propos de la *Déclaration des droits*. Ainsi, par exemple, nous ne traiterons pas des libertés publiques en général, aux plans interne⁹ ou international¹⁰ ; non plus que du partage des compétences législatives en cette matière au Canada¹¹, ou que du problème de l'insertion (*entrenchment*) d'une charte des droits de l'homme dans notre Constitution¹², ou que des mérites et des inconvénients des chartes ou

⁹ Voir, entre autres, D.A. SCHMEISER, *Civil Liberties in Canada*, Londres, Oxford University Press, 1964 ; M. COHEN, *Human Rights : Programme or Catchall ? A Canadian Rationale*, (1968) 46 *R. du B. can.* 554.

¹⁰ Voir, par exemple, M. CADIEUX, *Les Droits de l'homme au regard du droit international*, (1962) 22 *R. du B.* 18.

¹¹ Voir F.R. SCOTT, *Dominion Jurisdiction Over Human Rights and Fundamental Freedoms*, (1949) 27 *R. du B. can.* 497 ; J. BEETZ, *Le Contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l'homme dans la constitution du Canada*, (1958) 18 *R. du B.* 361 ; L.-P. PIGEON, *The Bill of Rights and the British North America Act*, (1959) 37 *R. du B. can.* 66.

¹² Voir notamment P.-E. TRUDEAU, *Constitutional Reform and Individual Freedoms*, (1969) 8 *Western Ontario L. Rev.* 1 ; D.A. SCHMEISER, *The Case Against Entrenchment of a Canadian Bill of Rights*, (1973) 1 *Dalhousie L. J.* 15.

déclarations des droits¹³. D'autres, déjà, ont accompli ces tâches, et mieux que nous ne le ferions. Pour la même raison, nous ne voulons pas non plus passer en revue, de façon linéaire, les différents droits que reconnaît la *Déclaration*¹⁴

Dans une optique judiciaire, notre propos consiste plutôt à définir un système, soit rechercher des règles aussi précises que possible en vue d'une mise en œuvre contrôlée de la *Déclaration des droits*, ces règles, du reste, étant applicables uniformément pour chacun des droits qui y sont reconnus. Ce travail, à notre connaissance, n'a pas encore été tenté ; en outre, autant que nous sachions également, il n'existe pas d'étude où l'on ait considéré d'un bloc la jurisprudence de la Cour suprême touchant à la *Déclaration*¹⁵.

Chapitre I

LE TEXTE DE LA LOI RENFERMANT LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS.

Avant de nous pencher sur l'application même de la *Déclaration des droits*, il sera utile de soumettre d'abord le texte qui la renferme à un examen périphérique sommaire, puis d'accorder une considération spéciale à l'alinéa introductif de l'article 2 qui en constitue le mécanisme d'application.

¹³ Voir W.G. How, *The Case for a Canadian Bill of Rights*, (1948) 26 *R. du B. can.* 759 ; également les propos de D. W. MUNDELL, à (1959) 37 *R. du B. can.* 247, et ceux de A.N. CARTER, *loc. cit.*, 259.

¹⁴ Par exemple, W.S. TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, Toronto, Carswell, 1966.

¹⁵ Le dernier arrêt considéré dans la présente étude est daté du 11 octobre 1974 ; il s'agit de *Howarth v. La Commission nationale des libérations conditionnelles*. Subséquemment, la Cour suprême s'est prononcée sur l'application de la *Déclaration des droits* dans les décisions suivantes : *Prata v. Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration* (28 janvier 1975), *Procureur général du Canada v. Canard* (28 janvier 1975), *Marcoux et Solomon v. La Reine* (7 mars 1975) et *Morgentaler v. La Reine* (26 mars 1975). Parmi ces causes nouvelles, celle de *Canard* constitue un jalon important dans l'ensemble de la jurisprudence de la Cour suprême touchant à la *Déclaration des droits* (voir *infra*, note 262).

Section 1

EXAMEN PÉRIPHÉRIQUE.

L'agencement formel de la loi renfermant la *Déclaration des droits* comporte trois éléments principaux, soit un préambule suivi de deux parties distinctes¹⁶.

A. PRÉAMBULE.

Le préambule réfère aux principes qui constituent les assises de la nation canadienne. Ces principes fondamentaux reconnaissent la suprématie de Dieu, la dignité et la valeur de la personne humaine, le rôle de la famille, et la liberté des hommes et des institutions dans les limites du respect des valeurs morales et spirituelles et du règne du droit¹⁷. La fin du statut y est aussi formulée : expliciter lesdits principes constitutionnels ainsi que les droits de l'homme et les libertés fondamentales qui en découlent pour en assurer la protection à la population du Canada¹⁸.

B. PARTIE I.

Vient ensuite la Partie I qui groupe les articles 1, 2, 3 et 4.

L'article 1 énonce expressément certains des droits de l'homme et des libertés fondamentales évoqués dans le préambule : le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne et à la jouissance de ses biens sous l'application régulière de la loi¹⁹ ; son droit à l'égalité devant

¹⁶ Au sujet de la rédaction de la loi, on peut lire l'intéressant article de E.A. DRIEDGER, *The Canadian Bill of Rights*, dans O.E. LANG (éd.), *Contemporary Problems of Public Law in Canada, Essays in Honour of Dean F.C. Cronkite*, publié pour le College of Law, Univ. of Saskatchewan, par Univ. of Toronto Press, 1968, 31.

¹⁷ L'expression française « règne du droit » correspond à celle de « rule of law » en langue anglaise.

¹⁸ On peut se demander si la protection offerte par la *Déclaration des droits* s'étend à toutes les personnes, physiques et morales. Bien que les avis soient partagés sur ce point, il n'est pas douteux selon nous que les personnes morales soient aussi visées. Certes, le législateur, à l'article 1, a fait usage du mot « individu » ; c'est toutefois le mot « personne » qui se lit à l'article 2. Or, « personne », selon l'article 28 de la *Loi d'interprétation* (S.R.C. 1970, c. I-23) « désigne également une corporation » ; de plus, aux termes du même article, « tout mot ou expression ayant le sens du mot « personne » » reçoit aussi cette interprétation : le mot « individu » doit bien entrer dans cette catégorie. Au surplus, il serait bien étonnant que le législateur ait voulu à l'article 2 accorder aux personnes morales la protection de la *Déclaration des droits* et, en même temps, à l'article 1 la leur refuser. Voir P.W. BRUTON, *The Canadian Bill of Rights : Some American Observations*, (1961-62) 8 *McGill L. J.* 106, 115.

¹⁹ « Application régulière de la loi » est la version française de « due process of law » en anglais.

la loi²⁰ et à la protection de la loi ; la liberté de religion, de parole, de réunion et d'association, et la liberté de la presse ; ces droits existant pour tout individu au Canada, sans discrimination à l'égard de la race, de l'origine nationale, de la couleur, de la religion ou du sexe²¹.

Pour ce qui est de l'article 2, on doit y distinguer deux éléments : l'alinéa introductif, d'abord, qui constitue le mécanisme d'application du statut (et qui fera le sujet principal de la Section 2 ci-après) et, ensuite, l'énumération de certaines protections ou garanties touchant surtout au domaine des droits judiciaires. Sur la nature de ces garanties en relation avec les droits et libertés énoncés à l'article 1, on peut se demander si elles représentent des droits distincts et autonomes, ou bien si elles s'y rattachent en ce qu'elles en seraient des illustrations ou modalités particulières. La jurisprudence a clairement opté pour la seconde position²².

²⁰ Comme nous le verrons, le droit à l'égalité devant la loi s'est trouvé, jusqu'ici, au centre des décisions judiciaires les plus marquantes concernant la *Déclaration des droits*. On peut penser que ce droit va jouer chez nous un rôle comparable au *due process of law* chez les Américains ; dans cette optique, il est très curieux que l'égalité devant la loi, en tant que droit reconnu par la *Déclaration*, n'ait vu le jour que de justesse : en effet, elle n'était pas énoncée dans le projet de loi initial (voir l'article 2 b) de celui-ci).

²¹ La rédaction de cette partie du texte de l'article 1 a posé en jurisprudence certains problèmes d'interprétation. On s'est d'abord demandé s'il était nécessaire, pour que cet article trouve application, que soit impliquée, concurremment à la violation de l'un ou l'autre des droits et libertés y énoncés, l'une quelconque des formes de discrimination prohibées : la Cour suprême a résolu ce problème par la négative dans *Curr v. La Reine*, (1972), 7 C.C.C. (2d) 181, 189 (le juge Laskin) et dans *R. v. Burnshine*, (1974), 25 C.R.N.S. 270, 275 (le juge Martland). Par ailleurs, on s'est aussi posé la question de savoir si ces diverses formes de discrimination constituaient des protections ou garanties indépendantes et additionnelles aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, ou si plutôt elles ne faisaient que qualifier ces derniers sans posséder par et pour elles-mêmes une autonomie propre ; c'était au fond poser à contre-pied le problème précédent ; on trouve la réponse dans *Procureur général du Canada v. Lavell*, (1973), 23 C.R.N.S. 197, 209 (le juge Ritchie) : « There is no language anywhere in the Bill of Rights stipulating that the laws of Canada are to be construed without discrimination unless that discrimination involves the denial of one of the guaranteed rights and freedoms, but when, as in the case of *Regina v. Drybones*, denial of one of the enumerated rights is occasioned by reason of discrimination, then, as Laskin J. has said, the discrimination affords an additional lever to which federal legislation must respond. »

²² « The various paragraphs in s. 2 particularize aspects of those human rights and fundamental freedoms defined in s. 1 », *Lowry et Lepper v. La Reine*, (1972), 6 C.C.C. (2d) 531, 536 (le juge Martland) ; voir aussi *R. v. Burnshine*, (1974), 25 C.R.N.S. 270, 279 (le juge Martland également). On pourrait soutenir, plus précisément, que les protections formulées à l'article 2 représentent surtout des démembrements du *due process of law* (l'application régulière de la loi) énoncé à l'article 1 ; il faut admettre, toutefois, que cela tend à conférer une valeur substantive au *due process of law*, comme c'est le cas aux États-Unis, alors que notre Cour suprême, fidèle à la tradition britannique, ne lui accorde pour le moment qu'un caractère purement procédural (voir *Curr v. La Reine*, (1972), 7 C.C.C. (2d) 181). Voir *infra*, note 58.

Puis, l'article 3²³ impose au ministre de la Justice le devoir d'examiner tout projet de loi²⁴ ou de règlement fédéraux en vue de rechercher et de dénoncer, le cas échéant, toute incompatibilité avec la *Déclaration des droits*. Cette disposition qui touche une question, non de fond, mais d'application du statut, aurait assurément mieux eu sa place dans la Partie II que nous considérerons un peu plus loin. En effet, la Partie I a de toute évidence pour objet la définition de règles essentielles.

L'article 4, qui clôt la Partie I, en atteste d'ailleurs comme suit : « Les dispositions de la présente Partie doivent être connues sous la désignation : *Déclaration canadienne des droits*. » À ce dernier propos, on gardera à l'esprit, donc, que, chaque fois que cette expression sera rencontrée, elle désigne *stricto sensu* la Partie I du statut, à l'exclusion du préambule et de la Partie II.

C. PARTIE II.

La Partie II (article 5) apporte quelques précisions relatives à l'interprétation et à l'application de la Partie I.

En premier lieu, le paragraphe (1) énonce que les droits et libertés non énumérés dans la *Déclaration des droits* et qui peuvent avoir existé au Canada lors de sa mise en vigueur ne sont ni supprimés, ni restreints. Cette disposition n'a rien de surprenant ici puisqu'elle s'inspire d'une formule très répandue dans les lois fédérales (rédaction législative de type anglo-saxon). Sur le fond, on peut estimer qu'il est bien naturel que la *Déclaration* dont la fin expresse est de mieux assurer l'exercice des libertés publiques au Canada n'ait pas comme effet d'en réduire l'éventail. Il n'est certes pas inutile de souligner au passage qu'en ce qui concerne ces droits et libertés non énumérés le résultat net est le suivant : ils se situent dans la plus absolue neutralité par rapport à la *Déclaration*, bénéficiant d'une sauvegarde totale, mais du reste ne jouissant d'aucune de ses faveurs.

Puis, le paragraphe (2) définit l'expression « loi du Canada » qui doit s'entendre de toute loi du Parlement, édictée avant ou après la mise en

²³ Le texte initial de l'article 3 a été modifié lors de l'entrée en vigueur, le premier janvier 1972, de la *Loi sur les textes réglementaires*, S.C. 1970-71-72, c. 38, a. 29, qui venait abroger et remplacer la *Loi sur les règlements*, S.R.C. 1952, c. 235. Voir, par ailleurs, le *Règlement relatif à l'examen fait conformément à la Déclaration canadienne des droits*, DORS 74-633, (1974) 108 *Gazette du Canada*, Partie II, 2923 (n° 22, 27-11-74) ; à ce propos, on peut lire M.R. MACGUIGAN, *Legislative Review of Delegated Legislation*, (1968) 46 *R. du B. can.* 706, en particulier 709.

²⁴ L'article 3 vise tout projet de loi, public ou privé, sans égard du reste à l'assemblée devant laquelle il est en premier lieu soumis, soit la Chambre des Communes ou le Sénat ; voir E.A. DRIEDGER, *loc. cit.*, note 16, 42.

vigueur du statut, ou de toute ordonnance, règle ou règlement établi sous son régime²⁵, et de toute loi exécutoire au Canada²⁶, qui est susceptible d'abrogation, d'abolition ou de modification par le Parlement²⁷. Ce paragraphe pose un problème controversé et difficile à résoudre en ce qu'il rend la *Déclaration des droits* applicable aussi bien à la législation fédérale antérieure à son entrée en vigueur, soit le 10 août 1960, qu'à celle qui a été édictée postérieurement à cette date. Ce problème capital est discuté plus loin de façon particulière²⁸.

Enfin, le paragraphe (3) limite expressément la portée de la *Déclaration* aux matières qui sont de la compétence législative fédérale. On peut rapprocher cette disposition du passage suivant extrait du préambule du statut (troisième alinéa) : « ... dans une Déclaration de droits qui respecte la compétence législative du Parlement du Canada ... »

Attendu qu'au Canada le domaine des libertés publiques n'appartient pas tout entier au Parlement²⁹, les paragraphes (2) et (3) de l'article 5 manifestent la volonté de celui-ci de légiférer à l'intérieur de sa juridiction.

Ce rapide examen périphérique de la loi renfermant la *Déclaration canadienne des droits* voulait, à grands traits, en dégager le sens global et la portée. Nous pouvons maintenant nous tourner vers l'une de ses dispositions particulières, soit l'alinéa introductif de l'article 2.

Section 2

L'ALINÉA INTRODUCTIF DE L'ARTICLE 2.

L'alinéa introductif de l'article 2 de la *Déclaration des droits* y occupe une place prépondérante : en effet, il en constitue le mécanisme d'application et assure la protection concrète des droits de l'homme et libertés

²⁵ Dans certaines hypothèses, toutefois, la *Déclaration des droits* pourrait affecter indirectement l'application de lois ou règlements provinciaux ; prenons, par exemple, les cas de législation référentielle. Sur cette question, voir D.M. GORDON, *The Canadian Bill of Rights*, (1961) 4 *C.B.J.* 431, 434 et H. MARX, *La Déclaration canadienne des droits et l'affaire Drybones : Perspectives nouvelles ?* (1970) 5 *R.J.T.* 305, 319 à 321.

²⁶ Selon E.A. DRIEDGER, *loc. cit.*, note 16, 44, l'expression « toute loi exécutoire au Canada » comprendrait même le *Common Law* dans la mesure où il tombe sous la compétence fédérale ; la version anglaise correspondante, soit « any law in force in Canada », apporte évidemment du poids à cette proposition.

²⁷ La dernière partie du paragraphe (2) de l'article 5 réfère implicitement à l'article 129 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867.

²⁸ Voir *infra*, pp. 53 et ss.

²⁹ Voir *supra*, note 11, et *infra*, note 43.

fondamentales reconnus. Après avoir souligné cet aspect et une exception, nous considérerons le champ d'attraction et la mise en œuvre de l'alinéa introductif de l'article 2.

A. MÉCANISME D'APPLICATION DE LA DÉCLARATION.

On peut à ce propos citer le juge Laskin, dans *Procureur général du Canada v. Lavell*³⁰ :

It is s. 2 that gives this enactment (la *Déclaration*) its effective voice, because without it s. 1 would remain a purely declaratory provision.

Le texte de l'alinéa introductif de l'article 2 se lit comme suit :

*Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la Déclaration canadienne des droits, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme*³¹...

Par l'effet de cette disposition, les droits et libertés reconnus par la *Déclaration* servent d'étalon ou de mesure dans l'interprétation et l'application des lois du Canada. On peut établir une nette relation entre celle-ci et le troisième alinéa du préambule de la loi qui manifeste l'intention du législateur d'assurer pour l'avenir à la population du Canada la protection de ses droits et libertés fondamentaux. L'alinéa introductif de l'article 2 est ordonné à la mise en œuvre pratique de ce vœu.

B. EXCEPTION.

Rappelons que l'expression « loi du Canada » signifie à la fois toute loi du Parlement du Canada, ou toute ordonnance, règle ou règlement fédéral, et toute loi exécutoire au Canada qui est susceptible d'abrogation, d'abolition ou de modification par le Parlement du Canada (article 5(2))³².

On remarquera cependant l'exception posée par le législateur :

... à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*...

³⁰ (1973), 23 C.R.N.S. 197, 227. Ce n'est pas autrement, du reste, que s'exprimait le juge Martland, parlant au nom de la majorité dans *R. v. Burnshine*, (1974), 25 C.R.N.S. 270, 277.

³¹ Les italiques sont de nous. — [Suit l'énoncé de certaines protections ou garanties que nous avons identifiées plus haut comme ressortissant surtout au domaine des droits judiciaires et qui représentent des modalités particulières des droits et libertés reconnus à l'article 1 ; voir *supra*, p. 13].

³² Voir *supra*, pp. 14 et 15.

Par l'inclusion de cette réserve, le législateur peut soustraire une loi particulière de l'application de la *Déclaration des droits*. C'est toutefois l'unique exception de ce genre. On n'en peut compter que deux exemples à ce jour, représentant tous deux des cas similaires et justifiés par la vénérable maxime *salus populi suprema lex* ³³.

Le premier, de caractère permanent, est l'article 6(5) de la *Loi sur les mesures de guerre* ³⁴ où il est dit :

Un acte ou une chose accomplie ou autorisée, ou un arrêté, décret ou règlement établi, sous le régime de la présente loi, est censé ne pas constituer une suppression, une diminution ou une transgression d'une liberté ou d'un droit quelconque reconnu par la *Déclaration canadienne des droits*.

Cette version de l'article 6 de la *Loi sur les mesures de guerre* est venue en même temps que la *Déclaration des droits*, en 1960 ³⁵, car il était nécessaire d'assortir le texte original d'une réserve expresse si on voulait en sauvegarder l'application éventuelle ; il est intéressant d'observer que l'amendement, en contrepartie, établissait un mode de contrôle parlementaire sur la proclamation de l'existence d'un état de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réel ou appréhendé (les paragraphes (1), (2), (3) et (4) de l'article 6), acte qui, jusque-là, était laissé à la seule discrétion du pouvoir exécutif.

On s'est demandé quel était l'effet de l'entrée en vigueur de la *Loi sur les mesures de guerre* par rapport à la condition même de la *Déclaration des droits* ³⁶. Il nous semble que c'est là poser le problème à contre-pied : la réserve expresse que renferme la *Loi sur les mesures de guerre* n'a pas pour effet de lui conférer une primauté sur la *Déclaration*, mais l'excepte seulement du champ d'application de celle-ci qui s'étend normalement à toute loi du Canada ³⁷. Pour la même raison, on ne peut prétendre que l'entrée en vigueur de la *Loi sur les mesures de guerre* suspend l'application de la *Déclaration des droits* ³⁸ : tel peut être le résultat pratique vraisem-

³³ Les événements d'octobre 1970 au Québec ont donné lieu à plusieurs publications portant sur l'application des mesures de guerre. Voir notamment J.N. LYON, *Constitutional Validity of Sections 3 and 4 of the Public Order Regulations, 1970*, (1972) 18 *McGill L. J.* 136 ; H. MARX, *The « Apprehended Insurrection » of October 1970 and the Judicial Function*, (1972) 7 *U.B.C. L. Rev.* 55 ; C.F. SCOTT, *The War Measures Act, s. 6(5) and the Canadian Bill of Rights*, (1971) 13 *Crim. L. Q.* 342 ; W.S. TARNOPOLSKY, *Emergency Power and Civil Liberties*, (1972) 15 *Can. Pub. Admin.* 194 ; et G. TREMBLAY, *Les Libertés publiques en temps de crise*, (1972) 13 *C. de D.* 401.

³⁴ S.R.C. 1970, c. W-2.

³⁵ Voir *supra*, note 1.

³⁶ Voir C.F. SCOTT, *loc. cit.*, note 33.

³⁷ Voir *infra*, pp. 19 et ss., nos considérations sur le type de protection négatif offert par la *Déclaration*.

³⁸ Cette opinion a été avancée (mais sans justification) par W.S. TARNOPOLSKY, *op. cit.*, note 14, p. 228, et par H. MARX, *The Emergency Power and Civil Liberties in Canada*, (1970) 16 *McGill L. J.* 39, 71.

blablement, mais, en bonne logique, tout différemment, seuls les actes posés sous le régime de la *Loi sur les mesures de guerre* (ou de ses règlements) pourront transgresser les droits bénéficiant de la protection spéciale de la *Déclaration*.

Le second exemple, provisoire celui-là, est la *Loi de 1970 concernant l'ordre public (mesures provisoires)*³⁹ : elle prit la place de la *Loi sur les mesures de guerre* en décembre 1970 pour s'éteindre d'elle-même le 30 avril 1971.

Enfin, notons que les ordonnances, règles ou règlements établis sous le régime d'une loi soustraite par réserve expresse de l'application de la *Déclaration des droits* sont susceptibles également d'être exceptés ; il semble toutefois nécessaire que la loi habilitante autorise clairement la dérogation par voie de législation subordonnée, comme c'est le cas pour la *Loi sur les mesures de guerre*. La *Loi de 1970 concernant l'ordre public (mesures provisoires)*, de son côté, ne prévoyait aucun pouvoir réglementaire.

C. CHAMP D'ATTRACTION.

Pour ce qui est du champ d'attraction de l'alinéa introductif de l'article 2, il ne fait aucun doute qu'il comprenne aussi bien les droits et libertés énoncés à l'article 1, paragraphes a) à f), que les protections ou garanties particularisées à l'article 2 même, paragraphes a) à g). En ce qui concerne ces dernières, le texte n'est susceptible d'aucune autre interprétation puisque ces cas sont expressément visés (« . . . et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme . . . »). Quant aux droits et libertés de l'article 1, la locution « aux présentes » les place également dans l'orbite de l'alinéa introductif de l'article 2 ; c'est la conclusion que suggèrent indiscutablement tant le sens naturel des termes que leur sens législatif⁴⁰. Ce sujet n'a jamais été mis en question au niveau de la Cour suprême où l'on a toujours pris pour acquis que telle est la règle ; certains jugements ne nous ont pourtant pas épargnés de leurs réflexions dissonantes sur ce point particulièrement clair⁴¹. Est-il utile enfin de préciser par un rappel⁴² que les droits de l'homme et les libertés fondamentales non expressément énumérés

³⁹ S.C. 1970-71-72, c. 2.

⁴⁰ L'article 28 de la *Loi d'interprétation* (S.R.C. 1970, c. I-23) dispose, *inter alia*, que : « « aux présentes », dans un article, doit s'interpréter comme visant l'ensemble du texte législatif, et non ledit article seulement ».

⁴¹ *E.g. R. v. Gonzales*, (1962), 132 C.C.C. 237, 239 (B.C.C.A., le juge Davey), où, assez étonnamment, on attribue à l'alinéa introductif de l'article 2 des propriétés différentes selon qu'il s'applique en regard des droits énoncés à l'article 1 ou bien des cas particularisés à l'article 2 même. Ce jugement est publié également à 37 C.R. 56 ; 32 D.L.R. (2d) 290 ; et 37 W.W.R. 257.

⁴² Voir *supra*, p. 14.

dans la *Déclaration des droits* et qui peuvent néanmoins continuer à exister au Canada (article 5(1)), ne jouissent pas de la protection spéciale de l'article 2. Ce dernier est absolument sans effet quant à eux.

D. MISE EN ŒUVRE.

Nous pouvons maintenant porter notre attention sur la mise en œuvre de cette protection. Constatons d'abord que celle-ci est de type négatif pour ensuite en distinguer deux objets d'exercice.

a) Protection de type négatif.

La *Déclaration des droits* n'érige pas dans l'absolu certaines libertés fondamentales pour le Canada ; l'idée de base, au contraire, est que les droits reconnus « ont existé et continueront à exister » (article 1). Par le jeu de l'alinéa introductif de l'article 2, la *Déclaration* alors ne fait qu'empêcher que ceux-ci ne soient supprimés, restreints ou enfreints dans l'interprétation ou l'application de toute loi du Canada. Le choix de cette forme de protection offrait un immense avantage au plan constitutionnel : celui de contourner le délicat problème du partage juridictionnel entre le Parlement et les Législatures en matière de libertés publiques⁴³. Autrement, il aurait fallu définir avec précision l'étendue de la compétence fédérale dans ce domaine, ce qui est une tâche presque impossible, et réduire, par prudence, la liste des droits reconnus ; même en pareil cas, du reste, aurait subsisté un certain danger que la loi soit jugée inconstitutionnelle par les tribunaux.

La constatation que la *Déclaration des droits* apporte une protection de type négatif est essentielle à l'intelligence de sa mise en œuvre. Par exemple, demandons-nous si cette protection ne vise, comme aux États-Unis, que l'action de l'État ou de ses agents, ou si elle englobe aussi la conduite

⁴³ Cette question a fait l'objet de nombreuses et intéressantes études. En plus des textes déjà mentionnés, *supra*, à la note 11, on peut lire : G.M. KEYES, *Civil Liberties and the Canadian Constitution*, (1958-59) 1 *Osgoode Hall L. J.* 20 ; N. MATEESCO, *Le Parlement du Canada a-t-il compétence pour voter une loi des droits de l'homme ?* (1961) 11 *Thémis* 77 ; A. BREWIN, *The Canadian Constitution and a Bill of Rights*, (1966) 31 *Sask. Bar. Rev.* 251 ; M.R. MACGUIGAN, *Civil Liberties in the Canadian Federation*, (1966) 16 *U.N.B. L. Journal* 1, pp. 10 et ss. ; D. GIBSON, *Constitutional Amendment and the Implied Bill of Rights*, (1966-67) 12 *McGill L. J.* 497. De plus, la perspective provinciale a été mise en évidence de façon particulière par E. COLAS, *Les Droits de l'Homme et la constitution canadienne*, (1958) 18 *R. du B.* 317, tandis que les trois dimensions internationale, fédérale et provinciale ont été considérées par J.-Y. MORIN, *Une Charte des droits de l'homme pour le Québec*, (1963) 9 *McGill L. J.* 273. Pour ce qui est de la jurisprudence, les arrêts prédominants sont : *Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100 ; *Saumur v. La Cité de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299 ; *Henry Birks and Sons (Montreal) Limited v. La Cité de Montréal*, [1955] R.C.S. 799 ; et *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

de particuliers dans le cadre de rapports purement privés ⁴⁴ ? À cette question on peut répondre : la *Déclaration des droits* porte sur toute loi du Canada et interdit qu'une telle loi, dans son interprétation ou son application, ne supprime, ne restreigne ou n'enfreigne les droits de l'homme et les libertés fondamentales reconnus ; comme la plupart des lois du Canada concernent des rapports entre l'État fédéral et le citoyen (e.g. droit pénal, droit administratif, droit fiscal, etc.), dans une majorité de situations la *Déclaration des droits* affecte l'action de l'État et de ses agents ; par contre, un nombre restreint de lois fédérales gouvernent des rapports privés entre particuliers (e.g. *Loi sur les lettres de change* ⁴⁵, *Loi sur la faillite* ⁴⁶, *Loi sur le divorce* ⁴⁷, *Loi sur l'intérêt* ⁴⁸, etc.) ; nous ne doutons pas qu'en ces cas, numériquement moindres que les précédents, les droits reconnus par la *Déclaration* doivent être respectés également.

b) Objets d'exercice.

Ensuite, on peut considérer que la protection de la *Déclaration des droits* s'exerce en regard de deux catégories distinctes d'objets dont chacune détermine, par l'alinéa introductif de l'article 2, des modes particuliers d'application : il s'agit, premièrement, des actes posés sous le régime de la législation fédérale ⁴⁹ et, deuxièmement, du contenu substantif même de celle-ci.

Les chapitres II et III qui suivent correspondent aux deux membres de cette division, respectivement. Nous avons adopté celle-ci de façon purement empirique ou factuelle par suite de l'examen des décisions de la Cour suprême ayant touché jusqu'ici à la *Déclaration des droits*. Elle a le mérite, nous semble-t-il, de permettre un groupement rationnel des arrêts et de faciliter ainsi, inductivement, la définition assez exacte des propriétés de la *Déclaration des droits* dans ses applications judiciaires.

Au surplus, la répartition en ces deux catégories distinctes des objets de la protection de la *Déclaration des droits* nous semble recevoir à un certain degré l'entérinement du législateur.

⁴⁴ Voir l'exposé du problème par P.W. BRUTON, *The Canadian Bill of Rights : Some American Observations*, (1961-62) 8 *McGill L. J.* 106, 116 à 118. Pour ce qui est de la situation américaine, cet auteur réfère à HALE, *Force and the State : A Comparison of « Political » and « Economic » Compulsion*, (1935) 35 *Colum. L. Rev.* 149 ; et à *Barron v. Baltimore*, (1833), 7 *Peters* 243.

⁴⁵ S.R.C. 1970, c. B-5.

⁴⁶ S.R.C. 1970, c. B-3.

⁴⁷ S.R.C. 1970, c. D-8.

⁴⁸ S.R.C. 1970, c. I-18.

⁴⁹ Nous entendons ici par « législation fédérale » toute « loi du Canada » au sens de l'article 5(2) de la *Déclaration*.

En effet, les verbes « s'interpréter » et « s'appliquer » qui paraissent deux fois à l'alinéa introductif de l'article 2 (« Toute loi du Canada... doit *s'interpréter* et *s'appliquer* de manière à ne pas... et en particulier, nulle loi du Canada ne doit *s'interpréter* ni *s'appliquer* comme »...) (les italiques sont de nous) évoquent, le premier, le contenu substantif de la législation fédérale, le second, les actes posés sous son régime. Nous reconnaissons toutefois que cette double corrélation n'est pas absolue⁵⁰.

Par ailleurs, la même division a été retenue en pratique par le législateur à l'article 6(5) de la *Loi sur les mesures de guerre*⁵¹ :

Un acte ou une chose accomplie ou autorisée, ou un arrêté, décret ou règlement établi, sous le régime de la présente loi, est censé ne pas...

Chapitre II

APPLICATION DE LA DÉCLARATION DES DROITS AUX ACTES POSÉS SOUS LE RÉGIME DE LA LÉGISLATION.

De façon générale, lorsque la loi parle, que ce soit pour interdire ou déterminer une ligne de conduite, il en découle l'adoption d'un comportement ou l'accomplissement de certains actes. C'est là le but premier et, en même temps, l'effet le plus immédiat de la loi. De ce fait, il est bien naturel qu'on ait eu pour premier réflexe de chercher à appliquer la *Déclaration des droits*, texte nouveau aux effets exacts inconnus et difficilement prévisibles, aux actes posés sous le régime de la législation.

La revue des décisions de la Cour suprême ayant touché à la *Déclaration des droits* révèle, en effet, que c'est cette catégorie d'objets d'application qui a d'abord prédominé, puisque jusqu'à l'affaire *Drybones*⁵², sur huit décisions

⁵⁰ Si l'on peut associer de façon exclusive le verbe « s'interpréter » au contenu substantif de la législation, on doit différemment attribuer une certaine ambivalence au verbe « s'appliquer » : en effet, ce dernier est susceptible de rattachement à la fois aux actes posés sous le régime de la législation et au contenu substantif même de celle-ci (voir *infra*, chapitre III, section 2, pp. 60 et ss., *La Déclaration des droits en tant qu'instrument propre à rendre inopérante une loi du Canada*). Quoi qu'il en soit, un fait demeure : il est difficile d'assigner un sens vraiment précis aux verbes « s'interpréter » et « s'appliquer » ; on peut noter plusieurs tentatives en ce sens : voir par exemple B. LASKIN, *Canada's Bill of Rights: A Dilemma for the Courts?* (1962) 11 *Int. and Comp. L. Q.* 519, 529 ; E.A. DRIEDGER, *loc. cit.*, note 16, pp. 37 et ss. ; et J.G. SINCLAIR, *The Queen v. Drybones: The Supreme Court of Canada and the Canadian Bill of Rights*, (1970) 8 *Osgoode Hall L. J.* 599, 601.

⁵¹ Voir *supra*, note 34.

⁵² Voir *supra*, note 7.

on n'en peut compter qu'une où fut visé le contenu substantif de la législation fédérale⁵³.

En contrepartie, on observe après *Drybones* un estompage marqué en faveur du contenu substantif de la législation, l'application de la *Déclaration* aux actes posés sous le régime de celle-ci n'étant apparue que sporadiquement depuis lors. Nous aurons plus loin l'occasion de revenir sur cette évolution⁵⁴.

Dans le présent chapitre, nous chercherons à dégager par l'examen des décisions de la Cour suprême où l'on a mesuré la *Déclaration des droits* à des actes posés sous le régime de la législation un mode typique en vue de cette application ; puis, nous tenterons de préciser les conséquences découlant de la violation de la *Déclaration* relativement à l'accomplissement de ces actes.

Section 1

MODE TYPIQUE D'APPLICATION.

Essentiellement, le problème se ramène à déterminer s'il y a eu ou non, dans l'accomplissement d'un acte posé sous le régime d'une loi du Canada, violation ou déni soit de l'un ou l'autre des droits de l'homme et libertés fondamentales énoncés à l'article 1 de la *Déclaration des droits*, soit de l'une ou l'autre des protections ou garanties particularisées à l'article 2 ; ce qui du reste revient à se demander si, à l'égard d'un tel acte, l'alinéa introductif de l'article 2 trouve son application.

Cette proposition est par elle-même assez évidente et il peut sembler inapproprié de lui accorder beaucoup d'insistance. Pourtant, elle mérite la plus grande considération.

D'abord, poser le problème avec clarté, c'est en règle générale déjà jeter les bases de sa solution, et cela est sans doute particulièrement utile lorsque la matière, comme la reconnaissance effective des **libertés publiques**, suppose une appréhension très nuancée.

Ensuite, l'expérience démontre qu'on a souvent tendance à invoquer la *Déclaration des droits* de façon vague ou approximative, pratiquement *in vacuo* quelquefois, pour peu qu'on ait le sentiment d'être victime d'une quelconque injustice. On oublie ainsi que la *Déclaration* n'est pas un remède miraculeux susceptible d'éteindre tous les maux. Différemment, sa mise en

⁵³ *Robertson et Rosetanni v. La Reine*, voir *infra*, note 117.

⁵⁴ Voir *infra*, p. 42.

jeu exige que le cas d'espèce soit visé par l'un ou l'autre des droits reconnus à l'article 1 ou à l'article 2 et il ne suffit jamais de faire appel, dans leur généralité, aux principes qui la sous-tendent ou simplement à son esprit.

Enfin et surtout, la proposition formulée plus haut correspond au cheminement habituellement suivi par la Cour suprême en présence de la *Déclaration des droits*. Pour cette raison, elle peut être tenue assurément comme l'articulation maîtresse d'un mode typique d'application de la *Déclaration* : dans chaque cas disputé, la démarche logique consiste ainsi à évaluer méticuleusement le contenu ou l'étendue de l'un quelconque (ou de plusieurs) des droits expressément reconnus et qui aurait été transgressé, puis à établir si l'objet du grief tombe ou non dans l'aire de ce droit et, de ce fait, doit être proscrit ou entériné.

Nous allons tenter de souligner la mise en œuvre de ce processus logique dans les décisions de la Cour suprême où des actes posés sous le régime de lois fédérales ont été confrontés à la *Déclaration des droits*. À cette fin, nous suivrons un ordre logique qui respecte le plus possible la chronologie.

A. REVUE DE LA JURISPRUDENCE.

Alors, sans tarder, les plaideurs ont cherché à faire valoir la *Déclaration des droits* devant la Cour suprême. Déjà, un peu plus de trois mois seulement après son entrée en vigueur, elle était invoquée dans *Louie Yuet Sun v. La Reine*⁵⁵, une affaire d'immigration. Puis, peu après, elle reparait dans une cause identique : *Rebrin v. Bird et le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*⁵⁶. Dans chacun de ces litiges, on contestait la validité d'un ordre de détention et de déportation originairement rendu par un enquêteur spécial en vertu de la *Loi sur l'immigration*⁵⁷ : pour ce qui est de la *Déclaration des droits*, la Cour s'est contentée dans les deux cas de constater et d'affirmer que l'application régulière de la loi (*due process of law*) avait été suivie (article 1 a). Malheureusement, ces deux décisions venues presque précocement n'apportent guère, à cause de leur laconisme, une contribution vraiment importante à notre sujet ; on doit bien observer cependant de quelle façon le tribunal y a décliné l'application de la *Déclaration* : il a jugé, en chacune de ces espèces, que la preuve ne révélait pas le déni du droit invoqué, nommément l'application régulière de la loi⁵⁸.

⁵⁵ En date du 28 novembre 1960 ; [1961] R.C.S. 70.

⁵⁶ En date du 27 mars 1961 ; [1961] R.C.S. 376 ; 130 C.C.C. 55 ; 34 C.R. 412 ; 27 D.L.R. (2d) 622.

⁵⁷ Alors S.R.C. 1952, c. 325 ; maintenant S.R.C. 1970, c. I-2.

⁵⁸ Dans *Louie Yuet Sun* et dans *Rebrin*, la Cour suprême a ainsi accordé une valeur purement procédurale plutôt que substantive à l'application régulière de la loi (*due process of law*). Voir *supra*, note 22.

Plus de deux années s'écoulèrent ensuite avant que l'application de la *Déclaration des droits* ne soit reconsidérée par la Cour suprême. Ce fut alors la célèbre cause de *Robertson et Rosetanni v. La Reine*⁵⁹, qui portait sur la *Loi sur le dimanche* et à laquelle nous nous arrêterons seulement au chapitre suivant puisqu'en cette affaire la *Déclaration* a été mesurée au contenu substantif même de la loi. Mais, immédiatement après, suivit une affaire assez curieuse : *Magda v. La Reine*⁶⁰. Il s'agissait d'une pétition de droit en vue de réclamer des dommages-intérêts délictuels contre la Couronne. Le requérant, un roumain devenu citoyen canadien au moment de l'instance, alléguait avoir subi, par la faute ou la négligence d'officiers de la Couronne non désignés, des « peines ou traitements cruels et inusités », en violation de l'article 2 b) de la *Déclaration des droits*, alors qu'il était incarcéré au Canada pendant et peu après la Seconde guerre mondiale. La Cour, soulignant notamment que des allégations aussi générales ne pouvaient donner ouverture au droit réclamé, rejeta la pétition en se référant essentiellement au droit existant lors de la commission des actes reprochés. Aussi, l'affaire *Magda*, dans laquelle la *Déclaration des droits* fut tenue ouvertement à l'écart du conflit, n'apporte-t-elle aucune lumière réelle sur la question qui nous intéresse.

Vinrent ensuite deux décisions ayant trait à l'article 2 e) de la *Déclaration*, soit le droit pour une personne « à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations ».

Il s'agissait, pour la première, de *In re McCaud*⁶¹, où une demande d'*habeas corpus* avait été présentée au juge Spence en chambre : le requérant se plaignait du fait qu'on avait révoqué, sans lui en fournir les motifs ni l'occasion d'être entendu, la libération conditionnelle qui lui avait été précédemment accordée sous le régime de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*⁶². Le juge en chambre estima que l'article 2 e) de la *Déclaration* ne s'appliquait pas à la révocation des libérations conditionnelles. À cette fin, référant aux articles 8 d), 9 et 19 du statut⁶³, il posa qu'une pleine discrétion avait été accordée à la Commission nationale des libérations conditionnelles pour l'exercice de ses fonctions et que ces dernières étaient de caractère administratif plutôt que judiciaire ou quasi-judiciaire ; de plus, le juge Spence recourut à l'article 11 du statut⁶⁴ qui décrète le maintien de la sentence nonobstant la libération conditionnelle. Ce

⁵⁹ Voir *infra*, note 117.

⁶⁰ En date du 16 décembre 1963 : [1964] R.C.S. 72 ; 42 D.L.R. (2d) 330.

⁶¹ En date du 21 mai 1964 ; (1964), 43 C.R. 252 ; [1965] 1 C.C.C. 168.

⁶² Alors S.C. 1958, c. 38 ; maintenant S.R.C. 1970, c. P-2.

⁶³ Maintenant 10(1)e), 11 et 23.

⁶⁴ Maintenant 13(1).

jugement, dont il fut interjeté appel au tribunal, fut confirmé le même jour ⁶⁵.

Dans la mesure où, pour écarter l'application de l'article 2 e) de la *Déclaration des droits*, c'est le pouvoir discrétionnaire de la Commission qui a été invoqué, la décision *McCaud* offre la curiosité d'un raisonnement consistant à établir une relation à rebours entre la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* et la *Déclaration des droits*, la première devenant étonnamment mesure ou étalon pour la seconde : les rôles sont purement inversés. L'argument fondé sur le caractère administratif des fonctions de la Commission et celui tiré de l'article 11, qui affirme le maintien de la sentence, semblent plus orthodoxes. Nous reviendrons sur le premier argument un peu plus loin, après l'examen de la décision *Guay v. Lafleur* ⁶⁶. Quant au second touchant à l'article 11, le raisonnement du juge Spence paraît être le suivant : la libération conditionnelle n'a pas pour effet d'annuler la condamnation du sujet ; comme celle-ci, on doit le présumer, a été prononcée après une audition impartiale qui respectait l'article 2 e), on peut considérer que la révocation d'une libération conditionnelle n'équivaut pas à définir ou redéfinir les « droits et obligations » du sujet et ainsi ne tombe pas sous le coup de l'article 2 e) de la *Déclaration*.

Très récemment, dans *Howarth v. La Commission nationale des libérations conditionnelles* ⁶⁷, la Cour suprême fut saisie à nouveau du problème de la caractérisation des pouvoirs de la Commission. C'est ce sujet même qui était au centre du litige, en vue de l'application de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ⁶⁸. Par une majorité, la Cour jugea, suivant ce qui avait été décidé dans *In re McCaud*, que les fonctions de la Commission sont de caractère administratif "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis" ; elle n'a pas eu égard, cette fois, à l'application de la *Déclaration des droits*.

La seconde décision portant sur l'article 2 e) était celle de *Guay v. Lafleur* ⁶⁹. Cette cause, d'origine québécoise, a connu un certain retentissement. L'intimé Lafleur faisait l'objet d'une enquête de la part du Ministère du Revenu fédéral et l'appelant Guay, un fonctionnaire de ce ministère, avait assigné plusieurs témoins à comparaître et témoigner sous serment au

⁶⁵ (1964), 43 C.R. 256 ; [1965] 1 C.C.C. 170n.

⁶⁶ Voir *infra*, p. 26.

⁶⁷ Jugement non encore rapporté, en date du 11 octobre 1974.

⁶⁸ S.R.C. 1970, 2^e Suppl., c. 10.

⁶⁹ En date du 6 octobre 1964 ; [1965] R.C.S. 12 ; 47 D.L.R. (2d) 226. A propos de cet arrêt, on peut lire le commentaire de R. HURTUBISE, à (1964-65) 67 R. du N. 466 ; en regard du jugement de la Cour supérieure dans la même affaire, voir J.-G. CARDINAL, à (1961-62) 64 R. du N. 526 ; voir également J. BARBEAU, *The Practitioner's Tax Notes*, (1965) 8 C.B.J. 193.

sujet des affaires de Lafleur. À ce dernier, cependant, il avait refusé d'être présent et d'être assisté par son avocat. D'où la contestation. La Cour suprême jugea sans application en l'espèce l'article 2 e) de la *Déclaration des droits* " . . . since no rights and obligations are determined by the person appointed to conduct the investigation ⁷⁰". Et plus loin : " . . . the investigation . . . is a purely administrative matter which can neither decide nor adjudicate upon anything ⁷¹ . . ."

À la suite de ce jugement et de *In re McCaud*, on peut conclure que le droit pour une personne à une audition de sa cause n'est pas garanti par la *Déclaration des droits* lorsque la décision d'une autorité participe d'un caractère purement administratif.

Il ne faut pas croire, toutefois, que la distinction entre les fonctions administratives, d'une part, et les fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires, d'autre part, affecte l'application de la *Déclaration des droits* dans son ensemble. Par exemple, la protection contre « des peines ou traitements cruels et inusités » (article 2 b) doit valoir en regard des actes purement administratifs comme pour les autres. Plutôt, cette distinction est restreinte à l'application de l'article 2 e), car elle a pour cause la formulation même de celui-ci qui reconnaît à une personne le « droit à une *audition* impartiale de sa cause . . . pour la définition de ses droits et obligations » (les italiques sont de nous) : comme, en droit administratif, les tribunaux ont généralement adopté le critère de la détermination de droits et obligations pour distinguer les fonctions administratives et celles qui sont judiciaires ou quasi-judiciaires ⁷², cette particularité appartenant aux dernières, il était assez naturel de conclure que la protection de l'article 2 e) ne vise que celles-ci à l'exclusion des premières.

L'article 2 e) de la *Déclaration des droits* a été remis en cause subseqüemment, dans *O'Connor v. La Reine* ⁷³, pour y être cette fois invoqué concurremment avec les articles 2 c) (i) et 2 c) (ii) : ces dernières dispo-

⁷⁰ [1965] R.C.S. 12, 16.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Cette règle n'est pas absolue, toutefois. La question a été débattue de façon spéciale dans les arrêts suivants : *L'Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. La Commission des relations ouvrières du Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140 ; *Calgary Power Co. Ltd. v. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24 ; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 ; voir aussi *Howarth v. La Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 67, l'opinion des juges dissidents, en particulier. De plus, sur ce sujet, on pourra consulter utilement R. DUSSAULT, *Le Contrôle judiciaire de l'administration au Québec*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1969, pp. 191 à 229, et W.S. TARNOPOLSKY, *op. cit.*, note 14, pp. 193 à 207.

⁷³ En date du 26 avril 1966 ; [1966] R.C.S. 619 ; [1966] 4 C.C.C. 342 ; 48 C.R. 270 ; 57 D.L.R. (2d) 123. On peut trouver le commentaire de B. DONNELLY, à (1967) 5 *Osgoode Hall L. J.* 54 ; voir également B.A. GROSMAN, *The Right to Counsel in Canada*, (1967) 10 *C.B.J.* 189.

sitions reconnaissent à une personne arrêtée ou détenue le droit de connaître promptement les motifs de son état et celui de retenir et constituer un avocat sans délai. L'appelant avait été arrêté pour conduite d'un véhicule à moteur avec capacité affaiblie par l'alcool et les policiers, sans l'avoir informé qu'il était sous arrêt, prélevèrent des échantillons de son haleine en vertu de l'ancien article 224(3) du *Code criminel*. Le test, alors, n'était pas obligatoire. On refusa ensuite à l'appelant la permission de contacter son avocat. La Cour jugea que ce simple déni au prévenu de son droit à un avocat n'avait pas vicié et annulé les étapes subséquentes de la procédure ayant mené à sa condamnation, que les échantillons d'haleine constituaient une preuve admissible et que, globalement, les faits de la cause ne révélaient pas que le refus des policiers l'avait privé de son « droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale » (article 2 e) : "... accordingly ... no question arises as to the effect which the Canadian Bill of Rights might have upon such circumstances if they did exist ⁷⁴."

Ce jugement de *O'Connor v. La Reine* manifeste une volonté bien arrêtée d'écartier l'application de la *Déclaration des droits* et d'en esquiver ainsi les suites possibles : probablement, la Cour suprême n'était-elle pas prête à se prononcer sur certains problèmes très épineux, comme par exemple celui tenant à la doctrine de *Common Law* suivant laquelle même les preuves obtenues par des moyens illégaux sont recevables ⁷⁵. Ne répondant au fond à aucune des questions soumises, il semble aussi que la Cour ait voulu laisser l'avenir intact et ravalier toute l'affaire à la dimension d'un cas d'espèce ⁷⁶. À l'instar des précédentes, celle-ci fait ressortir toutefois la nécessité pour les plaideurs d'adopter une approche très technique en vue de l'application judiciaire de la *Déclaration des droits*.

En vue seulement de n'omettre aucune des décisions où la Cour suprême a considéré l'application de la *Déclaration des droits*, nous mentionnons ici

⁷⁴ [1966] 4 C.C.C. 342, 350.

⁷⁵ Au Canada, on trouve la trace de cette doctrine à partir de *R. v. Doyle*, (1886), 12 O.R. 347. Les arrêts-clefs en la matière sont aujourd'hui *Procureur général de la Province de Québec v. Bégin*, [1955] R.C.S. 593 et *R. v. Wray*, [1971] R.C.S. 272 ; dans ces deux causes, la Cour suprême du Canada a fait siennes les règles formulées par le Conseil privé, en Angleterre, dans *Kuruma, Son of Kaniu v. The Queen*, [1955] A.C. 197. En plus de ces arrêts, il faudra maintenant retenir celui de *Hogan v. La Reine* (non encore rapporté) que nous examinons un peu plus loin dans le texte et où la Cour a considéré les implications de la *Déclaration canadienne des droits* par rapport à l'obtention des preuves. Soulignons enfin que la position des tribunaux américains à ce sujet est diamétralement contraire : *Weeks v. U.S.*, (1914), 232 U.S. 383 ; *Mapp v. Ohio*, (1961), 367 U.S. 643 ; *Malloy v. Hogan*, (1964), 378 U.S. 1 ; *Escobedo v. Illinois*, (1964), 378 U.S. 478.

⁷⁶ Les notes particulières du juge Spence, en tout cas, n'ont pas d'autre objet.

celle de *Beattie v. La Reine*⁷⁷, une demande d'autorisation d'appel où les mêmes dispositions ont été soulevées, soient les articles 2 c) (ii) et 2 e). Cette demande, qui a été rejetée, n'offre en fait que peu d'intérêt puisque la Cour a seulement affirmé que la preuve ne révélait aucunement le déni des droits invoqués.

Beaucoup plus récemment, la Cour suprême a été saisie d'une affaire comparable à *O'Connor v. La Reine* où, cette fois, la question de la recevabilité des preuves illégalement obtenues a été envisagée de front. Il s'agit de *Hogan v. La Reine*⁷⁸.

L'appelant avait été trouvé coupable d'avoir eu le contrôle d'un véhicule à moteur alors que la proportion d'alcool dans son sang dépassait 80 milligrammes par 100 millilitres en contravention de l'article 256 du *Code criminel*. La preuve était constituée uniquement par le résultat de l'analyse chimique d'un échantillon d'haleine répondant aux prescriptions de l'article 237(1)c) *C. cr.* et obtenu par suite d'une sommation faite en vertu de l'article 235(1). C'est cette preuve qui fit l'objet de la contestation, l'appelant soutenant, sur la base de l'article 2 c) (ii) de la *Déclaration des droits*, qu'elle était irrecevable comme ayant été obtenue en transgression de son droit à l'assistance d'un avocat.

Par un raisonnement tout à fait acrobatique et extrêmement discutable, le juge Ritchie, qui fut le porte-parole de la majorité des membres de la Cour⁷⁹, écarta l'application de la *Déclaration* au plan strict des faits : en l'espèce, le droit au secours de son avocat n'avait pas été dénié à l'appelant, sous un rapport causal, en relation avec la prise d'échantillon d'haleine.

Même si, de cette façon, le problème de la compatibilité de la *Déclaration des droits* avec la doctrine de la recevabilité des preuves illégalement obtenues ne se posait plus, le juge Ritchie prolongea son exposé⁸⁰. Il souligna qu'en cette matière le critère de la pertinence occupe une place prédominante et que dans la cause de Hogan cette condition était incontestablement remplie : suivant le *Common Law*, la recevabilité de l'échantillon d'haleine ne pouvait faire aucun doute. Et le juge d'ajouter :

... whatever view may be taken of the constitutional impact of the *Bill of Rights*... I cannot agree that, wherever there has been a breach of one of the provisions of that *Bill*, it justifies the adoption of the rule of « absolute exclusion » on the American model which is in derogation of the common law rule long accepted in this country.

⁷⁷ En date du 24 février 1967 ; [1967] R.C.S. 474.

⁷⁸ Jugement non encore rapporté, en date du 12 juin 1974.

⁷⁹ Sept juges contre deux, les juges Laskin et Spence étant dissidents.

⁸⁰ Cette partie du jugement constitue un *obiter dictum* puisqu'elle n'était pas nécessaire à la solution du litige.

L'opinion particulière du juge Pigeon vint appuyer cette dernière vue ⁸¹.

Du côté des juges dissidents, le juge Laskin, contrairement à la majorité, conclut sur les faits à la violation du droit de l'appelant à l'assistance de son avocat. Puis, considérant que l'alternative de la recevabilité ou l'exclusion des preuves obtenues par des moyens illégaux avait placé les tribunaux dans l'obligation d'équilibrer des intérêts rivaux, d'un côté le châtement du crime et l'intérêt social, de l'autre le respect des droits de l'individu, il estima, en présence de la *Déclaration des droits* et dans le cas de l'article 237 *C. cr.* qui établit un mode de preuve particulier, devoir préférer l'intérêt individuel alors que le *Common Law*, généralement, avait plutôt favorisé celui de la collectivité.

Le juge Spence, pour sa part, se dit en accord avec cette opinion et ajouta l'explication suivante qui peut être d'une grande utilité au plan de l'application technique de la *Déclaration des droits* : le mot « sommation » de l'article 237(1) c) et f) *C. cr.* signifie une sommation faite dans la légalité et, pour cette raison, le résultat de l'analyse chimique, qui est un mode de preuve spécial établi par cet article, doit être exclu lorsque la sommation a lieu au mépris flagrant des droits reconnus par la *Déclaration*. Nous reviendrons sur ce raisonnement particulier au chapitre suivant ⁸².

Pour le moment, concluons seulement de l'affaire *Hogan* que, malgré tout, elle marque un progrès par rapport à *O'Connor v. La Reine* : on peut certes regretter les conclusions de la majorité des juges tant sur l'application même de la *Déclaration des droits* que sur ses effets virtuels à l'encontre de la doctrine de la recevabilité des preuves illégalement obtenues ; néanmoins, la Cour suprême a accepté cette fois de considérer bien en face les véritables problèmes et leurs implications.

Restent maintenant deux causes à examiner pour ce qui est de l'application de la *Déclaration des droits* aux actes posés sous le régime de la législation fédérale. Toutes deux sont postérieures à l'affaire *Drybones*, à la différence de celles que nous avons analysées précédemment, exception faite de *Hogan v. La Reine*.

⁸¹ Voir, en contrepartie, la position officielle de l'exécutif canadien : « Jusqu'ici, les décisions rendues par les tribunaux en vertu de la Déclaration canadienne des droits ont établi que, dans le cas où on refuse à l'accusé les services d'un avocat, ce refus n'entraîne pas l'irrecevabilité des preuves obtenues de l'accusé lorsque interrogé ou examiné en l'absence de son avocat. Il serait sans doute préférable, et plus conforme à l'esprit de la Déclaration de 1960, de prévoir que les preuves obtenues dans ces circonstances sont irrecevables et que les condamnations fondées sur ces preuves sont nulles si les preuves recevables ne suffisent pas à les justifier » : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Charte canadienne des droits de l'homme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, pp. 24 et 25.

⁸² Voir *infra*, p. 50.

La première de ces causes est *Leiba v. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*⁸³. Dans cette affaire, un ressortissant d'Israël avait soumis aux autorités canadiennes une demande de résidence permanente. Le requérant dut se prêter à un examen conformément aux normes prescrites. Il n'avait cependant pas de connaissance d'usage ni de l'anglais, ni du français, et il n'obtint que les services d'un interprète allemand, qui ne connaissait ni le roumain, ni le yiddish, ni l'hébreu, seules langues parlées par lui-même. Celui-ci en conséquence ne put réussir l'épreuve et fut sommé de quitter le Canada sous peine de devoir subir une enquête pouvant mener à sa déportation. Pour ne retenir que les aspects de cette cause qui intéressent notre propos, la Cour suprême, unanimement, a qualifié d'« erreur de droit » (“*error of law*”) le manquement des autorités de l'immigration à pourvoir le requérant d'un interprète compétent : cette omission a eu pour effet de priver le requérant du droit que lui reconnaissait l'article 2 g) de la *Déclaration des droits*⁸⁴. Il suit que l'examen auquel fut soumis le requérant ait été sans valeur et qu'il put, à son gré, en solliciter un nouveau.

L'affaire *Leiba* représente une application intéressante de la *Déclaration* à l'égard des actes posés en exécution de la loi.

La seconde cause est toute récente. Il s'agit de *R. v. Reale*⁸⁵, une affaire touchant, comme la précédente, au droit à l'interprète, et où l'acte contesté n'était rien moins que la déclaration de culpabilité d'un accusé par suite d'un procès pour meurtre non qualifié tenu en Ontario. La Cour d'Appel de cette province avait cassé le verdict et ordonné un nouveau procès⁸⁶.

L'accusé *Reale* était d'expression italienne et ne pouvait comprendre l'anglais, langue du procès. Il avait bénéficié de l'assistance d'un interprète qualifié, en tout temps, sauf pendant l'adresse du juge aux jurés à l'égard de laquelle ce droit lui fut refusé. C'est cet accroc qui fit le seul objet de la contestation devant la Cour suprême. Le tribunal, majoritairement⁸⁷,

⁸³ En date du 25 janvier 1972 ; [1972] R.C.S. 660 ; 23 D.L.R. (3d) 476.

⁸⁴ L'article 4 du *Règlement sur les enquêtes de l'immigration*, DORS 67-621, donne reconnaissance au droit à l'interprète tout autant que l'article 2 g) de la *Déclaration* ; toutefois, cette disposition n'était pas en vigueur lorsque le requérant *Leiba* se prêta à l'examen des autorités de l'immigration ; au surplus, elle ne vise que les enquêtes tenues par un enquêteur spécial, alors que l'examen qu'a dû subir le requérant ne tombe pas dans cette catégorie ; aussi le jugement de la Cour repose-t-il exclusivement sur l'article 2 g) en ce qui touche à la validité de l'examen. Par ailleurs, on peut consulter, sur la reconnaissance du droit à l'interprète, C.A. SHEPPARD, *Droit à l'interprète*, (1964) 24 R. du B. 148.

⁸⁵ Jugement non encore rapporté, en date du premier octobre 1974.

⁸⁶ (1974), 13 C.C.C. (2d) 345 ; [1973] 3 O.R. 905.

⁸⁷ Sept juges contre deux, les juges de Grandpré et Judson étant dissidents.

maintint la décision de la Cour d'Appel de l'Ontario, se déclarant au surplus en complet accord avec cette dernière sur le plan des motifs.

Nous devons donc examiner les motifs de la Cour d'Appel, qui se regroupent autour de deux traits parallèles : d'abord, le droit de l'accusé à l'assistance d'un interprète est consacré par l'article 2 g) de la *Déclaration des droits* ; ensuite, dénier ce droit à l'accusé, c'est contrevenir à l'article 577 du *Code criminel*. Laissons de côté, pour le moment, la seconde proposition pour y revenir au chapitre suivant qui porte sur l'application de la *Déclaration* au contenu substantif de la législation⁸⁸. Quant à la première, la Cour d'Appel, en substance, souligna la prééminence de l'adresse aux jurés parmi les diverses étapes du procès et affirma l'importance pour l'accusé de comprendre les paroles du juge. Puis, elle conclut⁸⁹ :

In our opinion, the right not to be deprived of the assistance of an interpreter when the circumstances require such assistance extends to every essential part of the proceedings and in the circumstances of this case there was an infringement of a fundamental right of the accused which is protected by the *Canadian Bill of Rights*.

Et finalement⁹⁰ :

... by reason of the error complained of, the accused was deprived of a fundamental right and did not have a trial according to law.

En résumé, la faculté de recourir à l'aide d'un interprète, en cas de nécessité, fait l'objet d'une reconnaissance particulière dans la *Déclaration des droits* et le déni à l'accusé de ce droit fondamental pendant l'adresse du juge aux jurés a vicié irrémédiablement cette étape essentielle du procès : aussi, la déclaration de culpabilité doit-elle tomber. Cette cause de *R. v. Reale* est une illustration convainquante des vertus rectificatrices de la *Déclaration des droits*.

B. APPRÉCIATION D'ENSEMBLE.

Efforçons-nous maintenant de préciser davantage, par une appréciation d'ensemble, comment se révèle à travers ces diverses décisions de la Cour suprême la mise en œuvre du processus logique précédemment décrit en rapport avec l'application de la *Déclaration des droits* aux actes posés sous le régime de la législation fédérale.

Rappelons brièvement la marche de ce processus. Il s'agit essentiellement de déterminer, dans un cas donné, s'il y a eu ou non transgression

⁸⁸ Voir *infra*, pp. 47 et 48.

⁸⁹ (1974), 13 C.C.C. (2d) 345, 349.

⁹⁰ *Ibid.*, 356.

de l'un ou l'autre des droits de l'homme et libertés fondamentaux expressément reconnus par la *Déclaration* ; c'est cette question qui normalement constitue l'articulation maîtresse de la contestation et on peut la résoudre en évaluant l'étendue du droit (ou des droits) qui aurait été enfreint et en décidant si l'objet du grief entre ou non dans son aire.

En ce qui touche à ce processus logique, toutes les décisions de la Cour suprême précédemment passées en revue offrent, de façon stricte et sans exception, la même configuration. Toutefois, la difficulté offerte par chaque cas est très variable et il nous a semblé important de noter cette différence en adoptant la division suivante : d'abord, nous avons groupé les décisions où le rapport, ou l'absence de rapport, entre le contenu du droit invoqué et l'objet du grief était assez manifeste ; et deuxièmement, nous avons réuni celles où la solution était beaucoup moins immédiate.

Les décisions suivantes peuvent être rangées dans la catégorie correspondant au niveau de difficulté moindre : *Louie Yuet Sun*, *Rebrin*, *Beattie*, *Leiba* et *Reale*.

Dans les deux premiers cas, *Louie Yuet Sun* et *Rebrin*, la preuve faite ne permettait pas de conclure que l'application régulière de la loi (*due process of law*) (article 1 a) avait été déniée aux appelants. Pour ce qui est de l'affaire *Beattie*, une demande d'autorisation d'appel, rien parmi les faits allégués n'indiquait que le requérant avait été privé de son droit aux services d'un avocat (article 2 c) (ii)) et d'une audition impartiale de sa cause (article 2 e)). Enfin, au contraire, il ressortait manifestement de la preuve, dans *Leiba*, que l'appelant n'avait pas eu le bénéfice d'un droit fondamental, celui à l'assistance d'un interprète (article 2 g)), tandis que, dans *Reale*, il était tout aussi clair que le même droit avait été retiré à l'accusé pendant l'adresse du juge aux jurés.

Ces causes ont ainsi en commun que dans chacune d'elles les faits et le droit touchant à l'application de la *Déclaration des droits* se présentaient avec une relative simplicité, du point de vue des juges de la Cour suprême au moins. Dans chaque cas, le tribunal a pu *prima facie* évaluer le contenu ou l'étendue du droit fondamental invoqué⁹¹ et déterminer si l'acte en dispute entraînait ou non dans le champ de sa protection, pour ainsi conclure d'emblée à la violation ou au respect de la *Déclaration des droits*.

Par contre, les décisions *McCaud*, *Guay*, *O'Connor* et *Hogan* entrent dans la seconde catégorie, celle où la solution du litige nécessitait une analyse plus fouillée.

⁹¹ Pour ce qui est de l'affaire *Reale*, il y a lieu toutefois de noter la dissidence du juge de Grandpré qui reçut l'appui du juge Judson.

Dans *McCaud*, on s'en souvient, il s'agissait de déterminer si la protection de l'article 2 e) de la *Déclaration des droits* (le droit d'une personne à une audition selon les principes de justice fondamentale pour la définition de ses droits et obligations) s'étendait à une révocation de libération conditionnelle sous le régime de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*. La Commission nationale des libérations conditionnelles avait procédé à une révocation sans entendre l'intéressé, ainsi qu'elle y était autorisée par cette loi. Ici, établir la nature précise de l'objet du grief, soit la révocation d'une libération conditionnelle, et apprécier en regard de cet acte la portée de l'article 2 e) posaient en droit d'importantes difficultés. La Cour suprême a finalement estimé que l'article 2 e) n'affectait pas la révocation prononcée par la Commission au motif principal, nous semble-t-il, que cette décision ne définissait pas les droits et obligations du sujet ⁹².

L'affaire *Guay*, qui tournait aussi autour de l'article 2 e) de la *Déclaration*, offrait des difficultés de même ordre. On y a jugé que l'enquête d'un fonctionnaire du ministère du Revenu n'était pas visée par l'article 2 e) puisque, n'ayant qu'un caractère administratif, elle n'affectait ni les droits ni les obligations de l'appelant. Cette décision de la Cour suprême infirmait les deux jugements rendus aux instances inférieures ⁹³.

Puis, il y a la décision *O'Connor* où le tribunal a proprement esquivé la mise en jeu des articles 2 c) (i) (le droit d'être promptement informé des motifs de son arrestation ou de sa détention) et 2 c) (ii) (le droit au secours d'un avocat) de la *Déclaration des droits*, estimant sans doute que les problèmes soulevés étaient trop épineux. Quelle est, en effet, la nature précise du droit pour une personne arrêtée ou détenue de connaître promptement les motifs de son état, et de son droit de retenir un avocat sans délai ? Quels sont exactement, par ailleurs, les cas tombant dans l'aire de ces protections ? Voilà deux questions que, dans l'affaire *O'Connor*, on demandait aux juges de résoudre et qui ont été laissées au fond sans réponse à cause, sans doute, des difficultés nombreuses et ardues qu'elles soulevaient.

Enfin, assez récemment, l'arrêt *Hogan* est venu préciser un peu certaines des questions laissées en plan dans *O'Connor*. Cette fois, le droit à l'assistance d'un avocat fut apprécié en regard du résultat de l'analyse chimique d'un échantillon d'haleine répondant aux prescriptions de l'article 237 (1) c) du *Code criminel* et, par cette occasion, la Cour suprême envisagea de front la doctrine du *Common Law* suivant laquelle même les preuves obtenues par des moyens illégaux sont recevables. Par une majorité, la Cour jugea

⁹² Voir *supra*, pp. 25 et ss., notre appréciation sur les motifs de ce jugement.

⁹³ [1963] B.R. 623 ; 42 D.L.R. (2d) 148 (C.A. Qué.) ; et [1962] C.S. 254 ; 31 D.L.R. (2d) 575 (C. sup.).

que, dans l'espèce, l'échantillon d'haleine n'avait pas été improprement ou illégalement obtenu. Laissant de côté le fond de cette décision (qui nous paraît très contestable) et n'en retenant que l'aspect formel, constatons qu'elle s'inscrit comme les précédentes dans le cadre logique typique afférent à l'application de la *Déclaration des droits* : dans un premier temps, on procède à une évaluation méticuleuse du droit fondamental (ou des droits fondamentaux) mis en cause ; dans un second, soit qu'on rattache à ce dernier l'objet du grief, soit qu'on l'en écarte.

Pour terminer cette appréciation d'ensemble des décisions de la Cour suprême touchant à l'application de la *Déclaration des droits* relativement à des actes posés sous le régime de lois fédérales, il est nécessaire d'apporter une observation additionnelle.

En effet, soulignons qu'il peut arriver que le tribunal envisage le litige sous un angle excluant le recours à la *Déclaration des droits* et qu'il s'exempte ainsi de suivre le processus logique particulier à son application. L'affaire *Magda* est une illustration de ce genre de cas : on se rappelle qu'il s'agissait d'une réclamation de dommages-intérêts pour « peines ou traitements cruels et inusités » ; cherchant ostensiblement à tenir la *Déclaration des droits* à l'écart du conflit, la Cour suprême, par le rejet de la pétition de droit sur une question de procédure, a contourné la nécessité de décider s'il y avait eu ou non mise en brèche de la protection reconnue à l'article 2 b).

Section 2

CONSÉQUENCES DÉCOULANT DE LA VIOLATION DE LA DÉCLARATION DES DROITS.

À l'heure actuelle, nous ne disposons ainsi que de dix décisions de la Cour suprême du Canada touchant à l'application de la *Déclaration des droits* aux actes posés sous le régime de la législation fédérale. Parmi celles-ci, sept n'offrent pratiquement aucune utilité en ce qui a trait à la recherche des conséquences découlant de la violation de la *Déclaration* : dans *Louie Yuet Sun, Rebrin et Beattie*, il a été jugé que *prima facie* les faits ne démontraient pas la transgression des droits fondamentaux invoqués ; dans *McCaud, Guay et Hogan*⁹⁴, on est venu également à cette conclusion après une analyse plus approfondie ; dans *Magda*, enfin, l'application de la *Déclaration* fut écartée par la mise en jeu de causes purement extérieures.

⁹⁴ Pour ce qui est de *Hogan*, on peut avoir égard toutefois à l'opinion des juges dissidents.

Restent ainsi seulement trois décisions qui soient propres à nous guider dans la détermination de ces conséquences : ce sont les causes *Leiba* et *Reale*, qui portent l'une et l'autre sur le droit à l'interprète (article 2 g), et l'affaire *O'Connor*, pour partie seulement, en ce qui touche au droit de constituer un avocat sans délai (article 2 c) (ii)). Il s'agit d'une base bien étroite pour tirer des conclusions générales : aussi faudra-t-il recourir largement à la méthode inductive, tout en adoptant les plus grandes réserves. Au reste, on peut noter que la doctrine ne s'est pas beaucoup préoccupée de la question nous intéressant ici ⁹⁵.

Pour fins d'étude, il nous semble opportun d'envisager les conséquences découlant de la violation de la *Déclaration des droits* suivant, distinctement, la perspective de la victime et celle de l'auteur du déni.

A. PERSPECTIVE DE LA VICTIME.

Pour ce qui est de la victime, on peut dégager deux ordres de conséquences.

a) *L'Acte est entaché d'illégalité.*

En premier lieu, lorsqu'une personne a été frustrée de l'un ou l'autre des droits et libertés reconnus par la *Déclaration* à l'occasion de l'accomplissement d'un acte posé sous le régime d'une loi fédérale, il faut conclure que l'acte qui l'affecte est entaché par cette illégalité. Il faut entendre ici le mot « illégalité » dans son sens propre, celui de « contravention à la loi » : en l'occurrence, c'est le déni à une personne des droits fondamentaux, dont un statut du Parlement impose la reconnaissance en sa faveur à ceux dont la conduite est gouvernée par une loi du Canada.

Si l'acte ainsi entaché d'illégalité devient nul de ce fait et si la victime a droit à ce que soit accompli cet acte, elle peut demander qu'il soit posé à nouveau, légalement cette fois. *Leiba* et *Reale* se rattachent à ce genre de situations. Dans *Leiba*, l'examen que l'on fit subir au requérant eut lieu illégalement, puisque les autorités de l'immigration n'avaient pas respecté l'obligation que leur imposait l'article 2 g) de la *Déclaration des droits* : pourvoir le requérant d'un interprète compétent. La Cour suprême a conclu que cet examen était nul en raison de cette illégalité et que le requérant

⁹⁵ Les propos les plus pertinents que nous avons trouvés sur les conséquences découlant de la violation de la *Déclaration des droits* sont renfermés dans les textes suivants : F.R. SCOTT, *The Bill of Rights and Quebec Law*, (1959) 37 *R. du B. can.* 135, aux pages 135, 141 et 142 particulièrement ; et E.A. DRIEDGER, *loc. cit.*, note 16, aux pages 46 et 47.

pouvait en réclamer un nouveau. Pour ce qui est de *Reale*, le manquement à l'obligation d'observer le droit à l'interprète a eu pour objet l'adresse du juge aux jurés au cours du procès ; l'illégalité a rendu nulle cette procédure essentielle et, par voie de conséquence, le procès lui-même, d'où que l'appelant ait pu obtenir la cassation du verdict de culpabilité et un ordre de nouveau procès.

Nous souhaitons, de plus, formuler les hypothèses suivantes en regard des cas où la victime peut ainsi se pourvoir contre des actes posés en violation de la *Déclaration des droits*. D'abord, lorsque l'acte entaché d'illégalité est rendu nul pour ce motif, l'effet sur les procédures subséquentes est assimilable, nous semble-t-il, à celui qui résulterait de l'inaccomplissement de l'acte, et, dans la mesure où celui-ci peut constituer un maillon essentiel, en un cas donné, dans la chaîne des différentes étapes à observer, le résultat final est lui-même nul ; cette proposition, qui représente une vue logique surtout, reçoit toutefois l'appui de l'arrêt *Reale*. Par ailleurs, en ce qui a trait à la procédure, la *Déclaration des droits* ne prévoit elle-même aucune règle particulière et on peut estimer qu'en chaque cas le recours le plus approprié est celui qui d'ordinaire convient le mieux à l'espèce : c'est d'abord l'action directe ; c'est également l'appel, qui est le recours ayant été utilisé dans *Leiba* ou dans *Reale* ; mais outre ces recours de base, il y a encore le jugement déclaratoire, l'injonction et les traditionnels brefs de prérogative : brefs de *certiorari* et de prohibition, de *mandamus*, de *quo warranto* et d'*habeas corpus* ⁹⁶.

Si, par ailleurs, l'illégalité entachant l'acte n'a pas pour effet de rendre nul celui-ci, on peut croire que la victime sera sans recours au plan de son maintien même et que les procédures subséquentes seront indemnes. L'arrêt *O'Connor* présente une illustration de ce genre de cas. Le déni à l'automobiliste arrêté de son droit à consulter son avocat sans délai (article 2 c) (ii) avait indéniablement entaché d'illégalité la preuve résultant des tests d'haleine. Mais comme, du reste, il est de règle suivant le *Common Law* que les preuves, même illégalement obtenues, soient recevables ⁹⁷, la preuve fondée sur les tests d'haleine, quoique entachée d'illégalité au motif de la transgression de l'article 2 c) (ii), a subsisté pour produire ses effets sur la condamnation, tout à fait légale par ailleurs, de l'accusé. Dans ces circonstances, la victime obtiendra peut-être la sympathie du tribunal, mais ne pourra former opposition en droit.

⁹⁶ Dans la Province de Québec, ces brefs sont maintenant connus au *Code de procédure civile* sous l'appellation de « recours extraordinaires » (aa. 834 et ss.), sauf l'*habeas corpus* qui fait l'objet d'un titre particulier (aa. 851 et ss.).

⁹⁷ Voir *supra*, note 75.

Il ne nous semble pas possible de déterminer des règles générales permettant d'identifier systématiquement les actes qui deviennent nuls et ceux qui continuent de produire leurs effets, lorsqu'ils s'accompagnent de l'illégalité résultant de la violation de la *Déclaration des droits*. Nous sommes toutefois d'opinion que la plupart se rangent dans la première catégorie ; on pourrait même estimer que la deuxième correspond au seul domaine d'application de la doctrine de la recevabilité des preuves illégalement obtenues.

b) *Réparation civile* ⁹⁸.

En second lieu, la personne qui a été victime d'un déni des droits et des libertés que lui reconnaît la *Déclaration des droits* pourrait en certaines circonstances rechercher une réparation civile ⁹⁹.

La *Déclaration* ne prévoit elle-même aucune sanction spécifique, bien qu'on aurait pu assurément lui conférer quelque vertu de cet ordre ¹⁰⁰. Mais, en ce qui concerne les policiers par exemple, les causes ne sont pas rares où, selon le droit commun de la responsabilité délictuelle, certains ont été poursuivis en dommages-intérêts par suite d'arrestations sans motifs sérieux, de perquisitions impropres et nuisibles ou de l'usage d'une force excessive. Trois affaires particulièrement célèbres dans le domaine des libertés publiques ont soulevé le problème de l'indemnisation de personnes ayant été frustrées de leurs droits fondamentaux : *Chaput v. Romain* ¹⁰¹, *Roncarelli v. Duplessis* ¹⁰² et *Lamb v. Benoît* ¹⁰³.

Pour ce qui est des droits mêmes que reconnaît expressément la *Déclaration*, le recours de la victime peut être dirigé soit contre l'auteur de la faute lui-même, soit contre la Couronne fédérale dans les cas qui le permettent.

Le recours contre l'auteur de la faute personnellement est gouverné par le droit privé de la province où s'est produit le dommage résultant de l'acte répréhensible. Dans la Province de Québec ¹⁰⁴, la responsabilité civile

⁹⁸ Madame Henriette Immarigeon, docteur en droit et auteur de l'ouvrage *La Responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*, *infra*, note 107, nous a grandement obligé en parcourant la présente partie de notre mémoire.

⁹⁹ Voir à ce sujet W.S. TARNOPOLSKY, *op. cit.*, note 14, pp. 181 et 182 ; et F.R. SCOTT, *loc. cit.*, note 95, pp. 135 à 141, et p. 144.

¹⁰⁰ A. TREMBLAY, *Les Compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1967, p. 273.

¹⁰¹ [1955] R.C.S. 834.

¹⁰² [1959] R.C.S. 121.

¹⁰³ [1959] R.C.S. 321.

¹⁰⁴ Article 1053 du *Code civil*.

délictuelle d'une personne est déterminée par le concours de trois éléments essentiels, chacun devant être prouvé : une faute, un dommage et une relation de causalité entre ceux-ci. La *Déclaration des droits* peut apporter ici une contribution très positive : les droits et libertés qu'elle proclame représentent les normes voulues par le législateur et constituent dans cette mesure des indications utiles en vue de la définition du concept de faute. Cet effet est analogue au rôle joué par certaines dispositions du *Code criminel* dans l'appréciation du comportement des agents de l'ordre¹⁰⁵. Dans les provinces de *Common Law*, l'application du *law of torts* conduit à des résultats similaires¹⁰⁶.

La possibilité d'un recours contre la Couronne fédérale nous amène à considérer la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*¹⁰⁷. Cette loi qui régit les procédures dirigées contre celle-ci en conséquence des délits civils commis par ses préposés (articles 2 et 3(1)a) nous renvoie, pour le fond, au droit de la province où le dommage s'est produit. Parmi les conditions qu'elle fixe en vue de l'établissement de la responsabilité de la Couronne, relevons les suivantes : d'abord, le préposé fautif doit être lui-même susceptible d'une poursuite personnelle ; ensuite, celui-ci doit être vraiment un préposé de la Couronne. C'est au niveau de la seconde condition qu'intervient très souvent un obstacle insurmontable pour la victime d'abus policiers. En effet, la responsabilité civile de la Couronne fédérale est intangible lorsque ce sont des policiers provinciaux ou municipaux, comme cela arrive fréquemment, qui appliquent des lois fédérales (e.g. le *Code criminel*), puisque ceux-ci ne sont pas ses préposés. Par contre, les agents de la Gendarmerie royale du Canada¹⁰⁸ et les membres de la Police militaire¹⁰⁹ entrent dans cette catégorie. D'autre part, la jurisprudence considère que les policiers provinciaux et municipaux agissant dans l'application de lois fédérales n'engagent pas la responsabilité de leur employeur¹¹⁰. Donc, dans ces circonstances, seul l'auteur de la faute est tenu de réparer le dommage causé par son écart de conduite.

¹⁰⁵ Par exemple, les articles 25 et suivants du *Code criminel* touchant à la protection des personnes chargées de l'application de la loi ; également, dans la Partie XIV de ce code qui a trait aux mesures concernant la comparution d'un prévenu devant un juge de paix et à la mise en liberté provisoire, on peut considérer les mots « pour des motifs raisonnables et probables » qui reviennent pratiquement à chaque disposition.

¹⁰⁶ Voir F.R. SCOTT, *loc. cit.*, note 95, pour quelques vues comparées.

¹⁰⁷ S.R.C. 1970, c. C-38. Voir H. IMMARIGÉON, *La Responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, particulièrement aux pages 79 à 118, et 217 à 224.

¹⁰⁸ *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, c. R-9, a. 53, et *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, 2^e Suppl., c. 10, a. 37.

¹⁰⁹ *Loi sur la Cour fédérale*, note précédente, même article ; voir par ailleurs l'article 3(6) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, *supra*, note 107.

¹¹⁰ Cette question a été examinée dans l'article suivant : L. GIROUX, *Municipal Liability for Police Torts in the Province of Quebec*, (1970) 11 *C. de D.* 407.

On peut donc conclure que, très souvent, la victime qui a souffert des dommages par suite d'un déni de ses droits fondamentaux ne peut obtenir réparation que de l'auteur de la faute personnellement.

L'affaire *Magda* est un exemple de recours en réparation civile pour un tel déni. Ce recours était dirigé contre la Couronne fédérale seule, à l'exclusion de ses préposés. Le préjudice allégué, soit l'épreuve de « peines ou traitements cruels et inusités » (*Déclaration*, a. 2 b), avait cependant été subi avant le 14 mai 1953 et de ce fait ne tombait pas sous le régime de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* (article 24(1)). Le requérant avait aussi procédé par pétition de droit, mais devait être débouté à cause du caractère trop vague de sa preuve. L'application de la *Déclaration des droits* a été, au reste, écartée de ce litige, parce qu'elle n'était pas en vigueur lors de l'administration des sévices allégués. L'affaire *Magda* offre donc un intérêt très restreint en regard du sujet que nous venons de considérer.

B. PERSPECTIVE DE L'AUTEUR DU DÉNI.

En ce qui concerne l'auteur du déni, des conséquences de deux ordres, également, peuvent résulter de la transgression de la *Déclaration des droits*.

a) Sanction pénale.

D'abord, il y a l'aspect punitif. Une sanction pénale se rattache-t-elle à une conduite illégale de cette sorte ?

On doit constater que la *Déclaration des droits* elle-même ou la loi qui la renferme n'édicte aucune disposition de nature pénale. Il faut donc se rabattre sur l'article 115 du *Code criminel* qui énonce ce qui suit :

À moins qu'une peine ou un châtement ne soit expressément prévu par la loi, quiconque, sans excuse légitime, contrevient à une loi du Parlement du Canada en accomplissant volontairement une chose qu'elle défend ou en omettant volontairement de faire une chose qu'elle prescrit, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans.

Écartons avant tout la possibilité que l'on confonde cette disposition et l'article 658 *C. cr.*¹¹¹. Ce dernier prévoit seulement une peine générale, applicable lorsqu'un autre texte établit un acte criminel sans l'assortir d'une peine spéciale. Ce n'est d'ailleurs pas le cas de la *Déclaration des droits*.

L'article 115 *C. cr.* est investi d'une vocation plus fondamentale, puisqu'il crée lui-même un acte criminel : c'est le fait, volontairement, d'ac-

¹¹¹ La disposition correspondante en regard des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité est l'article 722 *C. cr.*

complir une chose que défend une loi du Parlement du Canada ou d'omettre de faire une chose qu'elle prescrit.

La portée de l'article 115 est ainsi très large et, syntaxiquement du moins, il est malaisé d'en soustraire la *Déclaration des droits* : celle-ci, en effet, par le biais de l'alinéa introductif de son article 2, ordonne littéralement le respect des droits qu'elle proclame (« Toute loi du Canada... doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression... ») [les italiques sont de nous] et, de la même façon, en prohibe la violation («... et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme... ») [les italiques sont de nous].

On ne dispose en vérité que d'une maigre jurisprudence pour apprécier l'application générale de l'article 115 *C. cr.*¹¹² ; de plus, il faut reconnaître que les avis sont souvent incertains et même partagés en ce qui a trait à son application à la *Déclaration des droits*¹¹³. Néanmoins, en raison surtout de l'argument de texte souligné plus haut, l'hypothèse la plus plausible nous paraît être celle suivant laquelle la transgression de la *Déclaration des droits* constitue une contravention à une loi du Parlement du Canada au sens de l'article 115 ; cette position trouve assurément un appui, du reste, dans *Thorson v. Le Procureur général du Canada et autres (No 2)*¹¹⁴, où le juge Laskin, parlant au nom de la majorité des juges de la Cour suprême, a déclaré l'article 115 *C. cr.* applicable à la *Loi sur les langues officielles*¹¹⁵ :

The Act creates no offences and imposes no penalties ;...
Public officials... might be exposed to prosecution under s. 115 of
the *Criminal Code*.

Par contre, il n'y a pas lieu de conclure pour autant, certes, que la Cour suprême soit disposée à recevoir avec enthousiasme de semblables poursuites fondées sur la violation de la *Déclaration des droits*. Plutôt, le comportement des juges doit être marqué, présumément, par la crainte de voir les rôles envahis par les poursuites vexatoires de soi-disant victimes. Au reste, il est bien clair qu'une condamnation sous l'article 115 *C. cr.*, qui

¹¹² Voir I. LAGARDE, *Droit pénal canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1974, pp. 223 et 224 ; également, *Tremecar's Annotated Criminal Code*, 6^e éd., Toronto, Carswell, 1964, pp. 161 et 162, et *Crankshaw's Criminal Code of Canada*, 7^e éd., Toronto, Carswell, 1959, p. 133.

¹¹³ Voir les commentaires de H. MARX et F. CHEVRETTE, à (1972) 32 *R. du B.* 547 ; aussi, les propos de B. DONNELLY, *loc. cit.*, note 73, 57 ; et aussi W.S. TARNO-POLSKY, *op. cit.*, note 14, 180.

¹¹⁴ (1974), 43 D.L.R. (3d) 1, 11.

¹¹⁵ S.R.C. 1970, c. 0-2.

créé un acte criminel, ne peut être prononcée à la légère : la *mens rea* est requise de la part du délinquant (le mot « volontairement » est d'ailleurs énoncé deux fois à l'article : « ... en accomplissant *volontairement* une chose qu'elle défend ou en omettant *volontairement* de faire une chose qu'elle prescrit ... ») qui, d'autre part, a l'entier bénéfice du doute raisonnable.

b) *Obligation civile de réparer.*

Ensuite, il y a la réparation civile : dans certaines circonstances, l'auteur du déni est susceptible de poursuites personnelles en dommages-intérêts.

Pour éviter les redites, nous ne développerons pas ce sujet dont il a déjà été traité précédemment, mais sous l'angle de la victime. Rappelons seulement que le recours civil contre l'auteur du déni est gouverné par le droit privé de la province où s'est produit le dommage découlant de l'acte répréhensible. Dans la Province de Québec, le régime de la responsabilité délictuelle est articulé par la théorie de la faute et l'obligation de réparer y est ainsi déterminée par la mise en jeu concurrente de trois facteurs : une faute, un dommage et un lien de causalité entre eux. L'un ou l'autre de ces facteurs faisant défaut, l'action en dommages doit faillir.

Ajoutons toutefois qu'une condamnation pénale sous l'article 115 du *Code criminel* est tout à fait indifférente, en principe, relativement à l'obligation civile de réparer pouvant incomber à l'auteur du déni ¹¹⁶.

*

* * *

Les actes posés sous le régime de la législation fédérale ont constitué, dans les faits, la catégorie d'objets d'application la plus immédiate de la *Déclaration des droits*. On doit conclure, néanmoins, que la mise en œuvre de celle-ci s'est avérée, en général, assez laborieuse par rapport à cette catégorie d'objets.

Pour ce qui est d'un mode typique d'application, il nous semble malgré tout que l'expérience a été assez décisive : il est clair que la tâche essentielle, dans chaque cause, consiste à établir une relation certaine entre l'objet du grief et l'un ou l'autre des droits fondamentaux reconnus ; à ce niveau, du reste, la prudence des juges, voire leur réticence quelquefois, nous paraît être, plutôt qu'une dénégation de l'applicabilité de la *Déclaration* (ce qui n'a même jamais été sous-entendu) une invitation à plus de rigueur chez ceux qui souhaitent l'utiliser judiciairement.

¹¹⁶ Voir notamment l'article 10 du *Code criminel*.

L'expérience a été beaucoup moins concluante d'autre part en ce qui a trait aux conséquences découlant de la violation de la *Déclaration des droits*. La jurisprudence pertinente, trop peu abondante à ce jour, ne permet pas l'élaboration de règles précises et sûres en regard d'une matière aussi complexe. Les conclusions obtenues sont ainsi fatalement marquées d'un caractère relatif ou provisoire ; toutefois, elles ont probablement le mérite de tenir lieu de jalons en vue de solutions plus nettes et définitives.

Chapitre III

APPLICATION DE LA DÉCLARATION DES DROITS AU CONTENU SUBSTANTIF DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE

Les droits de l'homme et libertés fondamentales que reconnaît la *Déclaration des droits* trouvent une protection bien concrète, nous l'avons vu, par la mise en jeu de l'alinéa introductif de son article 2. Cette protection affecte les actes posés sous le régime de la législation fédérale : ce sujet a été étudié au chapitre précédent. Elle s'étend de plus au contenu substantif de la législation : il sera maintenant traité de cette question au présent chapitre.

Il convient sans doute de souligner, à prime abord, qu'au niveau de la Cour suprême, ce dernier objet d'application de la *Déclaration* n'a connu qu'une vogue tardive, pour s'exprimer ainsi, à la différence de ce qui en avait été, comme nous l'avons vu, pour les actes posés sous le régime de la législation. Abstraction faite de la cause *Robertson et Rosetanni v. La Reine* (le « *Sunday Bowling Alley case* »)¹¹⁷, il fallut attendre l'affaire *Drybones*¹¹⁸, en 1969, pour que la *Déclaration* soit invoquée à l'encontre du contenu substantif d'une loi du Canada. Subséquemment, par contre, en ce qui a trait toujours à la Cour suprême, c'est cet objet d'application qui prévalut en général.

¹¹⁷ En date du 18 octobre 1963 ; [1963] R.C.S. 651 ; [1964] 1 C.C.C. 1 ; 41 C.R. 392 ; 41 D.L.R. (2d) 485. Nous mettons de côté l'arrêt *Batary v. Le Procureur général de la Saskatchewan* (en date du 6 avril 1965 ; [1965] R.C.S. 465 ; 51 W.W.R. 449) où la Cour suprême résolut la contestation en déclarant inconstitutionnelle une disposition du *Coroners Act* de la Saskatchewan (R.S.S. 1953, c. 106, amendé par S.S. 1960, c. 14) et, pour cette raison, jugea inutile de considérer l'application de la *Déclaration des droits* en vue de préciser le sens de certaines dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* (alors S.R.C. 1952, c. 307 ; maintenant S.R.C. 1970, c. E-10) et du *Code criminel* touchant aux témoignages incriminant leur auteur ([1965] R.C.S. 465, 471 et 478).

¹¹⁸ Voir *supra*, note 7.

Ce cheminement très particulier tient sans doute à de multiples causes¹¹⁹. Parmi celles-ci, on ne peut manquer de constater qu'à l'origine les recours traditionnels (l'action directe, l'appel, les brefs de prérogative, etc.), sauf les cas où la constitutionnalité d'une loi était mise en question eu égard au partage des compétences entre le Parlement et les Législatures, avaient exclusivement pour objets des actes ou décisions (actes administratifs ou privés, décisions quasi-judiciaires, jugements des tribunaux, etc.) dont on estimait pouvoir se plaindre ; il fut naturel ainsi qu'on ait éprouvé d'abord quelque hésitation ou difficulté à se tourner du côté de la législation elle-même, ce qui consistait à rompre avec l'habitude. Ensuite, la doctrine jusque-là intacte de la suprématie du Parlement¹²⁰ constituait, à n'en pas douter, un obstacle supplémentaire reposant sur la tradition. Puis, il y a eu dès le début, en 1963, la décision *Robertson et Rosetanni*, touchant à la *Loi sur le dimanche*¹²¹, qui produisit un effet dissuasif assez considérable. En revanche, l'affaire *Drybones*, en 1969, apporta le résultat contraire, faisant renaître les espoirs les plus ambitieux. Il s'ensuivit un grand nombre de causes où furent confrontés la *Déclaration des droits* et le contenu substantif de diverses lois fédérales. Ce mode d'application se substitua du reste presque complètement au premier, car, en cas de réussite, il permet d'atteindre plus efficacement le même résultat, et plus universellement à tout le moins.

Appliquée au contenu substantif de la législation fédérale, la *Déclaration des droits* est susceptible de deux sortes d'effets : soit qu'elle s'y applique en tant que règle d'interprétation, soit qu'en cas de conflit inévitable, elle rende cette législation inopérante.

¹¹⁹ Voir nos propos, *supra*, aux pages 21 et 22.

¹²⁰ A propos de la doctrine de la suprématie du Parlement, on peut lire les articles suivants : E. McWHINNEY, *The Supreme Court and the Bill of Rights — The Lessons of Comparative Jurisprudence*, (1959) 37 *R. du B. can.* 16 ; A.S. ABEL, *The Bill of Rights in the United States: What Has It Accomplished?*, (1959) 37 *R. du B. can.* 147 ; C.-A. SHEPPARD, *Is Parliament Still Sovereign?*, (1964) 7 *C.B.J.* 39 ; P.H. RUSSELL, *A Democratic Approach to Civil Liberties*, (1969) 19 *U. of T. L. J.* 109 ; et D.B. FOWLER, *The Canadian Bill of Rights — A Compromise Between Parliamentary and Judicial Supremacy*, (1973) 21 *Am. J. Comp. L.* 712 (cette dernière étude est tout à fait remarquable).

¹²¹ Voir *infra*, note 165.

Section 1

LA DÉCLARATION DES DROITS
EN TANT QUE RÈGLE D'INTERPRÉTATION
DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE

A. MODE TYPIQUE D'APPLICATION.

Pour ce qui est de l'application de la *Déclaration des droits* à la législation fédérale en tant que règle d'interprétation, peu de difficultés théoriques se soulèvent en vérité, puisque tous lui reconnaissent au minimum cette vertu.

Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Drybones*, où la majorité de la Cour suprême a jugé que la *Déclaration* était propre à rendre inopérant l'article 94 b) de la *Loi sur les Indiens*¹²², les trois juges dissidents ont précisément voulu limiter le rôle de celle-ci à celui d'une règle d'interprétation. En ce sens, le juge Abbott déclara¹²³ :

... I share the opinion expressed by the Chief Justice, by my brother Pigeon and by Davey, J.A., as he then was, in *R. v. Gonzales* (1962), 32 D.L.R. (2d) 290, 132 C.C.C. 237, 37 C.R. 56, that, with respect to existing legislation, the section provides merely a canon or rule of interpretation for such legislation.

En conséquence, les seuls problèmes que l'on pourra rencontrer à propos de l'application de la *Déclaration des droits* en tant que règle d'interprétation se situeront au plan de la pratique.

Ce sujet appelle des considérations analogues à celles que nous avons déjà faites sur l'application de la *Déclaration* aux actes posés sous le régime de la législation¹²⁴. En effet, même lorsqu'on l'utilise à titre de simple règle d'interprétation en regard d'une loi du Canada, il n'est jamais suffisant, ce qu'on oublie quelquefois, d'invoquer la *Déclaration des droits* dans la généralité de l'esprit ou des principes qui la sous-tendent. Plutôt, il est essentiel, pour chaque espèce, de faire appel à l'un ou l'autre des droits particuliers qui sont expressément reconnus soit à l'article 1, soit à l'article 2. La démarche logique consiste alors à évaluer méticuleusement l'étendue du droit (ou des droits) auquel on a recours, puis à établir l'infléchissement que celui-ci provoque, par l'opération de l'alinéa introductif de l'article 2, sur le contenu substantif du texte de loi visé.

¹²² S.R.C. 1952, c. 149 ; maintenant S.R.C. 1970, c. I-6, a. 95 b).

¹²³ [1970] 3 C.C.C. 355, 358.

¹²⁴ Voir *supra*, pp. 22 et ss.

On peut se demander quelle est la valeur ou la portée des règles d'interprétation. De telles règles comportent évidemment des limites assez étroites, dont la principale est sans doute qu'elles doivent céder en cas d'incompatibilité avec les termes formels d'un texte clair. Doit-on pour autant conclure à leur inefficacité ou à leur inutilité ? Il semble au contraire qu'elles jouent un rôle important. À ce sujet, l'opinion du juge Pigeon, dissident dans l'affaire *Drybones*, nous semble très juste ¹²⁵ :

That canons of construction are of less importance than constitutional rules does not mean that they are of minimal importance. For instance, in our legal system, the rule against retrospective operation of enactments as well as the principle that a criminal offense requires *mens rea* are nothing more than canons of construction. It certainly does not mean that they are of secondary importance. Decisions such as *Beaver v. The Queen*, 118 C.C.C. 129, [1957] S.C.R. 531, 26 C.R. 193 ; *R. v. King*, 35 D.L.R. (2d) 386, 133 C.C.C. 1, [1962] S.C.R. 746, clearly show how far-reaching such principles are.

Au surplus, lorsque de telles règles trouvent une reconnaissance formelle par voie législative, leur rôle se trouve nécessairement accru ¹²⁶ :

It is obvious that even a declaratory statute is for some purposes enactive.

La jurisprudence de la Cour suprême nous fournit quelques exemples où la *Déclaration des droits*, à titre de règle d'interprétation, a contribué à infléchir la substance d'une loi fédérale.

On trouve d'abord *Lowry et Lepper v. La Reine* ¹²⁷, un arrêt unanime, où il a été jugé, sur le sens de l'article 613(4)b(i) du *Code criminel*, que la cour d'appel doit permettre à l'accusé de se faire entendre avant de lui imposer une sentence, lorsqu'elle admet un appel interjeté d'un acquittement. Cela, il est vrai, avait été décidé, déjà, dans *R. v. Lunn* ¹²⁸, un jugement de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, division d'appel, avant même l'entrée en vigueur de la *Déclaration des droits*. Dans ces circonstances, la Cour suprême a estimé que l'adoption subséquente de la *Déclaration* renforçait la position adoptée dans le jugement *Lunn*, par application de l'article 1 a) (le droit de l'individu de ne se voir privé de sa liberté que par l'application régulière de la loi) et de l'article 2 e) (le droit d'une personne à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale) ¹²⁹ :

¹²⁵ [1970] 3 C.C.C. 355, 373.

¹²⁶ *Halsbury's Laws of England*, t. 31, 2^e éd. (édition Hailsham), Londres, Butterworth, 1938, p. 459, note m ; passage cité à L.-P. PIGEON, *loc. cit.*, note 11. 68.

¹²⁷ En date du 30 mars 1972 ; [1974] R.C.S. 195 ; (1972), 6 C.C.C. (2d) 531 ; 19 C.R.N.S. 315 ; 26 D.L.R. (3d) 224 ; [1972] 5 W.W.R. 229.

¹²⁸ (1950), 98 C.C.C. 367 ; 12 C.R. 357 ; 26 M.P.R. 166.

¹²⁹ (1972), 6 C.C.C. (2d) 531, 536.

When s. 613(4) of the *Criminal Code* is to be construed, it must be done in a manner which does not abridge or infringe those rights. In my opinion a fair hearing of a criminal trial includes the matter of sentence, and, accordingly the power to pass sentence is a power which can only be exercised after a fair hearing on that issue. The appellants had the right to be heard on that issue before sentence was passed.

La Cour suprême a suivi l'arrêt *Lowry et Lepper*, dernièrement, dans *Doré v. Le Procureur général du Canada*¹³⁰. Divisés sur une autre question, cinq juges furent unanimes à reconnaître le droit pour un accusé trouvé coupable par la Cour d'appel après avoir été acquitté en première instance d'être entendu avant l'imposition de sa sentence. L'affaire *Doré* a fait ensuite l'objet d'une seconde audition¹³¹ devant la Cour suprême et le tribunal, siégeant au complet, confirma ces vues à l'unanimité.

Passons maintenant à *Brownridge v. La Reine*¹³², une cause portant sur l'interprétation à donner aux mots « excuse raisonnable » de l'article 223(2) (maintenant 235(2)) du *Code criminel*. Par cette disposition constitue une infraction le défaut ou refus d'une personne d'obtempérer à une sommation faite par un agent de la paix, selon l'article 223(1) (maintenant 235(1)) *C. cr.*, de fournir un échantillon d'haleine ; une « excuse raisonnable » peut toutefois justifier ce défaut ou refus. Dans cette affaire, l'appelant, qui avait été arrêté pour conduite avec capacité affaiblie, avisa le policier qu'il ne se soumettrait à la prise d'un échantillon de son haleine que s'il en recevait le conseil de son avocat. On ne lui permit pas de communiquer avec celui-ci à ce moment-là, mais seulement deux heures plus tard environ.

L'appelant soutint en défense que le fait d'avoir été privé de l'assistance d'un avocat constitue une « excuse raisonnable » au sens de l'article 223(2) *C. cr.*, et il invoqua spécialement les articles 2 c) (ii) et 2 d) de la *Déclaration des droits*. Les neuf juges de la Cour suprême s'entendirent pour ne pas considérer les effets de l'article 2 d), cette disposition venant juste d'être écartée en regard de l'article 223 *C. cr.* précisément, dans *Curr v. La Reine*¹³³. En revanche, pour ce qui est de l'article 2 c) (ii), tous s'y arrêtaient, estimant qu'il se rapportait bien à l'espèce considérée. Pourtant, cela devait mener à des conclusions disparates. Le juge Pigeon, appuyé par les juges Abbott et Judson, estima en substance que l'appelant n'avait pas

¹³⁰ En date du 12 février 1974 ; (1974), 15 C.C.C. (2d) 542.

¹³¹ Jugement non encore rapporté, en date du 28 juin 1974.

¹³² En date du 29 juin 1972 ; [1972] R.C.S. 926 ; 7 C.C.C. (2d) 417 ; 18 C.R.N.S. 308 ; 28 D.L.R. (3d) 1. Voir les commentaires de F. CHEVRETTE et H. MARX, à (1972) 32 *R. du B.* 446, et de S.L. ENTICKNAP, (1973) 37 *Sask. L. Rev.* 300.

¹³³ En date du premier mai 1972 ; [1972] R.C.S. 889 ; 7 C.C.C. (2d) 181 ; 18 C.R.N.S. 281 ; 26 D.L.R. (3d) 603. Voir les commentaires de F. CHEVRETTE et H. MARX, *loc. cit.*, note précédente.

été privé du secours de son avocat, puisqu'il avait finalement pu communiquer avec ce dernier ; tout ce qu'on lui avait refusé, c'était d'exercer ce droit avant même la prise de l'haleine. À l'opposé, le juge Laskin, suivi par le juge Hall, conclut qu'on avait effectivement dénié à l'appelant la protection que lui reconnaissait l'article 2 c) (ii) de la *Déclaration des droits* ; il jugea toutefois que cette protection devait trouver une application tout à fait autonome, indépendamment des mots « excuse raisonnable » énoncés à l'article 223 C. cr. Enfin, une majorité de quatre juges, le juge Ritchie en tête, suivi des juges Fauteux, Martland et Spence, concluant aussi à la transgression de l'article 2 c) (ii), se rallia à l'opinion suivante¹³⁴ :

Having regard to the provisions of the Bill of Rights, s. 223(2) of the Code is required to be construed and applied in this sense, so that, unless it is apparent that an accused person is not asserting his right to counsel *bona fide*, but is asserting such right for the purpose of delay or for some other improper reason, the denial of that right affords a "reasonable excuse" for failing to provide a sample of his breath as required by the section.

La position adoptée par le juge Pigeon a pour effet d'exclure l'application de la *Déclaration des droits* en tant que règle d'interprétation ; cette dissidence est donc sans portée sur notre propos. Pour ce qui est du raisonnement suivi par le juge Laskin, celui-ci appelle à notre avis les plus grandes réserves : ses fondements sont plutôt incertains et la théorie à laquelle il donne lieu n'offre que des possibilités très minces en vue d'une application universelle. L'attitude du juge Ritchie nous semble incontestablement la plus orthodoxe et, en définitive, la meilleure.

Puis, très récemment, à ces jugements de la Cour suprême illustrant l'application de la *Déclaration des droits* en tant que règle d'interprétation, vient de s'ajouter celui, extrêmement intéressant, de *R. v. Reale*¹³⁵.

Nous nous sommes déjà arrêtés à cette cause au chapitre précédent¹³⁶ qui est consacré à l'application de la *Déclaration* aux actes posés sous le régime de la législation. Pour cette raison, écartons ici les aspects de l'affaire qui se rapportent à ce dernier sujet et, quant aux circonstances, rappelons seulement ce qui suit : l'accusé qui ne comprenait pas l'anglais, langue du procès, avait été trouvé coupable de meurtre non qualifié alors que l'assistance d'un interprète lui avait été refusée pendant l'adresse du juge aux jurés ; la Cour d'Appel de l'Ontario¹³⁷ cassa le verdict en recourant

¹³⁴ 18 C.R.N.S. 308, 312.

¹³⁵ Jugement non encore rapporté, en date du premier octobre 1974.

¹³⁶ Voir *supra*, pp. 30 et 31.

¹³⁷ Voir *supra*, note 86.

principalement à l'article 2 g) de la *Déclaration des droits* ; la Cour suprême confirma cette décision dont, au surplus, elle approuva complètement les motifs.

Parmi ceux-ci, retenons maintenant la signification attachée par la Cour d'Appel à l'article 577 *C. cr.*. Ce texte reconnaît à un accusé, autre qu'une corporation, le droit d'être présent en cour pendant tout son procès et la question était au fond de savoir s'il visait davantage que la simple présence physique du sujet. Par une appréciation conçue dans l'éclairage de la *Déclaration des droits*, la Cour d'Appel jugea ¹³⁸ :

We are of the opinion that the accused, by reason of being deprived of the assistance of the interpreter during the trial Judge's charge, was not present for that part of the proceedings within the meaning of s. 577 of the *Criminal Code*.

À cela, la Cour suprême donna sa ratification comme suit :

... the Ontario Court of Appeal concluded that there had been a violation of s. 2 (g) of the *Canadian Bill of Rights* in the application of s. 577(1) of the *Criminal Code*...

It is sufficient to say that I agree completely with the Ontario Court of Appeal in making s. 2 (g) of the *Canadian Bill of Rights* the principal ground of its order for a new trial. There is, in my opinion, no room in the present case to deny to s. 2 (g) the efficacy which the language in which it is couched carries.

À ces exemples que nous offre la jurisprudence de la Cour suprême sur l'application de la *Déclaration des droits* en tant que règle d'interprétation, il convient certes d'ajouter les deux dissidences suivantes.

Il y a d'abord celle du juge Ritchie (à laquelle ont souscrit les juges Spence et Pigeon) dans *L'Affaire des Questions soumises par le Gouverneur général en Conseil relatives à la Proclamation de l'Article 16 de la Loi de 1968-69 Modifiant le Droit pénal* ¹³⁹.

L'article 16 de la *Loi modifiant le droit pénal*, 1968-69, c. 58, pourvoyait à l'abrogation des articles 222, 225 et 224 du *Code criminel* et à leur remplacement par de nouveaux articles 222, 225, 224 et 224A ; les nouvelles dispositions instituaient, entre autres choses, le test d'haleine obligatoire lorsqu'une personne est soupçonnée de conduire un véhicule à moteur avec capacité affaiblie et le droit pour cette personne de se voir offrir un échantillon de son haleine. L'article 120 de cette même loi édictait :

¹³⁸ (1974), 13 C.C.C. (2d) 345, 354.

¹³⁹ En date du 26 juin 1970 ; [1970] R.C.S. 777 ; [1970] 3 C.C.C. 320 ; 9 C.R. 362 ; 10 D.L.R. (3d) 699. Voir le commentaire de P.C. STENNING, *The Breathalyser Reference*, (1969-70) 12 *Crim. L. Q.* 394.

La présente loi ou l'une ou plusieurs de ses dispositions entreront en vigueur à une date ou à des dates qui seront fixées par proclamation.

La question était de savoir, d'après cet article, si le Gouverneur général en conseil pouvait proclamer l'article 16 en partie seulement, omettant de mettre en vigueur, comme il l'avait fait, les prescriptions favorables à l'accusé, ou bien s'il devait nécessairement proclamer la disposition dans son entier. La Cour suprême, divisée à cinq contre quatre, a opté pour la première interprétation. Retenant plutôt la seconde, le juge Ritchie, pour sa part, recourut à la *Déclaration* (articles 1 b) et 2 e)) comme suit ¹⁴⁰ :

I refer to the Bill of Rights solely for the purpose of determining the true construction to be placed on s. 120 of the Act and in view of its provisions, I do not think that the doubts and differences which so obviously exist as to the construction to be placed on that section are to be resolved by imputing to Parliament the intention to authorize the Executive to abrogate the fundamental right of an accused person to make a full defence and this is, in my view, particularly the case when Parliament itself has enacted a provision which expressly preserves that right.

Le problème juridique, dans cet avis consultatif, offrait beaucoup de difficultés, à en juger du moins par la division profonde entre les membres de la Cour. La conjoncture donnait ainsi lieu comme l'a perçu le juge Ritchie, à une très belle illustration de l'application de la *Déclaration des droits* en tant que règle d'interprétation, à tel point d'ailleurs qu'on peut se demander si la Cour ne s'est pas délibérément abstenue d'y référer pour éviter de stimuler par trop les encouragements qu'avait suscités, peu auparavant ¹⁴¹, l'arrêt *Drybones*.

Enfin, l'autre dissidence est celle du juge Spence dans *Hogan v. La Reine* ¹⁴², déjà considérée au chapitre troisième ¹⁴³.

La question à résoudre, on s'en souvient, était celle de savoir si le résultat de l'analyse chimique d'un échantillon d'haleine obtenu suivant les articles 235(1) et 237(1) du *Code criminel*, mais en transgression du droit d'une personne à l'assistance d'un avocat tel que reconnu par la *Déclaration des droits* (article 2 c) (ii)), constituait une preuve recevable ou devant être exclue. En vertu du *Common Law*, la recevabilité de celle-ci ne faisait aucun doute, eu égard particulièrement au critère de la pertinence. Mais l'application de la *Déclaration des droits* devait-elle modifier ce résultat ?

¹⁴⁰ [1970] 3 C.C.C. 320, 336.

¹⁴¹ L'avis consultatif (26 juin 1970), dans la série des causes de la Cour suprême touchant à la *Déclaration des droits*, suit immédiatement l'arrêt *Drybones* (20 novembre 1969).

¹⁴² Jugement non encore rapporté, en date du 12 juin 1974.

¹⁴³ Voir *supra*, p. 29.

Posée dans une perspective générale, cette question pouvait effrayer, puisqu'elle mettait en cause dans son entier la doctrine traditionnelle de la recevabilité des preuves illégalement obtenues. L'approche choisie par le juge Spence en vue de résoudre la difficulté nous semble très appropriée :

... the appeal could also be allowed upon the basis that the word "demand" in s. 237(1)(2) and (f) of the *Criminal Code* must be interpreted to mean a lawful demand and that a demand which was made in open defiance of the provisions of the *Bill of Rights* could not be a lawful demand.

Pleinement orthodoxe au plan méthodologique, raisonnablement limitée sous l'angle des incidences et incontestablement heureuse par son résultat, cette approche consistait tout juste à définir le sens de l'article 237(1) du *Code criminel* par application de la *Déclaration des droits* en tant que règle d'interprétation.

En conclusion, l'application de la *Déclaration des droits* en tant que règle d'interprétation représente l'effet minimal susceptible de découler de cette loi, effet, d'ailleurs, que personne ne lui conteste. Les seules difficultés qui peuvent apparaître à ce niveau se situent au plan de la mise en œuvre pratique et tiennent à l'évaluation du contenu ou de l'étendue des droits fondamentaux invoqués. Reste à déterminer si la *Déclaration* doit être confinée à ce rôle de règle d'interprétation, ou bien si plutôt elle est apte à produire des effets plus impératifs sur la législation.

B. LA DÉCLARATION DES DROITS SE CONFINE-T-ELLE AU RÔLE D'UNE RÈGLE D'INTERPRÉTATION ?

Cette question touche au cœur même de la controverse la plus importante parmi toutes celles qu'a pu soulever la mise en vigueur de la *Déclaration des droits*. On sait, comme il a été souligné précédemment¹⁴⁴, qu'une règle d'interprétation comporte, entre autres caractéristiques, celle de céder face à un texte clair qui lui est incompatible. Les règles d'interprétation ne donnent ainsi lieu qu'à peu de problèmes. Par contre, si on reconnaît en certains cas des effets plus étendus à la *Déclaration*, on lui confère alors un rôle prépondérant et il en résulte, dans cette mesure, de très lourdes conséquences : les tribunaux se trouvent ainsi chargés d'apprécier le contenu substantif de la loi, et de la réécrire quelquefois, en dérogation de la doctrine constitutionnelle, traditionnellement intacte au Canada, de la suprématie du Parlement¹⁴⁵. Cela étant, il ne faut donc pas se surprendre qu'on ait d'abord répondu par l'affirmative, avant de retenir la négative, à la

¹⁴⁴ Voir *supra*, page 45.

¹⁴⁵ Voir *supra*, note 120.

question de savoir si la *Déclaration des droits* se confine au rôle d'une simple règle d'interprétation.

a) *L'affirmative.*

Cette solution avait été retenue par l'un des trois juges, dans *R. v. Gonzales*¹⁴⁶, un jugement de la Cour d'Appel de la Colombie-britannique. Limitant la portée de la règle aux droits et libertés mentionnés à l'article 1 de la *Déclaration des droits*¹⁴⁷ et aux lois déjà en existence lors de son entrée en vigueur, le juge Davey affirmait ainsi¹⁴⁸ :

... in my opinion the section (i.e. l'alinéa introductif de l'article 2) does not repeal such legislation (i.e. les lois existantes) either expressly or by implication.

... it seems merely to provide a canon or rule of interpretation for such legislation.

If the prior legislation cannot be so construed and applied sensibly, then the effect of s. 2 is exhausted, and the prior legislation must prevail according to its plain meaning.

Ce jugement, qui venait très tôt après la mise en vigueur de la *Déclaration des droits*¹⁴⁹, posait un problème identique en substance à celui de l'affaire *Drybones*, la différence étant qu'il s'agissait de l'article 94 a) de la *Loi sur les Indiens* (possession de spiritueux) plutôt que de l'article 94 b) (état d'ivresse). L'arrêt, par lequel d'ailleurs la Cour d'Appel de la Colombie-britannique a maintenu la validité de l'article 94 a), présente de ce fait un intérêt notable¹⁵⁰. Mais, au reste, les notes personnelles du juge Davey ont connu un écho assez particulier au niveau de la Cour suprême.

En effet, dans *Robertson et Rosetanni v. La Reine*, le juge Cartwright, dissident, réfuta directement à l'opinion formulée par le juge Davey pour la réfuter¹⁵¹ :

With the greatest respect I find myself unable to agree with this view.

In my opinion where there is irreconcilable conflict between another Act of Parliament and the Canadian Bill of Rights the latter must prevail.

¹⁴⁶ (1962), 132 C.C.C. 237 ; 37 C.R. 56 ; 32 D.L.R. (2d) 290 ; 37 W.W.R. 257. Voir le commentaire suivant : G.G. CIONI, (1963) 3 *Alta. L. Rev.* 149.

¹⁴⁷ Voir nos remarques à ce propos, *supra*, pp. 18 et 19, et particulièrement la note 41.

¹⁴⁸ (1962), 132 C.C.C. 237, 239.

¹⁴⁹ Le 9 janvier 1962.

¹⁵⁰ Voir également *A.-G. of B.C. v. McDonald* ((1962), 131 C.C.C. 126), *Richards v. Côté* ((1963), 39 C.R. 204) et *R. v. Peters* ([1967] 2 C.C.C. 19). A ce sujet, il y a les propos de J.A. MACDONALD, *The Canadian Bill of Rights: Canadian Indians and the Courts*, (1968) 10 *Crim. L. Q.* 305.

¹⁵¹ [1964] 1 C.C.C. 1, 5.

Plus tard, cependant, dans l'affaire *Drybones*, le juge Cartwright, là aussi dissident, faisant preuve d'une grande honnêteté intellectuelle, crut devoir se raviser ¹⁵² :

After a most anxious reconsideration of the whole question, . . . I have reached the conclusion that the view expressed by Davey, J.A., as he then was, in the words quoted above is the better one.

Et plus loin ¹⁵³ :

What now appears to me to have been the error in my reasoning in the passage from *Robertson and Rosetanni v. The Queen* quoted above is found in the statement that the Bill requires the Courts to refuse to apply any law of Canada which is successfully impugned as infringing one of the declared rights or freedoms *whereas on the contrary*, as Davey, J.A., had pointed out, the Bill directs the Courts to apply such a law, not to refuse to apply it [les italiques sont de nous].

Cet argument a aussi été avancé par le juge Pigeon, également dissident, dans *Drybones* ¹⁵⁴.

Tenant farouche de la thèse de la règle d'interprétation ¹⁵⁵, le juge Pigeon reconnaît que cette position prive de tout sens le passage suivant de l'alinéa introductif de l'article 2 de la *Déclaration* : « . . . à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits* . . . » Et il ajoute ¹⁵⁶ :

It cannot be denied that the operation of a rule of construction is not normally subject to such a qualification. On the contrary, the principle is that it has no effect against the clearly expressed will of Parliament in whatever form it is put.

Par la suite, il place toutefois cette idée en opposition avec l'article 1 de la *Déclaration* qui donne reconnaissance aux droits de l'homme et libertés

¹⁵² [1970] 3 C.C.C. 355, 357.

¹⁵³ *Ibid.*, 358.

¹⁵⁴ *Ibid.*, 371.

¹⁵⁵ Voir L.-P. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, cours donné en 1965 aux conseillers juridiques du gouvernement du Québec, p. 51 : « Une règle d'interprétation ne met pas de côté un texte formel, et c'est cela qui a donné au « Bill of Rights » fédéral une portée extrêmement limitée. Ce texte n'est qu'interprétatif, du moins dans la plupart de ses dispositions. Il déclare que les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant tel effet. » Ce passage est cité par M^e Jean-Charles BONENFANT, dans *Les Avocats du Québec et la Constitution*, (1974) 34 R. du B., n^o 2, p. 37 ; on le trouve également à H. MARX, *La Déclaration canadienne des droits et l'affaire Drybones : Perspectives nouvelles?* (1970) 5 R.J.T. 305, 310, note 27. Par ailleurs, celui qui allait devenir l'actuel juge en chef n'exprimait pas une opinion différente : « In short, the Bill of Rights is, logically, only an Interpretation Act ». B. LASKIN, *loc. cit.*, note 50, pp. 527-530.

¹⁵⁶ Voir note 154, *ibid.*

fondamentales énoncés, tels qu'ils existaient seulement, sans les étendre de quelque façon (« ont existé et continueront à exister ») :

There can never be any necessity for declaring any of them inoperative as coming in conflict with the rights and freedoms defined in the Bill seeing that these are declared as existing in them.

Établissant ainsi une contradiction entre l'article 1 et l'article 2 de la *Déclaration des droits*, le juge Pigeon accorde primauté à l'article 1 qui lui paraît établir le principe même sur lequel repose tout le statut. On doit bien observer que cette idée vaut seulement pour la législation fédérale antérieure à la mise en vigueur de la *Déclaration*. Le raisonnement n'est évidemment pas applicable aux lois subséquentes.

Un dernier motif, selon le juge Pigeon, favoriserait sa position : il s'agit de la présomption contre la modification implicite de la loi, ce qui est une règle constitutionnelle fondamentale en droit britannique : comment donc la *Déclaration des droits* pourrait-elle mettre à l'écart un principe aussi bien établi, sans être plus claire, alors même que l'article 1 évoque au contraire le maintien des règles traditionnelles ?

Aucun de ces arguments, à notre avis, et cela est dit en toute déférence, ne résiste à l'analyse.

Disposons d'abord de l'argument de texte. Prétendre que donner pré-séance à la *Déclaration des droits* sur la législation fédérale équivaille en cas de conflit à refuser d'appliquer la loi alors que la *Déclaration* commande plutôt de l'appliquer, c'est selon nous lire la partie affirmative de l'alinéa introductif de l'article 2 sans avoir égard aux deux éléments négatifs qui suivent immédiatement. Pour une affirmation, il y a en effet deux négations dans ce passage. Celui-ci débute comme suit : « Toute loi du Canada... doit s'interpréter et s'appliquer de manière... » Mais, à la suite, on trouve : « ... à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes... » ; puis, le passage s'achève par la clôture suivante : « ... et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme... » Le fait d'escamoter ainsi les deux négations que renferme l'alinéa introductif de l'article 2 trouve assurément son fondement dans une appréhension que le juge Cartwright formulait comme suit ¹⁵⁷ :

The question is whether or not it is the intention of Parliament to confer the power and impose the responsibility upon the Courts of declaring inoperative any provision in a statute of Canada although expressed in

¹⁵⁷ Voir note 152, *supra*, *ibid.*

clear and unequivocal terms, the meaning of which after calling in aid every rule of construction including that prescribed by s. 2 of the Bill is perfectly plain, if in the view of the Court it infringes any of the rights or freedoms declared by s. 1 of the Bill.

In approaching this question it must not be forgotten that the responsibility mentioned above, if imposed at all, is imposed upon every Justice of the Peace, Magistrate and Judge of any Court in the country who is called upon to apply a statute of Canada or any order, rule or regulation made thereunder [les italiques sont de nous].

Pour ce qui est de l'argument fondé sur une prétendue contradiction entre l'article 1 et l'article 2 de la *Déclaration des droits*, il doit céder bien sûr lors qu'on peut réconcilier (ce que l'on doit rechercher, d'ailleurs) ces dispositions. On arrive pleinement à ce résultat, nous semble-t-il, en considérant que ¹⁵⁸ :

... a statement that rights and freedoms have existed and do exist does not deny that infringements or violations have taken place or do exist.

D'un autre côté, le même argument est irrémédiablement claudicant en ce qu'il n'atteint pas les lois postérieures à l'entrée en vigueur de la *Déclaration des droits* : il faudrait ainsi admettre que le législateur ait voulu

¹⁵⁸ E.A. DRIEDGER, *loc. cit.*, note 16, 36. A notre avis, on peut résoudre comme suit l'apparente antinomie suivant laquelle le droit antérieur à 1960 puisse à la fois implicitement faire partie du contenu des droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus par la *Déclaration des droits* et tomber sous le coup de sa censure. Ces concepts relativement imprécis et variables (sans représenter pour autant des abstractions, voir *infra*, pp. 128 à 131) sont façonnés par le jeu complexe d'un ensemble de facteurs juridiques parmi lesquels se rangent, à côté de l'expression formelle de la volonté du législateur, la jurisprudence, la coutume ou l'histoire, et certes quelquefois aussi les travaux de la doctrine : à cela s'ajoute incontestablement l'influence (souhaitable) d'une certaine pensée philosophique et sociale pour une époque donnée. Le contenu de ces concepts est ainsi la résultante de l'action conjuguée de différents facteurs, juridiques et autres. Cela posé, il devient aisé de concevoir que, par exemple, une loi quelconque antérieure à 1960 puisse se différencier d'une image qu'elle contribue à modeler parmi d'autres facteurs et que dans la mesure de cette différence elle soit susceptible de censure.

Pour emprunter à la mathématique son langage, il serait peut-être loisible de dire qu'à partir d'une addition de données, on aboutit à une sorte de résultat moyen. Comparant ensuite chacune des données individuelles à la moyenne générale, on constate la mesure par laquelle chacune s'en trouve inférieure ou l'excède. L'affaire *Drybones* offre l'exemple d'une situation où un facteur individuel ratait le test de la moyenne : l'article 94 b) de la *Loi sur les Indiens* allait en deçà des limites permises à l'intérieur du concept d'égalité devant la loi.

La jurisprudence n'a pas tenté de se servir du langage mathématique pour rendre l'idée. Elle a fait plutôt appel au sens visuel. Ainsi, dans *Procureur général du Canada v. Lavell*, où le litige tournait comme dans *Drybones* autour du droit à l'égalité devant la loi, le juge Ritchie affirmait ce qui suit ((1973), 23 C.N.R.S. 197, 210) :

in my view the meaning to be given to the language employed in the Bill of Rights is the meaning which it bore in Canada at the time when the Bill was enacted, and it follows that the phrase "equality before the law" is to be construed in light of the law existing in Canada at that time [les italiques sont de nous].

établir deux régimes distincts, l'un pour les lois antérieures à 1960, l'autre pour les lois subséquentes, alors qu'il a expressément prévu, au contraire, un régime unique ; en effet, l'article 5(2) édicte sans ambiguïté : « L'expression « loi du Canada » . . . désigne une loi du Parlement du Canada, édictée *avant* ou *après* la mise en vigueur de la présente loi » . . . (les italiques sont de nous).

Reste l'argument tiré de la présomption contre la modification implicite de la loi. Cette règle n'est évidemment qu'interprétative et, comme l'affirme le juge Pigeon lui-même ailleurs dans le jugement¹⁵⁹, il est de la nature des règles d'interprétation qu'elles cèdent en présence d'un texte législatif incompatible¹⁶⁰ :

Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes . . .

En terminant l'exposé de la controverse, mentionnons une difficulté toute spéciale, de nature constitutionnelle, qui a été soulevée d'abord par le juge Pigeon, dans sa dissidence de *Drybones*, pour être reprise subséquentement pas le juge Ritchie, dans *Procureur général du Canada v. Lavell*¹⁶¹. Il est difficile de déterminer la portée de cette argumentation des juges Pigeon et Ritchie : se restreint-elle à la *Loi sur les Indiens*, ou plutôt est-elle susceptible de s'étendre à d'autres lois ?

Le raisonnement est le suivant : le Parlement a juridiction exclusive sur « Les Indiens et les terres réservées aux Indiens » en vertu de l'article 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 ; l'exercice effectif de ce pouvoir constitutionnel nécessite en certains cas l'adoption de mesures suivant lesquelles les Indiens sont traités différemment des autres Canadiens ; en conséquence, si la *Déclaration des droits* pouvait empêcher le Parlement d'établir de semblables mesures, on devrait conclure que ce statut a amendé ou modifié la Constitution canadienne, ce qu'il n'a certes pas fait.

Le vice du syllogisme se situe au niveau de la seconde prémisse, dont on dénature le sens. En effet, le concept d'égalité devant la loi au Canada n'implique pas que tous les citoyens fassent l'objet d'un traitement identique (Indiens, Blancs ; juifs, protestants ; femmes, hommes ; vieillards, enfants ;

¹⁵⁹ [1970] 3 C.C.C. 355, 371.

¹⁶⁰ Voir *supra*, page 45.

¹⁶¹ Voir *infra*, note 188.

etc.). Au reste, la discrimination n'est pas inhérente à l'exercice du pouvoir que la Constitution attribue au Parlement de légiférer sur les Indiens et, à cet égard, cette catégorie de matières ne se distingue en rien des autres ¹⁶² :

... the appellants' contentions gain no additional force because the Indian Act ... is a fruit of the exercise of Parliament's exclusive legislative power in relation to "Indians, and Lands reserved for the Indians" under s. 91(24) of the British North America Act, 1867. Discriminatory treatment on the basis of race or colour or sex does not inhere in that grant of legislative power. The fact that its exercise may be attended by forms of discrimination prohibited by the Canadian Bill of Rights is no more a justification for a breach of the Canadian Bill of Rights than would be in the case of the exercise of any other head of federal legislative power involving provisions offensive to the Canadian Bill of Rights. The majority opinion in the *Drybones* case dispels any attempt to rely on the grant of legislative power as a ground for escaping from the force of the Canadian Bill of Rights. The latter does not differentiate among the various heads of legislative power; it embraces all exercises under whatever head or heads they arise.

Mais au-delà de ces discours de raison sur la question de savoir si la *Déclaration des droits* se confine au rôle d'une simple règle d'interprétation, tous doivent se rallier à l'argument de fait suivant : la Cour suprême, par une majorité, a clairement opté pour la négative dans l'arrêt *Drybones* que beaucoup considèrent comme le plus important jamais rendu par ce tribunal.

b) *La négative.*

Une constatation préliminaire s'impose : la cause de l'indien *Drybones* était la première occurrence contraignant la Cour suprême du Canada à statuer sur la controverse relative à la nature de la *Déclaration des droits*. À ce propos, le juge Cartwright affirmait ¹⁶³ :

This is, I believe, the first occasion on which it has become necessary for this Court to decide this question.

Il est vrai que, dans *Robertson et Rosetanni v. La Reine* ¹⁶⁴, l'article 4 de la *Loi sur le dimanche* ¹⁶⁵ avait été opposé à l'article 1 c) de la *Déclaration*, qui reconnaît la liberté de religion au Canada. Toutefois, cette

¹⁶² *Procureur général du Canada v. Lavell*, 23 C.R.N.S. 197, 227 (le juge Laskin). Aux États-Unis, le « wardship theory » a été élaboré en vue du maintien des lois « raisonnablement essentielles à la protection des Indiens » (« reasonably essential to their protection ») ; voir A.D. GOLD, *Equality before the Law*, (1973), 20 C.R.N.S. 280, 294.

¹⁶³ [1970] 3 C.C.C. 355, 356.

¹⁶⁴ Voir *supra*, note 117.

¹⁶⁵ Alors S.R.C. 1952, c. 171 ; maintenant S.R.C. 1970, c. L-3.

confrontation a été écartée par la majorité de la Cour, qui jugea la disposition litigieuse sans incidence sur l'exercice de la liberté de religion¹⁶⁶. Parlant, dans *Drybones*, au nom de la majorité, le juge Ritchie se déclara, à propos de la portée de *Robertson et Rosetanni*, du même avis que le juge Cartwright¹⁶⁷ :

I am in full agreement with the Chief Justice that the question here raised was not decided in the case of *Robertson and Rosetanni v. The Queen, supra*, and that this is the first occasion on which it has become necessary for this Court to decide it.

L'arrêt *Robertson et Rosetanni* est donc strictement neutre par rapport à ce qui a été décidé dans *Drybones* et ne représente en aucune manière, comme on a pu le penser et l'affirmer quelquefois, un précédent discordant.

La *ratio decidendi* de l'arrêt *Drybones* nous semble renfermée dans le passage suivant¹⁶⁸ :

... I think that s. 1(b) means at least that no individual or group of individuals is to be treated more harshly than another under the law, and I am therefore of opinion that an individual is denied equality before the law if it is made an offense punishable at law, on account of his race, for him to do something which his fellow Canadians are free to do without having committed any offense or having been made subject to any penalty.

It is only necessary for the purpose of deciding this case for me to say that in my opinion s. 94(b) of the *Indian Act* is a law of Canada which creates such an offense and that it can only be construed in such a manner that its application would operate so as to abrogate, abridge or infringe one of the rights declared and recognized by the Bill of Rights. For the reasons which I have indicated, I am therefore of opinion that s. 94(b) is inoperative.

¹⁶⁶ Il y a lieu, certes, d'établir un rapprochement entre cette décision et une autre, rendue le même jour, *Lieberman v. The Queen*, (1964), 41 D.L.R. (2d) 125, par laquelle on a maintenu la validité d'un règlement municipal prescrivant la fermeture des salles publiques de billard et de quilles le dimanche ; par contre, il est difficile, sinon impossible, de concilier *Robertson* et *Lieberman* avec *Henry Birks and Sons (Montreal) Limited v. La Cité de Montréal* ([1955] R.C.S. 799) ; d'autre part, l'attitude de la Cour suprême dans ces deux décisions n'est pas sans évoquer certains arrêts américains rendus peu auparavant : *McGowan v. Maryland*, (1961), 366 U.S. 420 : 81 S. Ct. 1101 ; *Two Guys from Harrison-Allentown Inc. v. McGinley*, (1961), 366 U.S. 582 : 81 S. Ct. 1135 ; *Braunfield v. Brown*, (1961), 366 U.S. 599 : 81 S. Ct. 1144 ; et *Gallagher v. Crown Kosher Supermarket of Massachusetts*, (1961), 366 U.S. 617 : 81 S. Ct. 1122. Voir de plus les commentaires suivants : B. LASKIN, *Freedom of Religion and the Lord's Day Act*, (1964) 42 R. du B. can. 147 ; S.J. GODFREY, *Freedom of Religion and the Canadian Bill of Rights*, (1964) 22 Fac. of L. Rev. 60 ; K.M. LYSYK, *Constitutional Aspects of Sunday Observance Law : Lieberman v. The Queen*, (1964) 2 U.B.C. L. Rev. 59 ; et J.A. BARRON, *Sunday in North America*, (1965) 79 Harv. L. R. 42.

¹⁶⁷ Voir *supra*, notes 163, 366.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 365.

L'article 94 b) de la *Loi sur les Indiens*¹⁶⁹ se lit comme suit :

Un Indien qui... b) est ivre... hors d'une réserve, est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende d'au moins dix dollars et d'au plus cinquante dollars ou d'un emprisonnement n'excédant pas trois mois, ou de l'amende et de l'emprisonnement à la fois.

La conclusion du juge Ritchie suivant laquelle la *Déclaration des droits* soit apte à rendre inopérante une loi du Canada paraît se fonder, aux termes du jugement, sur les deux bases suivantes : d'abord, restreindre le rôle de la *Déclaration* à celui d'une simple règle d'interprétation, c'est aller à l'encontre de ce qui semble en être le principe véritable et c'est mettre de côté son caractère manifeste de déclaration législative ; puis, ce qui faisait l'objet d'une concession de la part du juge Pigeon dans ses notes dissidentes, il y a la présence des mots suivants à l'article 2 : «... à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*... » ; si la *Déclaration* est réductible à une simple règle d'interprétation, ces mots sont superflus ; et le juge Ritchie d'affirmer¹⁷⁰ :

It seems to me that a more realistic meaning must be given to the words in question and they afford, in my view, the clearest indication that s. 2 is intended to mean and does mean that if a law of Canada cannot be "sensibly construed and applied" so that it does not abrogate, abridge or infringe one of the rights and freedoms recognized and declared by the Bill, then such law is inoperative "unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights".

Certes, cette solution n'est pas la plus rassurante, si l'on pense aux conséquences très lourdes qu'elle entraîne. Elle impose, comme le souligne le juge Cartwright¹⁷¹, à tout juge de paix, magistrat et tribunal quelconque au Canada, la responsabilité de déclarer inopérante toute disposition d'un texte législatif fédéral (loi, ordonnance, règle ou règlement) qui, de l'avis du juge de paix, magistrat ou tribunal, ne peut s'appliquer sans transgresser l'un ou l'autre des droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus par la *Déclaration des droits*. Le juge Ritchie ne voit pourtant pas là un obstacle valide¹⁷² :

It may well be that the implementation of the *Canadian Bill of Rights* by the Courts can give rise to great difficulties, but in my view full effect must be given to the terms of s. 2 thereof.

¹⁶⁹ Voir *supra*, note 122.

¹⁷⁰ Voir *supra*, note 163, 363.

¹⁷¹ *Ibid.*, 357 ; voir *supra* pp. 53 et 54.

¹⁷² *Ibid.*, 366.

L'arrêt *Drybones* ne laisse donc place à l'ombre d'un doute sur la question de savoir si le rôle de la *Déclaration des droits* est réductible ou non à celui d'une simple règle d'interprétation : elle déborde incontestablement ce rôle, possédant l'aptitude de rendre inopérante une loi du Canada ¹⁷³.

Il est vrai qu'au niveau de la Cour suprême l'arrêt *Drybones* en est la seule illustration à ce jour. Les propos que tenait récemment le juge Ritchie au nom de la majorité dans *Hogan v. La Reine* ¹⁷⁴ indiquent néanmoins la nette volonté du tribunal de s'en tenir à ce qui a été jugé :

The case of *The Queen v. Drybones* . . . is authority for the proposition that any law of Canada which abrogates, abridges or infringes any of the rights guaranteed by the *Canadian Bill of Rights* should be declared inoperative and to this extent it accorded a degree of paramountcy to the provisions of that statute . . .

Les modalités et les effets de cette application particulière de la *Déclaration des droits* seront étudiés dans la section suivante. Mais, avant d'y passer, soulignons à titre de bizarrerie prétorienne le fait que l'on ait pu soutenir en Cour suprême, à l'opposé extrême des vues les plus conservatrices, que la *Déclaration des droits* eût pour seul effet possible celui de rendre inopérant un texte législatif ¹⁷⁵. Décidément, les plaideurs n'hésitent pas quelquefois à faire flèche de tout bois et il est paradoxal en l'occurrence que cet argument ait été invoqué par un procureur de la Couronne. La *Déclaration des droits* a donné lieu à toutes les assertions possibles, même les plus contradictoires.

¹⁷³ La hardiesse de la majorité des juges de la Cour suprême dans *Drybones* est toutefois estompée par la considération que le Parlement, le Premier ministre Diefenbaker, le Ministre de la Justice Fulton, de même que M. Driedger, le rédacteur du texte, avaient exprimé maintes fois l'intention catégorique de conférer cette propriété à la *Déclaration des droits*; pour un bon aperçu de son historique, et notamment des débats parlementaires, voir R.S. BOWLES, *Our Courts and our Parliament View the Canadian Bill of Rights*, (1962) 1 *Man. L. S. J.* 55, en particulier les pages 55 à 63 et 81 à 86; voir également J.G. SINCLAIR, *loc. cit.*, note 50, pp. 601 et 602, et E.A. DRIEDGER, *loc. cit.*, note 16, 41. On peut lire les commentaires suivants sur l'affaire *Drybones*: F.M. AUBURN, (1970) 86 *L.Q.R.* 306; W.F. BOWKER, (1970) 8 *Alta. L. Rev.* 409; P. CAVALLUZZO, *Judicial Review and the Bill of Rights: Drybones and its Aftermath*, (1971) 9 *Osgoode Hall L. J.* 511; L.H. LEIGH, *The Indian Act, the Supremacy of Parliament, and the Equal Protection of the Laws*, (1970) 16 *McGill L. J.* 389; J.N. LYON, *Drybones and Stare Decisis*, (1971) 17 *McGill L.J.* 594; K. LYSYK, (1968) 46 *R. du B. can.* 141; H. MARX, *loc. cit.*, note 155; H.W. SILVERMAN, *Dry bones: Are they alive?* (1970), 10 *C.R.N.S.* 356; J.C. SMITH, *Regina v. Drybones and Equality before the Law*, (1971) 49 *R. du B. can.* 163; et W.S. TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights From Diefenbaker to Drybones*, (1971) 17 *McGill L. J.* 437.

¹⁷⁴ Le 12 juin 1974; voir *supra*, pp. 28 et ss.

¹⁷⁵ *Brownridge v. La Reine*, (1972), 18 *C.R.N.S.* 308, aux pages 325 et 326.

Section 2

LA DÉCLARATION DES DROITS EN TANT QU'INSTRUMENT PROPRE À RENDRE INOPÉRANTE UNE LOI DU CANADA.

Les effets de la *Déclaration des droits* en tant qu'instrument propre à rendre inopérante une loi du Canada sont assurément beaucoup plus spectaculaires que ceux résultant de son application comme simple règle d'interprétation. Tandis qu'en ce dernier cas, c'est le texte législatif ordinaire qui l'emporte, son contenu subsistant pour être seulement moulé par la règle d'interprétation, ici, au contraire, c'est la *Déclaration des droits* qui a primauté. Cette faculté présente, nous l'avons déjà souligné, un caractère tout à fait révolutionnaire dans notre droit. Que la volonté du législateur, validement exprimée dans des termes non équivoques, puisse être mise en échec par la reconnaissance de certaines valeurs fondamentales, cela va à l'encontre de l'un des principes les plus fermement établis de notre tradition constitutionnelle de type britannique : le concept de la suprématie du Parlement. Néanmoins, en vertu de cette même suprématie, le législateur tout-puissant a toute autorité et discrétion de s'imposer à lui-même certaines contraintes, dont il conserve d'ailleurs en tout temps la maîtrise de se départir ¹⁷⁶.

Dans le même esprit que précédemment, nous tâcherons successivement au cours de la présente section de déterminer un mode typique en vue de cette application de la *Déclaration des droits* et de préciser les effets susceptibles d'en résulter.

A. MODE TYPIQUE D'APPLICATION.

La *Déclaration des droits* est apte à rendre une loi du Canada inopérante, pourvu que deux conditions essentielles soient réunies : il doit y avoir, entre la *Déclaration* et cette loi, conflit réel et conflit inévitable.

a) Conflit réel.

Pour ce qui est de la première condition, soit la nécessité d'un conflit réel, il faut établir que la loi contestée supprime, restreint ou enfreint soit l'un ou l'autre des droits de l'homme et libertés fondamentales énoncés à l'article 1 de la *Déclaration des droits*, soit l'une ou l'autre des protections ou garanties particularisées à l'article 2. Cette opération revient strictement à déterminer si la contestation ressortit ou non à l'alinéa introductif de l'article 2.

¹⁷⁶ Voir *supra*, note 120.

Cette règle nous est maintenant familière. En effet, nous l'avons rencontrée, plus haut déjà, lorsque nous avons considéré l'application de la *Déclaration des droits* aux actes posés sous le régime de la législation fédérale¹⁷⁷ ; puis, nous l'avons revue ensuite par rapport à l'application de la *Déclaration*, en tant que règle d'interprétation, au contenu substantif de cette législation¹⁷⁸. Elle suscite ici des remarques analogues.

Rappelons d'abord qu'il ne suffit jamais de faire appel à la *Déclaration des droits* en des termes vagues ou d'invoquer de façon inarticulée l'esprit et les principes qui en font la trame. La nécessité d'adopter comme point de rattachement l'un ou l'autre des droits expressément reconnus soit à l'article 1 soit à l'article 2 est déjà absolue dans le contexte de l'application de la *Déclaration* aux actes posés sous le régime de la législation ou en tant que règle d'interprétation de cette dernière ; aussi, conçoit-on aisément qu'elle ne soit pas moins impérative lorsque le but poursuivi est la déclaration d'inopérabilité d'une loi du Canada. De l'omission à respecter très scrupuleusement ce précepte doit fatalement suivre l'échec, et alors ce qui est déjà bien regrettable dans le singulier devient d'un point de vue général absolument déplorable s'il est que, par accumulation, chaque nouvel échec augmente le discrédit jeté sur la valeur judiciaire de la *Déclaration des droits*.

Constatons surtout, encore une fois, que cette démarche logique que nous venons de rappeler représente l'articulation maîtresse suivant laquelle la *Déclaration des droits* peut s'appliquer au problème à résoudre : il s'agit de délimiter soigneusement le contenu ou la portée du droit (ou des droits) expressément reconnu qui forme la base de la contestation, puis de trancher si la loi en cause entre en conflit ou non avec ce droit tel que circonscrit et, de ce fait, doit être déclarée inopérante pour autant ou bien maintenue.

Les illustrations de ce processus ne manquent pas au niveau de la Cour suprême. Les arrêts suivants exhibent la confrontation des droits fondamentaux et des dispositions législatives indiqués en regard de chacun d'eux respectivement : *Robertson et Rosetanni v. La Reine*¹⁷⁹, la liberté de religion (article 1 c) de la *Déclaration des droits*) et l'article 4 de la *Loi sur le dimanche*¹⁸⁰ ; *R. v. Drybones*¹⁸¹, l'égalité devant la loi (article 1 b)) et l'article 94 b) de la *Loi sur les Indiens*¹⁸² ; *Smythe v. La Reine*¹⁸³, l'égalité

177 Voir *supra*, pp. 22 et ss.

178 Voir *supra*, pp. 44 et ss.

179 Voir *supra*, notes 117 et 166.

180 Voir *supra*, note 165.

181 Voir *supra*, notes 7 et 173.

182 Voir *supra*, note 122.

183 En date du 28 juin 1971 ; [1971] R.C.S. 680 ; 3 C.C.C. (2d) 366 ; 16 C.R.N.S. 147 ; 19 D.L.R. (3d) 480. Voir les commentaires suivants : P.G. BARTON, *The Power of the Crown to Proceed by Indictment or Summary Conviction*, (1971) 14 *Crim. L. Q.* 86, et F. CHEVRETTE et H. MARX, (1972) 32 *R. du B.* 64.

devant la loi (article 1 b)) et l'article 132(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁸⁴; *R. v. Appleby*¹⁸⁵, le droit à la présomption d'innocence (article 2 f)) et l'article 224A(1)a) du *Code criminel* [maintenant 237(1)a)]; *Curr v. La Reine*¹⁸⁶, la protection contre l'auto-incrimination (article 2 d)) et l'application régulière de la loi [*due process of law*] (article 1 a)), et les articles 222, 223 et 224A(3) *C. cr.* [maintenant 234, 235 et 237 (3)]; *Duke v. La Reine*¹⁸⁷, le droit à une audition impartiale selon les principes de justice fondamentale (article 2 e)) et les articles 224 et 224A(1)c) *C. cr.* [maintenant 236 et 237(1)c)]; *Procureur général du Canada v. Lavell*¹⁸⁸, l'égalité devant la loi (article 1 b)) et l'article 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens*¹⁸⁹; et *R. v. Burnshine*¹⁹⁰, l'égalité devant la loi (article 1 b)) et l'article 150 de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*¹⁹¹.

Chacune de ces décisions illustre la confrontation entre un droit fondamental ou une protection expressément reconnus par la *Déclaration des droits* et une disposition législative donnée. Toujours, cette confrontation, à la suite d'une définition du droit invoqué et d'une analyse du texte de loi contesté, vise à faire montre d'une relation de compatibilité ou d'opposition entre ceux-ci : dans le premier cas, le texte de loi est maintenu dans sa plénitude, dans le second, il est déclaré inopérant dans la mesure du conflit.

Une seule fois, à ce jour, la majorité des juges de la Cour suprême a prononcé l'existence d'un semblable conflit : c'est l'affaire *Drybones*¹⁹².

¹⁸⁴ Alors S.R.C. 1952, c. 148; maintenant S.R.C. 1970, c. I-5.

¹⁸⁵ En date du 28 juin 1971; [1972] R.C.S. 303; 3 C.C.C. (2d) 354; 16 C.R.N.S. 35; 21 D.L.R. (3d) 325; [1971] 4 W.W.R. 601. Voir les commentaires suivants: W.W. BLACK, (1972) 7 *U.B.C. L. Rev.* 107; F. CHEVRETTE et H. MARX, (1972) 32 *R. du B.* 172; M. MANDEL, *The Presumption of Innocence and the Canadian Bill of Rights: Regina v. Appleby*, (1972) 10 *Osgoode Hall L. J.* 450; et G.A. SMITH, (1972) 37 *Sask. L. Rev.* 117.

¹⁸⁶ Voir *supra*, note 133.

¹⁸⁷ En date du 29 juin 1972; [1972] R.C.S. 917; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302; 28 D.L.R. (3d) 129.

¹⁸⁸ En date du 27 août 1973; (1973), 23 C.R.N.S. 197; 38 D.L.R. (3d) 481. Voir les commentaires suivants: H. BRUN, *La Décision dans Lavell ou les bonds de la Cour suprême*, (1973) 14 *C. de D.* 541; F. CHEVRETTE et H. MARX, (1973) 33 *R. du B.* 557; E.A. DRIEDGER, *The Canadian Bill of Rights and the Lavell Case: A Possible Solution*, (1974) 6 *Ottawa L. R.* 620; P.W. HOGG, (1974) 52 *R. du B. can.* 263; R.N. McLAUGHLIN, *The Attorney General of Canada v. Lavell and Equality Before the Law*, (1973) 21 *Chitty's L. J.* 282; E. RATUSHINY, (1973), 23 C.R.N.S. 265; J.-K. SAMSON, *La Déclaration canadienne des droits: une interprétation nouvelle?* (1973) 14 *C. de D.* 354; et D.E. SANDERS, *The Bill of Rights and Indian Status*, (1972) 7 *U.B.C. L. Rev.* 81, pp. 90 et ss.

¹⁸⁹ Voir *supra*, note 122.

¹⁹⁰ En date du 2 avril 1974; (1974), 15 C.C.C. (2d) 505; 25 C.R.N.S. 270; 44 D.L.R. (3d) 584; [1974] 4 W.W.R. 49. Voir le commentaire de W.E. CONKLIN et G.A. FERGUSON, *The Burnshine Affair: Whatever Happened to Drybones And Equality Before the Law?* (1974) 22 *Chitty's L. J.* 303.

¹⁹¹ S.R.C. 1970, c. P-21.

¹⁹² Voir *supra*, page 59.

Faut-il à cause de cette rareté de précédents conclure à l'inefficacité de ce type d'application de la *Déclaration des droits* ? Point ! car l'histoire judiciaire de la *Déclaration* vient à peine de débiter¹⁹³ et la prudence des juges, voire leur réticence quelquefois, sont tout à fait normales, souhaitables même, face à la possibilité de déclarer inopérante une loi du Canada. Il est seulement nécessaire de se convaincre que l'efficacité de la *Déclaration des droits* en tant qu'instrument propre à causer ce résultat doit dépendre de la rectitude et de l'adresse employées à définir le droit (ou les droits) reconnu par la *Déclaration* sur lequel on entend s'appuyer et à analyser le texte de loi contesté en vue de démontrer une incompatibilité réelle entre eux. Par exemple, dans *Robertson et Rosetanni v. La Reine* et dans *Procureur général du Canada v. Lavell*, c'est une polémique de ce type qui constitue l'axe de la ligne de rupture dans la division opposant les juges majoritaires et les dissidents¹⁹⁴.

b) Conflit inévitable.

Une deuxième condition est nécessaire pour que la *Déclaration des droits* ait l'effet de rendre une loi du Canada inopérante : le conflit entre les deux textes doit être inévitable.

La nécessité de cette condition ne fait pas de doute et elle reçoit d'emblée l'adhésion de tous : on ne saurait, en effet, mettre de côté à la légère l'expression non ambiguë de la volonté du législateur.

L'arrêt *Drybones* a posé la règle sans équivoque¹⁹⁵ :

... s. 2 is intended to mean and does mean that if a law of Canada cannot be "sensibly construed and applied" so that it does not abrogate, abridge or infringe one of the rights and freedoms recognized and declared by the Bill, then such law is inoperative ...

Et, plus loin, on peut lire dans le dispositif même¹⁹⁶ :

... s. 94(b) of the Indian Act ... can only be construed in such manner that its application would operate so as to abrogate, abridge or infringe

¹⁹³ On doit considérer, par exemple, que le rodage du *Bill of Rights* aux Etats-Unis a nécessité des dizaines d'années.

¹⁹⁴ Voir *infra*, p. 78.

¹⁹⁵ [1970] 3 C.C.C. 355, 363 (le juge Ritchie).

¹⁹⁶ *Ibid.*, 366. "With reference to the element of "discrimination by reason of race" in the opening words of section 1, and denial of "equality before the law" within the meaning of paragraph (b) of that section, the argument for the accused was based on the fact that the intoxication provisions of the Northwest Territories Liquor Ordinance, under which he would have been charged if a non-Indian, are less stringent than those contained in the Indian Act. The differences relate both to the definition of the offence and to the punishment prescribed. Under the Liquor Ordinance, the offence is constituted by being intoxicated "in a public place." Section

one of the rights declared and recognized by the Bill of Rights.

... I am therefore of the opinion that s. 94(b) is inoperative.

Cette vue a été reprise dans l'affaire *Lavell* de manière à formuler le problème soumis à la Cour¹⁹⁷ :

Accordingly... the question to be determined in these appeals is confined to deciding whether the Parliament of Canada, in defining the prerequisites of Indian status so as not to include women of Indian birth who have chosen to marry non-Indians, enacted a law *which cannot be sensibly construed and applied without* abrogating, abridging or infringing the rights of such women to equality before the law [les italiques sont de nous].

Dans *R. v. Burnshine*, le juge Laskin, dissident, a tenu des propos analogues, lesquels, pris isolément, auraient pu selon nous emporter l'assentiment de l'ensemble de la Cour¹⁹⁸ :

It is important to appreciate that the Canadian Bill of Rights does not invariably command a declaration of inoperability of any federal legislation affected by its terms. That may be the result, under the principle enunciated in the *Drybones* case, *supra*, if a construction and application compatible with the Canadian Bill of Rights cannot reasonably be found. The primary injunction of the Bill, however, is to determine whether a challenged measure is open to a compatible construction that would enable it to remain an effective enactment. If the process of construction in the light of the Bill yields this result, it is unnecessary and, indeed, it would be an abuse of judicial power to sterilize the federal measure.

Suivant cette opinion, le fait pour un tribunal de déclarer inopérante une loi du Canada en l'absence d'un conflit inévitable entre la loi en cause et la *Déclaration des droits* équivaldrait même à un abus de l'exercice du pouvoir judiciaire. Et plus loin, le juge Laskin exprime une vue intéressante pour ce qui est de déterminer s'il y a conflit ou non¹⁹⁹ :

I would adopt in respect of issues that are said to collide with the Canadian Bill of Rights the same approach that prevails where constitutional collision is suggested, namely, a preference for a construction that would avoid such a collision.

94(b) of the Indian Act prohibits intoxication "off a reserve". Since, however, there are no reserves in the Territories, the result is that an Indian commits an offence by reason of being intoxicated *anywhere*, including his own home. Again, section 94 of the Indian Act makes provision for stiffer penalties, in terms of minimum fine and maximum imprisonment, than those stipulated for under the Liquor Ordinance", d'après K. LYSYK, à (1968) 46 *R. du B. can.* 141, 143.

¹⁹⁷ (1973), 23 C.R.N.S. 197, 210.

¹⁹⁸ (1974), 25 C.R.N.S. 270, 286.

¹⁹⁹ *Ibid.*, 288.

En ce sens, considérons enfin les propos très judicieux d'un auteur²⁰⁰ :

...the court should be limited by traditional constitutional principles. For instance there should be a presumption of constitutionality, i.e. a presumption that the legislation in question is not in conflict with the Bill... The courts should decide cases narrowly under the Bill as the majority attempted to do in *Drybones* but failed. Finally the court should not decide the case on a Bill of Rights issue, if another ground can be rationally relied upon. But when such is not the case the Court must apply the Bill rigorously so that our liberties are protected.

* * *

Ainsi, deux conditions essentielles doivent être réunies pour que l'on puisse conclure à l'inopérabilité d'un texte législatif fédéral : il doit y avoir, entre ce texte et la *Déclaration des droits*, conflit réel et conflit inévitable. Il convient maintenant de considérer les effets consécutifs à cette conjoncture.

B. ANALYSE DES EFFETS.

Nous ne disposons évidemment que d'une base assez étroite pour tenter d'analyser les effets résultant de l'inopérabilité d'une loi entrant en conflit avec la *Déclaration des droits* : encore une fois, l'arrêt *Drybones* constitue le seul précédent qui soit déterminant à cet égard parmi l'ensemble de la jurisprudence de la Cour suprême. Néanmoins, cette tâche ne semble pas insurmontable, puisque le texte de la *Déclaration* en suggère lui-même la solution et que l'arrêt *Drybones* est relativement explicite sur ce point.

L'alinéa introductif de l'article 2 ne mentionne pas le substantif « inopérabilité », ni l'adjectif « inopérant », ni aucun mot quelconque de cette famille. En ce sens, il utilise plutôt le verbe « s'appliquer » :

Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle *s'appliquera*... doit s'interpréter et *s'appliquer* de manière à ne pas... et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni *s'appliquer* comme... [les italiques sont de nous].

Le législateur a choisi le verbe « s'appliquer » et l'a utilisé de façon négative pour désigner l'effet ou la propriété qu'on a judiciairement traduits par le concept d' « inopérabilité »²⁰¹ :

...s. 2 is intended to mean and does mean that if a law of Canada cannot be "sensibly construed and applied" so that it does not abrogate, abridge or infringe one of the rights and freedoms recognized and declared by the Bill, *then such law is inoperative*... [les italiques sont de nous].

²⁰⁰ P. CAVALLUZZO, *Judicial Review and the Bill of Rights: Drybones and its Aftermath*, (1971) 9 *Osgoode Hall L. J.* 511, 532.

²⁰¹ *R. v. Drybones*, [1970] 3 C.C.C. 355, 363.

Il est donc naturel de définir les effets de l'inopérabilité comme ceux découlant de la non application de la loi : le texte législatif contesté est maintenu en existence, mais, par suite d'un conflit réel et inévitable avec la *Déclaration des droits*, il devient lettre morte.

L'arrêt *Drybones* nous semble explicite sur ce point, quoique de façon concise ²⁰² :

I think a declaration by the Courts that a section or portion of a section of a statute is inoperative is to be distinguished from the repeal of such a section and is to be confined to the particular circumstances of the case in which the declaration is made.

L'inopérabilité d'un texte législatif n'équivaut pas à son abrogation. Son existence est plutôt maintenue et la cessation de ses effets est limitée aux circonstances particulières où il entre en conflit avec la *Déclaration des droits*.

Et le juge Ritchie, au nom de la majorité, poursuit ²⁰³ :

The situation appears to me to be somewhat analogous to a case where valid provincial legislation in an otherwise unoccupied field ceases to be operative by reason of conflicting federal legislation.

Cette analogie avec la doctrine du champ inoccupé en droit constitutionnel traditionnel est utile dans la mesure où elle peut servir d'illustration. Mais là seulement, à notre avis, réside son opportunité. Par prudence, il nous semble en effet préférable de regarder l'inopérabilité d'un texte législatif à raison d'un conflit avec la *Déclaration des droits* comme un phénomène *sui generis* et d'éviter de la sorte la confusion des catégories : celle-ci manque rarement, à la longue, de soulever des difficultés qui, autrement, ne verraient jamais le jour. On peut prévoir toutefois, et nous le reconnaissons, que l'attitude des juges de la Cour suprême, éminents constitutionnalistes le plus souvent, favorisera une certaine promiscuité entre les propriétés de la *Déclaration des droits* et les catégories du droit constitutionnel traditionnel. Cette tendance est déjà manifeste au simple niveau du vocabulaire. Ainsi, par exemple, s'exprimait le juge Laskin, dans *Lavell* ²⁰⁴ :

...it [la Déclaration] had paramount force when a federal enactment conflicted with its terms...

Dans le même ordre d'idées, le passage suivant, déjà cité, de la décision *Burnshine* est assez révélateur ²⁰⁵ :

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ (1973), 23 C.R.N.S. 197, 223.

²⁰⁵ Voir *supra*, note 199.

I would adopt in respect of issues that are said to collide with the Canadian Bill of Rights the same approach that prevails where constitutional collision is suggested, namely, a preference for a construction that would avoid such a collision.

Mais comme le droit constitutionnel traditionnel paraît être de bon ton en la matière, il peut être intéressant, en terminant, d'évoquer les effets de l'inopérabilité d'un texte législatif en relation avec ceux résultant de l'état d'*ultra vires*. La différence est considérable. L'état d'*ultra vires* équivaut à la nullité ou à l'inexistence du texte affecté ; de plus, cet état est gouverné par la règle de l'indivisibilité, c'est-à-dire « que la nullité d'une disposition entraîne la nullité du tout à moins que la cour ne puisse conclure de façon certaine que l'on aurait édicté le reste sans la disposition nulle ²⁰⁶ ». Au contraire, la déclaration judiciaire d'inopérabilité n'affecte pas la validité du texte législatif qui est plutôt maintenu en existence ²⁰⁷ ; par exemple, si l'infraction créée par l'article 94 b) de la *Loi sur les Indiens* ²⁰⁸ venait à viser tous les Canadiens, sans distinction de race, par l'effet, disons, d'un amendement au *Code criminel*, et cela tout à fait extérieurement sans que cette disposition ne soit modifiée elle-même, il ne fait aucun doute, selon nous, qu'elle deviendrait opérante : la *ratio decidendi* de *Drybones* deviendrait sans objet, l'égalité devant la loi étant instituée, puisqu'un Indien ne serait plus placé dans cette situation où une infraction "punishable at law" existe "on account of his race, for him to do something which his fellow Canadians are free to do without having committed any offense or having been made subject to any penalty". Ensuite, en regard de l'inopérabilité, c'est plutôt une règle de divisibilité qui prévaut ; la cessation des effets du texte paraît devoir être envisagée très restrictivement et c'est ainsi que la portée de l'arrêt *Drybones* n'atteint ni la *Loi sur les Indiens* dans son ensemble, ni les paragraphes a) et c) de l'article 94 : seul le paragraphe b) y a été déclaré inopérant. Le juge Ritchie, parlant au nom de la majorité, a insisté particulièrement sur ce point ²⁰⁹ :

²⁰⁶ L.-P. PIGEON, *op. cit.*, note 155, p. 44. La règle de l'indivisibilité n'est certes pas absolue et la rigueur de son application est assurément liée à la volonté intime des juges dans chaque cas particulier ; néanmoins, on trouve un grand nombre d'arrêts où elle fut appliquée intégralement, par exemple, *Reference Re Alberta Statutes* ([1938] R.C.S. 100 ; [1938] 2 D.L.R. 81) et *Switzman v. Elbling*, ([1957] R.C.S. 285 ; 7 D.L.R. (2d) 337 ; 117 C.C.C. 129).

²⁰⁷ En cela, la situation chez nous est radicalement différente de celle résultant du *Bill of Rights* américain : ce dernier constitue, en effet, une limite au pouvoir législatif du Congrès et des Etats, et, pour ce motif, une loi qui y déroge est frappée de l'état d'*ultra vires*.

²⁰⁸ Voir *supra*, note 122.

²⁰⁹ [1970] 3 C.C.C. 355, 367. Les effets de l'inopérabilité étaient définis comme suit, en 1961, par le juge Ivan C. Rand, alors retraité : "There could be no question of *ultra vires* of parliamentary action in any former or subsequent legislation : the jurisdictional power enacting the Bill of Rights is precisely the same as that of any following enactment ; the power is one and entire and its subsequent exercise

It appears to me to be desirable to make it plain that these reasons for judgment are limited to a situation in which, under the laws of Canada, it is made an offense punishable at law on account of race, for a person to do something which all Canadians who are not members of that race may do with impunity; *in my opinion the same considerations do not by any means apply to all the provisions of the Indian Act* [les italiques sont de nous].

En définitive, bien que les effets résultant de l'inopérabilité d'une loi entrant en conflit avec la *Déclaration des droits* n'aient pas été envisagés encore dans toutes leurs implications, il nous semble que l'examen du texte même de la *Déclaration* et de l'arrêt *Drybones* conduisent, pour le moment du moins, à des conclusions satisfaisantes.

Chapitre IV

SYNTHÈSE.

Au cours des chapitres qui précèdent, nous avons tenté, par l'examen des décisions de la Cour suprême ayant touché jusqu'ici à la *Déclaration des droits*, de définir inductivement les modalités d'application et les propriétés de cette loi en contexte judiciaire.

À cette fin, nous avons d'abord soumis à un examen périphérique sommaire le texte renfermant la *Déclaration* et nous avons accordé un égard tout particulier à l'alinéa introductif de l'article 2 qui en constitue le mécanisme d'application concrète. Puis, nous avons analysé successivement les décisions rendues par la Cour suprême suivant un partage empirique ou factuel en deux groupes distincts : d'une part, celles où la *Déclaration des droits* fut invoquée relativement à des actes posés sous le régime de la législation fédérale, et, d'autre part, celles où elle a eu pour objet le contenu substantif même de cette législation. Une telle division nous a semblé correspondre à un groupement rationnel des décisions et favoriser de la sorte la poursuite du but visé. En regard de chaque groupe de décisions, nous

effecting abrogation or abridgment of freedoms would be unchallengeable. To prevent this, the device provided by section 2 is that of an interpretative direction: all law of Canada is now placed under a condition that it is not to be deemed to violate the freedoms conferred; the condition is in the form of an obligation placed on courts to be observed in their interpretation of the law against the background of the Bill of Rights. They are to construe all such law as not infringing the rights; if the interpretation finds by the language used an infringement in fact then to the extent of that infringement the language or fact of the law must be disregarded as if the offending provision were omitted in the enactment of the law" (*Except by Due Process of Law*, (1961) 2 *Osgoode Hall L. J.* 171, 172). Voir également E.A. DRIEDGER, *loc. cit.*, note 16, pp. 40 à 42.

avons alors cherché à dégager un mode typique d'application de la *Déclaration* et nous avons tenté d'en déterminer les conséquences ou les effets.

Pris ensemble, ces différents éléments forment une image, que nous avons voulue la plus fidèle et la plus définie possible, du comportement judiciaire actuel de la Cour suprême face à l'application de la *Déclaration des droits*. En vue de réaliser une certaine synthèse parmi ces éléments, nous allons maintenant chercher à établir une relation entre les deux objets distincts d'application de la *Déclaration des droits* ; puis, nous reviendrons ensuite sur son mode typique d'application.

Section 1

RELATION UNISSANT LES DEUX OBJETS DISTINCTS D'APPLICATION DE LA DÉCLARATION DES DROITS.

Pour les motifs que nous avons déjà indiqués et qui tiennent en substance à des exigences de système ou de méthode, les décisions de la Cour suprême étudiées précédemment l'ont été suivant une répartition en deux groupes, chacun se rapportant à un objet distinct d'application de la *Déclaration des droits* : d'une part, ce sont les actes posés sous le régime de la législation fédérale, et, d'autre part, c'est le contenu substantif même de cette législation. Les deux catégories nous sont maintenant bien familières.

Sans aucunement rejeter cette division, puisqu'elle conserve entièrement son mérite, nous voudrions maintenant en démontrer le caractère artificiel.

À chacun des objets distingués correspond, ainsi que nous l'avons vu, une approche particulière en vue de la mise en œuvre de la *Déclaration des droits*. Pourtant, en dernière analyse, constatons que les deux approches impliquent au fond le même raisonnement, mais opéré en sens inverse. D'abord, pour ce qui est de la première catégorie, on peut considérer que poser des actes en violation de la *Déclaration des droits* équivaut, pour toute personne agissant dans le cadre d'une loi du Canada, à déroger à la loi habilitante ou directrice, parce que celle-ci, aux termes de l'alinéa introductif de l'article 2, ne doit ni s'interpréter ni s'appliquer de manière à le permettre. Or, ce raisonnement réfère directement à la deuxième catégorie, soit le contenu substantif de la législation. Pour ce qui est de celle-ci, ensuite, on sait que la mise en jeu de l'alinéa introductif de l'article 2 peut s'accomplir de deux façons : soit qu'elle détermine une inflexion sur ce contenu substantif, la *Déclaration des droits* jouant ainsi le rôle d'une règle

d'interprétation, soit qu'à défaut de cette possibilité, en cas de conflit inévitable, elle entraîne la stérilisation ou l'inopérabilité de ce contenu. D'où que, si l'on interprète ou l'on applique une loi du Canada en transgression des droits et libertés reconnus par la *Déclaration*, il en résulte, dans l'action, l'accomplissement d'actes violant eux-mêmes la *Déclaration*, et nous voici ramenés à l'hypothèse précédente.

Considérons, à titre d'illustration, l'arrêt *Louie Yuet Sun v. La Reine*, dont il fut question au chapitre II ²¹⁰ à propos des actes posés sous le régime de la législation fédérale. Dans cette cause, l'appelante, une chinoise, contestait la validité d'un ordre de détention et de déportation qu'avait rendu contre elle un enquêteur spécial agissant en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Elle invoqua, à l'encontre de cet acte posé par l'agent des autorités canadiennes, le droit à l'application régulière de la loi (*due process of law*) reconnu par l'article 1 a) de la *Déclaration des droits*. Cette prétention, à notre avis, pouvait équivaloir à soutenir que l'enquêteur spécial avait agi de façon dérogatoire à la loi habilitante, soit la *Loi sur l'immigration*, qui, par le jeu de l'alinéa introductif de l'article 2 de la *Déclaration*, ne doit ni s'interpréter ni s'appliquer de manière à priver aucun individu au Canada du droit à l'application régulière de la loi. Posé de cette manière, le problème ressortit maintenant au deuxième objet d'application de la *Déclaration des droits*, soit le contenu substantif même de la législation.

Prenons un second exemple, l'arrêt *O'Connor v. La Reine*, étudié aussi au chapitre II ²¹¹. Posé dans ces termes, ce jugement difficile aurait peut-être gagné en clarté. L'appelant était sous arrêt pour conduite d'un véhicule à moteur avec capacité affaiblie. Les policiers prélevèrent des échantillons de son haleine en vertu de l'ancien article 224(3) du *Code criminel*. Le test, sous cette disposition, n'était pas obligatoire. Les policiers avaient, en outre, dénié à l'appelant le droit de communiquer avec son avocat. On s'est demandé, entre autres choses, si, par suite de la transgression par les policiers des droits reconnus aux articles 2 c) (i) et 2 c) (ii) de la *Déclaration des droits*, les échantillons d'haleine étaient admissibles en preuve et si, pour ces raisons, les différentes étapes de la procédure ayant mené à la condamnation de l'appelant avaient été viciées et annulées. Bien que le résultat eût été exactement le même, il valait mieux, nous semble-t-il, se demander si l'article 224(3) *C. cr.* pouvait s'interpréter et s'appliquer de manière à priver l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat. De toute évidence, cette question appelait une réponse négative, d'où que les échantillons d'haleine constituaient des preuves illégalement obtenues. Mais

²¹⁰ Voir *supra*, note 55.

²¹¹ Voir *supra*, note 73.

comme, suivant le *Common Law*, même ces preuves sont admissibles²¹², elles pouvaient être reçues. Quant aux étapes subséquentes de la procédure, et notamment le procès de l'appelant, celles-ci n'ont aucunement été affectées par le déni du droit invoqué, l'appelant ayant alors en toutes circonstances bénéficié de l'assistance de son avocat. Ainsi, il nous semble que la formulation du problème en fonction du contenu substantif de la loi habilitante, soit l'ancien article 224(3) du *Code criminel*, plutôt que des actes mêmes posés dans son application, conduise plus aisément à sa solution. Quoi qu'il en soit, cet exemple, aussi bien que le précédent, manifeste l'interchangeabilité des approches.

Voyons un autre exemple, une cause tirée cette fois du chapitre III, pour établir la démonstration en sens inverse : il s'agit de l'arrêt *Lowry et Lepper v. La Reine*²¹³. Dans cette affaire, les accusés avaient été acquittés au procès. Sur un appel de la Couronne, la Cour d'Appel du Manitoba trouva ceux-ci coupables et leur imposa une peine, suivant l'article 613(4)b(i) du *Code criminel*. Les intimés ne furent toutefois pas entendus sur la question de la sentence. La Cour suprême jugea que l'article 613(4)b(i), qui est muet à ce propos, devait être interprété de manière à ne pas priver les accusés du droit fondamental à une audition impartiale (*fair hearing*) de leur cause ; de l'avis du tribunal, ce droit est expressément reconnu par l'article 2 e) de la *Déclaration des droits* et il doit englober la faculté pour un accusé de soumettre des représentations sur la sentence. En conséquence, la Cour suprême annula la peine et remit la cause à la Cour d'Appel du Manitoba pour que les accusés y soient entendus sur cette question. La solution de cette affaire ressortit successivement aux deux approches que nous avons distinguées en vue de l'application de la *Déclaration des droits*. Dans un premier mouvement, la Cour suprême s'est interrogée sur le contenu substantif de la loi habilitant la Cour d'Appel à imposer une peine, soit l'article 613(4)b(i) *C. cr.* ; à cette fin, elle a utilisé la *Déclaration*, et particulièrement son article 2 e), en tant que règle d'interprétation ; c'est l'étape dominante du cheminement suivi. Puis, dans un second mouvement, la Cour suprême a conclu à la nullité de l'acte posé par la Cour d'Appel dans l'administration de l'article 613(4)b(i), soit l'imposition d'une peine, lui enjoignant d'entendre les accusés afin que sentence soit rendue en conformité de la disposition habilitante ; il est à bien noter qu'en l'espèce, l'ordre de la Cour suprême ne disposait pas au mérite du verdict de la Cour d'Appel, mais que plutôt il avait rapport exclusivement à la façon d'agir, au comportement judiciaire si l'on veut, de la Cour

²¹² Voir *supra*, note 75.

²¹³ Voir *supra*, note 127.

d'Appel du Manitoba dans l'administration de l'article 613(4)b)(i) *C. cr.* Les étapes distinctes que nous venons de souligner correspondent respectivement aux deux objets d'application de la *Déclaration des droits*.

L'arrêt *Drybones*, d'autre part, ne fait pas exception à la règle. La Cour suprême y a déclaré inopérant l'article 94 b) de la *Loi sur les Indiens* au motif que ce texte "can only be construed in such a manner that its application would operate so as to abrogate, abridge or infringe one of the rights declared and recognized by the Bill of Rights²¹⁴", nommément l'égalité devant la loi (article 1 b) de la *Déclaration*). De ce point de vue, c'est manifestement le contenu substantif d'une loi du Canada qui est visé. D'un autre côté, on doit considérer que le dispositif même de l'arrêt avait pour objets la déclaration de culpabilité et la condamnation de l'Indien *Drybones* prononcées en première instance : or, ce jugement était précisément un acte posé en vertu d'une loi du Canada, soit toujours l'article 94 b) de la *Loi sur les Indiens* ; le contenu substantif de ce texte devant céder à l'encontre de la *Déclaration des droits*, il devait entraîner dans sa chute l'acte posé sous son régime.

Évoquons enfin deux autres arrêts : *Hogan v. La Reine* et *R. v. Reale*. Pour ce qui est de chacun d'eux, nous avons précédemment considéré l'application de la *Déclaration des droits* tant par rapport aux actes posés sous le régime de la législation²¹⁵ qu'en fonction du contenu substantif de celle-ci²¹⁶. L'interchangeabilité des approches est donc particulièrement évidente dans ces arrêts.

Dans *Hogan*, la Cour suprême devait se prononcer sur la recevabilité en preuve du résultat de l'analyse chimique d'un échantillon d'haleine obtenu suivant les prescriptions de l'article 237(1)c) du *Code criminel* ; à l'encontre de cette preuve, l'appelant invoquait l'article 2 c) (ii) de la *Déclaration des droits* qui reconnaît le droit à l'assistance d'un avocat. La majorité des juges statua qu'en l'espèce il n'y avait pas eu transgression du droit à l'avocat ; l'application de la *Déclaration* se trouva ainsi écartée. Du côté des dissidents, le juge Laskin conclut au contraire que l'appelant avait été frustré de ce droit ; il estima alors que l'existence de cette illégalité en rapport avec la prise de l'échantillon d'haleine devait avoir pour conséquence l'irrecevabilité en preuve du résultat de l'analyse chimique. Le cheminement logique emprunté par le juge Laskin se rapporte de toute évidence aux actes suivants posés sous le régime d'une loi du Canada : la prise d'un échantillon

²¹⁴ Voir *supra*, pages 57 et 58.

²¹⁵ Voir *supra*, pages 28 et 30 pour *Hogan* et *Reale* respectivement.

²¹⁶ Voir *supra*, pages 50 et 47 respectivement.

d'haleine, la préparation d'une analyse chimique et son introduction en preuve en vertu de l'article 237(1)c) et f) *C. cr.* Pour sa part, le juge Spence, également dissident, fit référence comme suit au contenu substantif de ce texte :

... the appeal could also be allowed upon the basis that the word "demand" in s. 237(1) (c) and (f) of the *Criminal Code* must be interpreted to mean a lawful demand and that a demand which was made in open defiance of the provisions of the *Bill of Rights* could not be a lawful demand.

L'approche du juge Spence consiste essentiellement à définir le sens de l'article 237(1) *C. cr.* par application de la *Déclaration des droits* en tant que règle d'interprétation, en vue de déterminer les actes qu'autorise cette disposition.

Dans *Reale*, la question à résoudre était la suivante : une déclaration de culpabilité par suite d'une accusation de meurtre non qualifié doit-elle être maintenue ou annulée si, pendant l'adresse du juge aux jurés, l'accusé, qui ne pouvait comprendre la langue du procès, n'avait pu bénéficier de l'assistance d'un interprète, droit reconnu par l'article 2 g) de la *Déclaration*. La Cour suprême, dans cette affaire, approuva tout autant les motifs que le dispositif du jugement rendu précédemment par la Cour d'Appel de l'Ontario. Il y a donc lieu de porter notre examen vers cette décision où le problème a été envisagé successivement d'après l'approche correspondant aux actes posés sous le régime de la législation et celle relevant du contenu substantif de celle-ci. En effet, la Cour d'Appel conclut d'abord ²¹⁷ :

In our opinion, the right not to be deprived of the assistance of an interpreter when the circumstances require such assistance extends to every essential part of the proceedings and in the circumstances of this case there was an infringement of a fundamental right of the accused which is protected by the *Canadian Bill of Rights*.

Voilà pour la première approche. Ensuite, pour ce qui est de la seconde, le tribunal posa ²¹⁸ :

We are of the opinion that the accused, by reason of being deprived of the assistance of the interpreter during the trial Judge's charge, was not present for that part of the proceedings within the meaning of s. 577 of the *Criminal Code*.

L'arrêt *Reale*, où la question en litige fut ainsi résolue successivement suivant l'une et l'autre approche, manifeste donc tout particulièrement leur interchangeabilité.

²¹⁷ (1974), 13 C.C.C. (2d) 345, 349.

²¹⁸ *Ibid.*, 354.

Cette conclusion, qui ressort également des autres décisions analysées, tient à ce que chaque approche implique au fond le même raisonnement, mais opéré en sens inverse : toutes deux viennent ainsi à se confondre en dernière analyse.

Demeurent toutefois l'utilité et la nécessité d'établir une distinction entre les actes posés sous le régime de la législation et le contenu substantif de celle-ci en tant qu'objets d'application de la *Déclaration des droits*.

Rappelons d'abord que cette division reflète l'alternance de comportement qu'ont adopté plus ou moins consciemment la Cour suprême et les plaideurs en présence de la *Déclaration*²¹⁹ : en effet, pour des causes que nous avons tenté de dégager plus haut, ses premières applications judiciaires eurent pour objets, à une exception près, des actes posés sous le régime de la législation²²⁰ ; en revanche, après l'arrêt *Drybones*, l'intérêt s'est orienté surtout vers le contenu substantif même de celle-ci²²¹. Il s'agit là d'une réalité dont on ne peut ignorer l'existence.

Ensuite, soulignons une fois de plus que cette même division détermine un groupement rationnel des décisions et présente de ce fait une incontestable utilité en vue de l'étude systématique des modalités d'application et des propriétés de la *Déclaration des droits*.

Enfin, ce qui n'est pas le moindre argument en faveur de son maintien, le législateur lui-même nous paraît l'avoir entérinée dans une certaine mesure. Il y a, d'une part, à l'alinéa introductif de l'article 2 de la *Déclaration*, les mots « s'interpréter » et « s'appliquer »²²² qui, revenant deux fois chacun, évoquent, le premier, le contenu substantif de la législation, l'autre, les actes posés sous son régime²²³. D'autre part, la division se

²¹⁹ De plus, on peut maintenant distinguer avec clarté cette charnière, de façon purement interne, dans le récent arrêt *Procureur général du Canada v. Canard* (voir *supra*, note 15). Ainsi, le juge Beetz affirme-t-il (aux pages 20 et 21 dans le texte original du jugement de la Cour) : "The questions before us are whether the vesting in the Minister of certain parts of the administration of the *Indian Act*, of itself, creates some inequality incompatible with the *Canadian Bill of Rights* and whether, in this particular instance, the *Indian Act* has actually been administered in conformity with the principles of the *Canadian Bill of Rights*." Et, pour sa part, le juge Laskin déclare (à la page 2 de son opinion dans le jugement original) : "The only point for serious consideration in this appeal is whether any of the prescriptions of the *Canadian Bill of Rights* are offended by certain provisions of the *Indian Act* or by the administration of those provisions through regulations promulgated under the *Indian Act*."

²²⁰ Voir *supra*, pages 21 et 22.

²²¹ Voir *supra*, pages 42 et 43.

²²² « Toute loi du Canada... doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme... » [les italiques sont de nous].

²²³ Voir *supra*, note 50.

retrouve à l'article 6(5) de la *Loi sur les mesures de guerre*²²⁴ qui, destiné à soustraire cette loi de l'application de la *Déclaration des droits*, réfère d'abord aux actes ou choses posés sous son régime, puis aux arrêtés, décrets ou règlements qu'elle peut autoriser²²⁵.

Section 2

MODE TYPIQUE D'APPLICATION DE LA DÉCLARATION DES DROITS.

Précédemment, aux chapitres II et III, nous avons décrit ce que nous n'avons trouvé mieux que d'intituler un « mode typique d'application » de la *Déclaration des droits*, par rapport, respectivement, aux actes posés sous le régime de la législation²²⁶ et au contenu substantif de celle-ci ; dans ce dernier cas, c'était relativement à l'application de la *Déclaration* en tant que règle d'interprétation²²⁷, d'abord, et en tant qu'instrument propre à rendre inopérante une loi du Canada²²⁸, ensuite. Déjà, nous y avons expliqué assez abondamment la mise en œuvre de ce mode typique d'application. Pour éviter les redites, nous nous bornerons ici à rappeler ce qui suit : essentiellement, il s'agit de déterminer si, dans un cas donné, il y a suppression, diminution ou transgression soit de l'un ou l'autre des droits de l'homme et libertés fondamentales énoncés à l'article 1 de la *Déclaration des droits*, soit de l'une ou l'autre des protections ou garanties particularisées à l'article 2 ; ce qui revient strictement, du reste, à établir si la contestation ressortit ou non à l'alinéa introductif de l'article 2.

Toutefois, en vue de compléter notre appréciation du mode typique d'application de la *Déclaration des droits*, nous souhaitons apporter quelques observations additionnelles.

En premier lieu, on peut tenir pour acquis que les différents droits fondamentaux reconnus par la *Déclaration* ne représentent pas des valeurs abstraites ou absolues :

It is to be noted... that the *Bill of Rights* is not concerned with "human rights and fundamental freedoms" in any abstract sense, but rather

²²⁴ Voir *supra*, note 34.

²²⁵ « Un acte ou une chose accomplie ou autorisée, ou un arrêté, décret ou règlement établi, sous le régime de la présente loi, est censé ne pas constituer une suppression, une diminution ou une transgression d'une liberté ou d'un droit quelconque reconnu par la *Déclaration canadienne des droits*. »

²²⁶ Voir *supra*, pp. 22 et ss.

²²⁷ Voir *supra*, pp. 44 et ss.

²²⁸ Voir *supra*, pp. 60 et ss.

with such "rights and freedoms" as they existed in Canada immediately before the statute was enacted.

Cette proposition est du juge Ritchie, qui parlait au nom de la majorité des juges dans *Robertson et Rosetanni v. La Reine*²²⁹, et elle visait en l'espèce le droit à la liberté de religion que reconnaît la *Déclaration des droits* par son article 1 c). La Cour suprême a repris ce langage en quelques occasions par la suite et notamment dans *Procureur général du Canada v. Lavell*²³⁰, où le juge Ritchie fut aussi le porte-parole de la majorité ; il s'agissait cette fois du droit à l'égalité devant la loi (article 1 b) :

In my view the meaning to be given to the language employed in the Bill of Rights is the meaning which it bore in Canada at the time when the Bill was enacted, and it follows that the phrase "equality before the law" is to be construed in light of the law existing in Canada at that time.

Les différents droits que reconnaît la *Déclaration* ne sont donc pas des concepts abstraits : leur signification respective doit être appréciée dans le contexte juridique canadien prévalant lors de l'adoption de la *Déclaration* en 1960. Cette conclusion nous paraît très naturelle : comment présumer, en effet, que le législateur ait imputé aux mots et expressions dont il a fait usage un sens différent de celui qu'ils avaient à l'époque ? Du reste, dans le cas de la *Déclaration des droits* comme dans celui de toute autre loi, cela n'exclut absolument pas la possibilité, au fil du temps, d'une évolution ou d'une adaptation graduelles du sens de ces termes²³¹.

De plus, les droits fondamentaux reconnus par la *Déclaration* ne représentent pas des concepts absolus : certaines réserves, en effet, doivent être tenues comme en faisant intrinsèquement partie. Par exemple, la reconnaissance de la liberté de religion ne peut légitimer chez nous la pratique de sacrifices humains²³² ; la liberté de parole (article 1 d)) et la liberté de la presse (article 1 f)) ont pour limites la diffamation et le libelle ; l'égalité

²²⁹ [1964] 1 C.C.C. 1, 8.

²³⁰ (1973), 23 C.R.N.S. 197, 210 ; voir également *Curr v. La Reine*, (1972), 7 C.C.C. (2d) 181, 185 (le juge Ritchie, sur l'application régulière de la loi, i.e. le *due process of law*) ; et *R. v. Burnshine*, (1974), 25 C.R.N.S. 270, 279 (le juge Martland, sur l'égalité devant la loi).

²³¹ Certains ont estimé, en effet, que cette position impliquait le gel de la signification des termes utilisés dans la *Déclaration des droits* ; voir, par exemple, W.E. CONKLIN et G.A. FERGUSON, *The Burnshine Affair: Whatever Happened to Drybones and Equality before the Law?* (1974) 22 *Chitty's L. J.* 303, 305 et 306 ; il ne nous semble pas que c'en soit là une conséquence nécessaire et on ne peut trouver nulle part, parmi les décisions de la Cour suprême, semblable affirmation.

²³² B. LASKIN, *An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights*, (1959) 37 *R. du B. can.* 77, 80.

devant la loi ²³³ admet difficilement, de nos jours, l'attribution ou le retrait du droit de vote sur la base de la race, alors que l'âge constitue un critère admissible.

Deuxièmement, en vue d'apprécier plus complètement le mode typique d'application de la *Déclaration des droits*, il y a lieu de souligner le phénomène suivant : certaines situations peuvent occasionner un conflit interne, au sein même de la *Déclaration*, entre deux ou plusieurs droits reconnus. Il appartient au tribunal, dans ces circonstances, de réaliser le compromis le plus satisfaisant. Par exemple, en marge de la relation journalistique des procès et de l'outrage au tribunal, s'opposent la liberté de la presse (article 1 f)) et le droit pour une personne à une audition impartiale de sa cause (article 2 e) ²³⁴). Par rapport à l'avortement, d'un autre côté, on pourrait invoquer au bénéfice de l'abolition de cet acte criminel ²³⁵ le droit pour la mère à l'application régulière de la loi (*due process of law*) (article 1 a) ²³⁶), mais, à l'opposé, pour favoriser son maintien, le droit du fœtus à la vie et à la sécurité de sa personne (article 1 a), également ²³⁷). Par ailleurs, la dissidence du juge de Grandpré, dans *R. v. Reale* ²³⁸, offre un autre exemple de ce type d'antinomie : relativement à l'adresse du juge aux jurés, le savant juge a vu un conflit entre le droit de l'accusé à l'assistance d'un interprète (article 2 g)) et celui d'être jugé par un jury proprement instruit en droit ²³⁹.

Enfin, troisièmement, constatons que le mode typique d'application de la *Déclaration des droits* offre techniquement aux tribunaux une très grande latitude au plan de l'interventionnisme judiciaire ²⁴⁰ : en effet, par le biais de l'évaluation du contenu ou de l'étendue de chacun des droits que reconnaît la *Déclaration*, cette opération relevant en définitive de leur seule discrétion, ils ont pratiquement toute liberté pour lui donner effet ou non.

²³³ Pour une analyse du contenu possible de ce droit fondamental, voir J.C. SMITH, *Regina v. Drybones and Equality before the Law*, (1971) 49 *R. du B. can.* 163 ; et A.D. GOLD, *Equality before the Law*, (1973), 20 *C.R.N.S.* 280 : aux Etats-Unis, l'*equal protection of the laws* du Quatorzième Amendement à la Constitution est interprétée par les tribunaux comme permettant les distinctions fondées sur une intention législative légitime.

²³⁴ A. POPOVICI, *Liberté de presse et administration de la justice*, *National* (L'Association du Barreau canadien), août 1974, p. 11.

²³⁵ Article 251 *C. cr.*

²³⁶ Cette position présuppose évidemment l'attribution d'une valeur substantive, et non seulement procédurale, à l'application régulière de la loi, ce que la Cour suprême ne semble pas prête à accepter (voir *supra*, note 22) ; à propos de l'avortement, voir l'étude très intéressante de J.C. PICHER, *The Invalidity of Canada's Abortion Law — Section 251 of the Criminal Code*, (1974), 24 *C.R.N.S.* 1.

²³⁷ P.W. LANG, *What about Me ?* (1973) 4 *C.B.J. (N.S.)*, n° 1, 27.

²³⁸ Voir *supra*, notes 85 et 87.

²³⁹ Le juge de Grandpré estime en effet que « ce dernier droit est... reconnu expressément par les articles 2 (e) et 2 (f) de la *Déclaration des droits de l'homme* ».

²⁴⁰ Sur l'interventionnisme judiciaire (*judicial review*, par opp. à *judicial restraint*), on peut lire les articles mentionnés, *supra*, à la note 120.

C'est ainsi par une conception étroite du droit fondamental à la liberté de religion que la Cour suprême, en 1963, a refusé de porter atteinte à l'article 4 de la *Loi sur le dimanche*²⁴¹, évitant du même coup la nécessité de se prononcer sur le caractère de la *Déclaration des droits*. Le caractère fondamental de celle-ci a pu enfin être établi par l'arrêt *Drybones*²⁴², en 1969, grâce à une interprétation relativement large du droit à l'égalité devant la loi qui devait en déclencher l'application. Subséquemment, par contre, l'affaire *Lavell*²⁴³ a donné lieu à un certain recul : non que le caractère fondamental de la *Déclaration des droits* s'en trouve remis en question, ainsi que certains le propagent²⁴⁴, mais plutôt que le droit à l'égalité devant la loi en soit ressorti considérablement ravalé²⁴⁵. Ainsi, le caractère fondamental de la *Déclaration* étant acquis une fois pour toutes par suite de l'arrêt *Drybones*²⁴⁶, les juges conservent toutefois la faculté de régler pratiquement à volonté leur interventionnisme en assignant aux différents droits reconnus la portée qu'ils estiment souhaitable.

Dans cette optique, on peut noter de plus que les juges n'accordent pas une faveur égale à chacun de ces droits fondamentaux : ils ont tendance, en effet, à en privilégier quelques-uns alors qu'ils entretiennent d'évidentes réserves à l'endroit de certains autres. Par exemple, en Cour suprême, le droit à l'assistance d'un interprète (article 2 g)) a acquis d'emblée une reconnaissance non équivoque avec *Leiba v. Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*²⁴⁷ et *R. v. Reale*²⁴⁸ ; tout autrement, le droit de constituer un avocat sans délai (article 2 c) (ii)) n'y a obtenu grâce que de façon mitigée : on trouve certes *Brownridge v. La Reine*²⁴⁹ au côté positif, mais

²⁴¹ *Robertson et Rosetanni v. La Reine*, voir *supra*, note 117.

²⁴² Voir *supra*, pp. 56 et ss.

²⁴³ Voir *supra*, note 188.

²⁴⁴ Cette opinion est étonnamment répandue. Par exemple, elle a été formulée par le Très Honorable J.G. Diefenbaker, celui même à qui nous devons l'adoption de la *Déclaration des droits* : "I have read and reread the majority judgment of the court and can find no sufficient or sound reasons for the departure from the decision it made in the *Drybones* case" (*Diefenbaker on the Bill of Rights*, (1974) 22 *Chitty's L.J.* 68, 70). On peut pourtant lire dans *Lavell*, (1973), 23 C.R.N.S. 197, 216, le juge Ritchie parlant au nom de la majorité : "The fundamental distinction between the present case and that of *Drybones*... appears to me to be that the impugned section in the latter case could not be enforced without denying equality of treatment in the administration and enforcement of the law before the ordinary courts of the land to a racial group, whereas no such inequality of treatment between Indian men and women flows as a necessary result of the application of s. 12(1)(b) of the Indian Act."

²⁴⁵ Voir *infra*, note 255.

²⁴⁶ A moins, bien sûr, que la Cour suprême ne revienne expressément sur cette décision par dérogation à la règle du *stare decisis*.

²⁴⁷ Voir *supra*, page 30.

²⁴⁸ Voir *supra*, page 30.

²⁴⁹ Voir *supra*, page 46.

il y a par contre *O'Connor v. La Reine*²⁵⁰ et *Hogan v. La Reine*²⁵¹.

Il faut dès lors conclure, en dernière analyse, que la tâche principale des tribunaux en regard de l'application de la *Déclaration des droits* consiste à préciser ou épurer, de décision en décision et pratiquement mot à mot, le contenu ou la portée des différents droits de l'homme et libertés fondamentales qu'elle reconnaît expressément, cette opération se ramenant au fond à une recherche du compromis le plus acceptable entre des intérêts antagonistes, ceux de l'individu, d'une part, et ceux de la société, d'autre part²⁵² :

The delineation of the protected freedoms inevitably involves a balancing of interests, for the assertion of one person's freedom may mean the injury of another person or the public generally... Such appraising and balancing of interests will lie at the heart of the judicial function of giving effect to the Bill of Rights; it must be made on a case to case basis; and it is not foreign to the functions which courts traditionally have performed.

Notre expérience présente de l'application judiciaire de la *Déclaration des droits*, bien que de quinze années à peine, permet déjà de conclure à l'adoption très nette de cette approche par les tribunaux. Pour cette raison, l'avenir de celle-ci semble assuré, d'autant plus, du reste, qu'aux États-Unis, sous ce rapport purement technique ou formel, l'application des divers amendements du *Bill of Rights* a donné lieu à un type de comportement judiciaire tout à fait comparable²⁵³.

CONCLUSION

Il est remarquable, en 1975, que le sentiment général à propos de la *Déclaration des droits* en tant qu'instrument judiciaire soit marqué d'un net scepticisme. L'arrêt *Drybones*, il y a six ans, qui en fut la première application fructueuse au niveau de la Cour suprême et qui en demeure encore

²⁵⁰ Voir *supra*, page 26.

²⁵¹ Voir *supra*, page 28.

²⁵² P.W. BRUTON, *The Canadian Bill of Rights: Some American Observations*, (1961-62) 8 *McGill L. J.* 106, 119 et 120.

²⁵³ Voir D.B. FOWLER, *loc. cit.*, note 120, 730 : "The guarantees of the U.S. Bill of Rights have been elaborated only gradually, and their application to the states was rejected by the courts for more than 100 years. Only phrase-by-phrase, and still only partially, have the Fourteenth Amendment's guarantees of due process and equal protection been held to incorporate protection of the fundamental freedoms in the original Bill against restrictive state action. Under such a system of evolving protection of civil liberties, the scope of application of the Bill of Rights can never be settled, and the content of the rights protected remains uncertain."

à ce jour la plus retentissante ²⁵⁴, avait fait naître beaucoup d'espoirs, voire certaines illusions. Or, l'expectative la plus commune, et en tout cas les attentes les plus extravagantes, furent ordinairement déçues par les décisions subséquentes de la Cour suprême.

Le repli de cette dernière, probablement plus apparent que réel d'ailleurs, s'explique et se justifie par plusieurs causes. Ce sujet ayant été déjà étudié, directement et indirectement, nous rappellerons seulement celles qui nous semblent les plus compréhensives : d'abord, après *Drybones*, où les circonstances de la cause avaient donné lieu à une application maximale de la *Déclaration des droits*, la délimitation des propriétés de celle-ci, forcément, devait être pratiquée par amputation ou soustraction ²⁵⁵ ; ensuite, raison qui n'est pas sans affinité avec la précédente, il restait (ainsi qu'il reste encore, du reste) beaucoup à faire dans l'élaboration d'une formule d'articulation éprouvée et, en définitive, d'un mode d'application acceptable en vue de l'utilisation judiciaire de la *Déclaration des droits*.

Une autre raison nous paraît d'importance cardinale : dans la perspective de l'inopérabilité d'une loi du Canada, les principes constitutionnels traditionnels doivent prévaloir ²⁵⁶. Ainsi, il faut présumer que le contenu substantif de la loi est conforme à la *Déclaration des droits* ; puis les tribunaux ne doivent prononcer une déclaration d'inopérabilité qu'ultimement, une fois les moyens juridiques ordinaires épuisés, et alors ils sont tenus de rendre une décision dont la portée soit aussi restreinte que possible ; dans ces limites, toutefois, ils peuvent et doivent appliquer la *Déclaration des droits* dans toute sa rigueur.

La cause de l'Indien *Drybones*, nous l'avons vu, n'est pourtant pas la seule où la Cour suprême a donné effet à la *Déclaration des droits*. Postérieurement, en effet, les arrêts suivants démontrèrent indiscutablement la

²⁵⁴ Le caractère fondamental de la *Déclaration des droits* y ayant été consacré sans équivoque : comme nous l'avons vu, cette cause reste encore la seule où la Cour suprême a déclaré une loi du Canada inopérante comme venant en conflit avec la *Déclaration*.

²⁵⁵ Par ailleurs, en ce qui concerne l'affaire *Lavell* et le contenu du droit à l'égalité devant la loi, les propos suivants du juge Beetz, dans *Procureur général du Canada v. Canard* (voir *supra*, note 15, à la page 18 dans le texte original du jugement de la Cour) nous semblent particulièrement avisés : "... it is not easy so to legislate irrespective of race or sex when it is race which has to be defined and, assuming it were possible if one were to start afresh, it may be next to practically impossible so to do for an already existing group which has been sociologically and legislatively defined since before Confederation. The alternative would appear to have been the abolition of the present indian status or of any indian status"; et (à la page 19) : "The issue in *Lavell* is commonly taken to be that of discrimination by reason of sex and, admittedly, it was an essential part of it... But, through and above the question of sex and marriage, what was really at stake was the present indian status and some of its inseverable incidents." Voir *supra*, note 245.

²⁵⁶ Voir *supra*, pages 60 à 65, et particulièrement P. CAVALLUZZO, *loc. cit.*, note 200.

valeur de celle-ci sur le plan judiciaire, hormis ses propriétés nullifiantes : *Leiba v. Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*²⁵⁷ (l'application de la *Loi sur l'immigration* et le droit à l'assistance d'un interprète, article 2 g) de la *Déclaration*), *Lowry et Lepper v. La Reine*²⁵⁸ et *Doré v. Le Procureur général du Canada*²⁵⁹ (l'article 613(4)b)(i) du *Code criminel* et le droit pour un accusé-intimé d'être entendu par la cour d'appel avant l'imposition d'une sentence, articles 1 a) et 2 e) de la *Déclaration*), *Brownridge v. La Reine*²⁶⁰ (l'article 235(2) *C. cr.* : le déni du droit au secours d'un avocat constitue une « excuse raisonnable » au refus de fournir un échantillon d'haleine ; article 2 c) (ii) de la *Déclaration*) et *R. v. Reale*²⁶¹ (l'article 577 *C. cr.*, l'adresse du juge aux jurés et le droit à l'interprète, article 2 g) de la *Déclaration*).

En bref, au cours de l'après-Drybones, la Cour suprême a estimé devoir donner effet à la *Déclaration des droits* dans cinq décisions parmi les douze où elle a eu à se prononcer sur son application²⁶².

Ce bilan, qui est assez satisfaisant, à notre avis, oppose un démenti catégorique à l'appréciation d'incrédulité ou de pessimisme dont fait généralement l'objet la valeur judiciaire de la *Déclaration des droits*. Une telle performance est de nature seulement à détromper ceux qui s'illusionnaient sur le rôle et la mise en œuvre d'un pareil instrument : au début surtout, l'insertion effective d'une loi fondamentale dans un ensemble juridique requiert prudence et modération tant pour favoriser le développement progressif de son emprise que pour éviter les retombées qui accompagnent d'ordinaire les bouleversements trop subits.

Dans *Leiba*, *Lowry et Lepper*, *Doré*, *Brownridge* et *Reale*, aucune loi du Canada ne fut jugée inopérante ; plutôt, la *Déclaration des droits* y fut appliquée soit à des actes posés sous le régime de la législation, soit au contenu substantif même de celle-ci en tant que règle d'interprétation. Bien que ces formes d'application présentent des caractéristiques moins specta-

²⁵⁷ En date du 25 janvier 1972 ; voir *supra*, note 83.

²⁵⁸ En date du 30 mars 1972 ; voir *supra*, note 127.

²⁵⁹ En date du 12 février 1974 ; voir *supra*, notes 130 et 131.

²⁶⁰ En date du 29 juin 1972 ; voir *supra*, note 132.

²⁶¹ En date du premier octobre 1974 ; voir *supra*, notes 85 et 135.

²⁶² Tel était le compte au moment où nous terminions notre étude. Il faut, depuis lors, ajouter quatre décisions (voir *supra*, note 15), toutes négatives. Nous ne dissimulons pas notre déception en ce qui concerne l'arrêt *Procureur général du Canada v. Canard*. Cette affaire, néanmoins, a donné lieu à des lignes tout à fait remarquables : nous pensons particulièrement à l'opinion de l'honorable juge Beetz. Quant aux trois autres causes, nous estimons que c'est à bon droit que l'application de la *Déclaration des droits* y a été écartée (*Prata v. Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration* ; *Marcoux et Solomon v. La Reine* ; et *Morgentaler v. La Reine*).

culaires qu'une déclaration d'inopérabilité, il faut se garder d'en sous-estimer l'importance ; l'étude méthodique de chaque arrêt nous a permis d'évaluer celle-ci justement.

Au reste, on ne doit pas croire que la forme d'application la plus normale de la *Déclaration* soit celle qui tient à son aptitude, la plus radicale entre toutes, de rendre une loi inopérante : il s'agit là, rappelons-le, d'une solution d'exception représentant un recours ultime après épuisement de tous les autres moyens. L'arrêt *Drybones* est particulièrement clair sur ce point ²⁶³. De plus, cette propriété de la *Déclaration des droits* n'est pas une fin en elle-même : plutôt, elle a raison d'instrument pour la protection, en dernier ressort, des droits fondamentaux les plus chers au peuple canadien.

Cet objectif est assurément mieux servi, au plan préventif d'abord, lors de l'adoption même des textes législatifs : rappelons que le ministre de la Justice doit examiner tout projet de loi soumis à la Chambre des communes comme tout règlement transmis au greffier du Conseil privé pour enregistrement « en vue de rechercher si l'une quelconque de ses dispositions est incompatible avec les fins et dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* ²⁶⁴. Si ce procédé est consciencieusement mené, comme il semble l'avoir été jusqu'ici, on doit conclure, pour ce qui est des lois postérieures à 1960, que les circonstances justifiant une déclaration d'inopérabilité sont rarissimes. Quant aux lois antérieures, d'autre part, le législateur fédéral paraît désireux d'accomplir une révision assez systématique : deux exemples courants sont le Bill C-16 (*Loi de 1974 modifiant la législation (Statut de la femme)* ²⁶⁵) et le Bill C-20 (*Loi sur la citoyenneté* ²⁶⁶) ; de plus, il faut assurément noter l'institution de la Commission de réforme du droit du Canada ²⁶⁷ qui « a pour objets d'étudier et de revoir, d'une façon continue et systématique, les lois et autres règles de droit qui constituent le droit du Canada, en vue de faire des propositions pour les améliorer, moderniser et réformer ²⁶⁸ . . . »

²⁶³ Voir *supra*, pages 63 à 65.

²⁶⁴ Article 3 de la *Déclaration* ; voir *supra*, note 23.

²⁶⁵ La première lecture est du 8 octobre 1974.

²⁶⁶ La première lecture est du 10 octobre 1974.

²⁶⁷ *Loi sur la Commission de réforme du droit*, S.R.C. 1970, 1^{er} Suppl., c. 23.

²⁶⁸ *Loi sur la Commission de réforme du droit*, note précédente, a. 11.

BIBLIOGRAPHIE *

1. ARTICLES DE REVUES.

- ABEL, A.S., *The Bill of Rights in the United States: What Has It Accomplished?* (1959) 37 *R. du B. can.* 147.
- ARÈS, R., *La Déclaration canadienne des droits de l'homme*, (1958) 18 *Relations* 291.
- AUBURN, F.M., (1970) 86 *L.Q.R.* 306 (commentaire sur l'arrêt *R. v. Drybones*).
- BARBEAU, J., *The Practitioner's Tax Notes*, (1965) 8 *C.B.J.* 193.
- BARRON, J.A., *Sunday in North America*, (1965) 79 *Harv. L. R.* 42.
- BARTON, P.G., *The Power of the Crown to Proceed by Indictment or Summary Conviction*, (1971) 14 *Crim. L. Q.* 86.
- BECK, S.M., *Electronic Surveillance and the Administration of Criminal Justice*, (1968) 46 *R. du B. can.* 643.
- BEETZ, J., *Le Contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l'homme dans la constitution du Canada*, (1958) 18 *R. du B.* 361.
- BLACK, W.W., (1972) 7 *U.B.C. L. Rev.* 107 (commentaire sur l'arrêt *R. v. Appleby*).
- BOURNE, C.B., *The Canadian Bill of Rights and Administrative Tribunals*, (1959) 37 *R. du B. can.* 218.
- BOWKER, W.F., *Basic Rights and Freedoms: What are they?* (1959) 37 *R. du B. can.* 43.
- (1970) 8 *Alta. L. Rev.* 409 (commentaire sur l'arrêt *R. v. Drybones*).
- BOWLES, R.S., *Our Courts and Our Parliament View the Canadian Bill of Rights*, (1962) 1 *Man. L. S. J.* 55.
- *The Canadian Bill of Rights; Its Second Year of Testing*, (1962) *Can. B. Papers* 64.
- BRETT, P., *Reflections on the Canadian Bill of Rights*, (1969) 7 *Alta. L. Rev.* 294.
- BREWIN, A., *The Canadian Constitution and a Bill of Rights*, (1966) 31 *Sask. B. Rev.* 251.
- BRUN, H., *La Décision dans Lavell ou les bonds de la Cour suprême*, (1973) 14 *C. de D.* 541.
- BRUTON, P.W., *The Canadian Bill of Rights: Some American Observations*, (1961-62) 8 *McGill L. J.* 106.

* Pour un répertoire très élaboré d'ouvrages, thèses, articles, brochures, etc., sur les droits de l'homme, voir *Human Rights Research in Canada*, Ottawa, Department of the Secretary of State, 1970.

- CADIEUX, M., *Les Droits de l'homme au regard du droit international*, (1962) 22 *R. du B.* 18.
- CARDINAL, J.-G., (1961-62) 64 *R. du N.* 526 (commentaire sur l'arrêt *Guay v. Lafleur*).
- CARTER, A.N., (1959) 37 *R. du B. can.* 259 (lettre à l'éditeur).
- CASTEL, J.-G., *International Year for Human Rights, 1968*, (1968) 46 *R. du B. can.* 543.
- CAVALLUZZO, P., *Judicial Review and the Bill of Rights: Drybones and its Aftermath*, (1971) 9 *Osgoode Hall L. J.* 511.
- CHASSE, K.L., *Danger to the Public and Refusal to Bail*, (1969), 7 *C.R.N.S.* 282.
- CHEVRETTE, F., et MARX H., (1972) 32 *R. du B.* 64, 172, 303, 446 et 547, et (1973) 33 *R. du B.* 314 et 557 (chronique régulière sur les libertés publiques).
- CIONI, G.G., (1963) 3 *Alta. L. Rev.* 149 (commentaire sur *R. v. Gonzales*).
- COHEN, M., *Bill C-60 and International Law*, (1959) 37 *R. du B. can.* 228.
— *Human Rights: Programme or Catchall? A Canadian Rationale*, (1968) 46 *R. du B. can.* 554.
- COLAS, E., *Les Droits de l'Homme et la constitution canadienne*, (1958) 18 *R. du B.* 317.
- CONKLIN, W.E., *The Burnshine Affair: Whatever Happened to Drybones and Equality before the Law?* (1974) 22 *Chitty's L. J.* 303.
- DANSEREAU, L., *La Déclaration canadienne des droits*, (1961) 11 *Thémis* 57.
- DEHLER, D., *More about the Bill of Rights*, (1960) 3 *C.B.J.* 169.
- DELEURY, E., *Une Perspective nouvelle: le sujet reconnu comme objet du droit*, (1972) 13 *C. de D.* 529.
- DIEFENBAKER, J.G., *Diefenbaker on the Bill of Rights*, (1974) 22 *Chitty's L. J.* 68.
- DONNELLY, B., (1967) 5 *Osgoode Hall L. J.* 54 (commentaire sur l'arrêt *O'Connor v. La Reine*).
- DORION, N., *Les Droits de l'homme au sein de la Confédération*, (1961) 11 *Thémis* 26.
- DRIEDGER, E.A., *The Canadian Bill of Rights*, dans LANG, O.E. (éd.), *Contemporary Problems of Public Law in Canada, Essays in Honour of Dean F.C. Cronkite*, publié pour le College of Law, University of Saskatchewan, par University of Toronto Press, 1968, 31.
— *The Canadian Bill of Rights and the Lavell Case: A Possible Solution*, (1974) 6 *Ottawa L. Rev.* 620.
- ENTICKNAP, S.L., (1973) 37 *Sask. L. Rev.* 300 (commentaire sur l'arrêt *Brownridge v. La Reine*).
- FERGUSON, G.A., *The Burnshine Affair: Whatever Happened to Drybones and Equality before the Law?* (1974) 22 *Chitty's L. J.* 303.

- FOWLER, D.B., *The Canadian Bill of Rights — A Compromise between Parliamentary and Judicial Supremacy*, (1973) 21 *Am. J. Comp. Law* 712.
- GIBSON, D., *Constitutional Amendment and the Implied Bill of Rights*, (1966-67) 12 *McGill L. J.* 497.
- GODFREY, S.J., *Freedom of Religion and the Canadian Bill of Rights*, (1964) 22 *Fac. of L. Rev.* 60.
- GOLD, A.D., *Equality before the Law*, (1973), 20 *C.R.N.S.* 280.
- GORDON, D.M., *The Canadian Bill of Rights*, (1961) 4 *C.B.J.* 431.
- GRANT, J.A.C., *Judicial Review in Canada: Procedural Aspects*, (1964) 42 *R. du B. can.* 195.
- GREEN, L.C., *The Canadian Bill of Rights, Indian Rights, and the United Nations*, (1974) 22 *Chitty's L. J.* 22.
- GROSMAN, B.A., *The Right to Counsel in Canada*, (1967) 10 *C.B.J.* 189.
- HEINTZMAN, T.G., (1966) 4 *Osgoode Hall L. J.* 281 (commentaire sur l'arrêt *Violi v. Le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*).
- HOGG, P.W., (1974) 52 *R. du B. can.* 263 (commentaire sur l'arrêt *Procureur général du Canada v. Lavell*).
- HONSBERGER, J.D., *The Bill of Rights and Civil Liberties*, (1964) 13 *Chitty's L. J.* 51.
- HOW, W.G., *The Case for a Canadian Bill of Rights*, (1948) 26 *R. du B. can.* 759 ; voir aussi (1948) 26 *R. du B. can.* 1155.
- HUCKER, J., *Securing Human Rights in Canada*, (1969) 15 *McGill L. J.* 220.
- HURTUBISE, R., (1964-65) 67 *R. du N.* 466 (commentaire sur l'arrêt *Guay v. Lafleur*).
- JACKSON, R.M., *Comment*, (1961) *Public Law* 1.
- JODOUIN, A., *La Liberté de manifester*, (1970) 1 *R.G.D.* 9.
- KEYES, G.M., *Civil Liberties and the Canadian Constitution*, (1958-59) 1 *Osgoode Hall L. J.* 20.
- LANG, P.W., *What About Me?* (1973) 4 *C.B.J. (N.S.)*, no 1, 27.
- LANG, O.E., *Human Rights — Provincial Legislation — The Saskatchewan Bill of Rights*, (1959) 37 *R. du B. can.* 233.
- LASKIN, B., *An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights*, (1959) 37 *R. du B. can.* 77.
— *Canada's Bill of Rights: A Dilemma for the Courts?*, (1962) 11 *Int. and Comp. L. Q.* 519.
— *Freedom of Religion and the Lord's Day Act*, (1964) 42 *R. du B. can.* 147.
- LEDERMAN, W.R., *The Nature and Problems of a Bill of Rights*, (1959) 37 *R. du B. can.* 4.

- LEIGH, L.H., *Civil Liberties and the Canadian Constitution*, (1955-61) 1 *Alta. L. Rev.* 304.
- *The Indian Act, the Supremacy of Parliament, and the Equal Protection of the Laws*, (1970) 16 *McGill L. J.* 389.
- LYON, J.N., *Drybones and Stare Decisis*, (1971) 17 *McGill L. J.* 594.
- *Constitutional Validity of Sections 3 and 4 of the Public Order Regulations, 1970*, (1972) 18 *McGill L. J.* 136.
- LYSYK, K.M., *Constitutional Aspects of Sunday Observance Law: Lieberman v. The Queen*, (1964) 2 *U.B.C. L. Rev.* 59.
- *The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian*, (1967) 45 *R. du B. can.* 513.
- (1968) 46 *R. du B. can.* 141 (commentaire sur l'arrêt *R. v. Drybones*).
- *Human Rights and the Native Peoples of Canada*, (1968) 46 *R. du B. can.* 695.
- MACDONALD, J.A., *The Canadian Bill of Rights: Canadian Indians and the Courts*, (1968) 10 *Crim. L. Q.* 305.
- MACGUIGAN, M.R., *Civil Liberties in the Canadian Federation*, (1966) 16 *U.N.B. L. J.* 1.
- *Hate Control and Freedom of Assembly*, (1966) 31 *Sask. Bar. Rev.* 232.
- MACKINNON, G., (1969) 3 *Ottawa L. Rev.* 700 (commentaire sur l'arrêt *R. v. Martel*).
- MALONEY, A.E.M., *Law Enforcement and the Citizen's Liberty*, (1966) 9 *C.B.J.* 168.
- *The Bill of Rights — and the Courts*, (1966) 14 *Chitty's L. J.* 296.
- MANDEL, M., *The Presumption of Innocence and the Canadian Bill of Rights: Regina v. Appleby*, (1972) 10 *Osgoode Hall L. J.* 450.
- MARSHALL, J.J., *Denial of Counsel at Police Investigation*, (1965) 23 *U. of T., Fac. of L. Rev.* 117.
- MARTIN, G.A., *The Privilege against Self Incrimination Endangered*, (1962) 5 *C.B.J.* 6.
- MARX, H., *The Emergency Power and Civil Liberties in Canada*, (1970) 16 *McGill L. J.* 39.
- *La Déclaration canadienne des droits et l'affaire Drybones: Perspective nouvelle?* (1970) 5 *R.J.T.* 305.
- *The "Apprehended Insurrection" of October 1970 and the Judicial Function*, (1972) 7 *U.B.C. L. Rev.* 55.
- MARX, H., et CHEVRETTE, F., (1972) 32 *R. du B.* 64, 172, 303, 446 et 547, et (1973) 33 *R. du B.* 314 et 557 (chronique régulière sur les libertés publiques).
- MATEESCO, N., *Le Parlement du Canada a-t-il compétence pour voter une loi des droits de l'homme?* (1961) 11 *Thémis* 77.
- MCDONALD, B.C., *Securing Human Rights in Canada*, (1969) 15 *McGill L. J.* 220.
- MCLAUGHLIN, R.N., *The Attorney General of Canada v. Lavell and Equality before the Law*, (1973) 21 *Chitty's L. J.* 282.

- MCWHINNEY, E., *A Bill of Rights and Fundamental Law*, (1958) 5 *McGill L. J.* 36.
— *The Supreme Court and the Bill of Rights — The Lessons of Comparative Jurisprudence*, (1959) 37 *R. du B. can.* 16.
— *The New Canadian Bill of Rights*, (1961) 10 *Am. J. Comp. Law* 87.
— *A New Base for Civil Liberties*, (1965) 8 *C.B.J.* 28.
- MONTGOMERY, G., *Three Recent Decisions of the Supreme Court on the Control of Administrative Bodies by the Courts*, (1967) 13 *McGill L. J.* 208.
- MORIN, J.-Y., *Une Charte des droits de l'homme pour le Québec*, (1963) 9 *McGill L. J.* 273.
- MORTON, J.D., *Evidence and Civil Liberties*, (1961) 13 *U.N.B. L. J.* 7.
- MULDOON, F.C., *Constitutionally Entrenched Human Rights Charter*, (1969) 12 *C.B.J.* 13.
- MUNDELL, D.W., (1959) 37 *R. du B. can.* 247 (lettre à l'éditeur).
- PAULEY, R.A., *Some Aspects of the Canadian Bill of Rights: An American View*, (1966) 4 *Osgoode Hall L. J.* 36.
- PICHER, P.C., *The Invalidity of Canada's Abortion Law; Section 251 of the Criminal Code*, (1974), 24 *C.R.N.S.* 1.
- PIGEON, L.-P., *The Bill of Rights and the British North America Act*, (1959) 37 *R. du B. can.* 66.
- RAMEOURG, M., *Libertés publiques et ordre social; aspects conceptuels*, (1968-69) 5 *Justinien* 87.
- RAND, I.C., *Except by Due Process of Law*, (1961) 2 *Osgoode Hall L. J.* 171.
- RATUSHINY, E., *Is There a Right against Self-Incrimination in Canada?* (1973) 19 *McGill L. J.* 1.
— (1973), 23 *C.R.N.S.* 265 (commentaire sur l'arrêt *Procureur général du Canada v. Lavell*).
- RUSSELL, P.H., *A Democratic Approach to Civil Liberties*, (1969) 19 *U. of T. L. J.* 109.
- SAMSON, J.-K., *La Déclaration canadienne des droits: une interprétation nouvelle?* (1973) 14 *C. de D.* 354.
- SANDERS, D.E., *The Bill of Rights and Indian Status*, (1972) 7 *U.B.C. L. Rev.* 81.
— *The Indian Act and the Bill of Rights*, (1974) 6 *Ottawa L. Rev.* 397.
- SCHMEISER, D.A., *Indians, Eskimos and the Law*, (1968) 33 *Sask. L. Rev.* 19.
— *Entrenchment of a Bill of Rights*, (1968) 33 *Sask. L. Rev.* 247.
— *The Case against Entrenchment of a Canadian Bill of Rights*, (1973) 1 *Dalhousie L. J.* 15.
- SHUMIATCHER, M.C., *The Canadian Bill of Rights; Its First Year of Testing*, (1961) *Can. B. Papers* 107.
- SCOTT, C.F., *The War Measures Act, S. 6(5) and the Canadian Bill of Rights*, (1971) 13 *Crim. L. Q.* 342.

- SCOTT, F.R., *Dominion Jurisdiction Over Human Rights and Fundamental Freedoms*, (1949) 27 *R. du B. can.* 497.
- *Brief Presented to the Senate Committee on Human Rights and Fundamental Freedoms*, (1950) 10 *R. du B.* 325.
- *The Bill of Rights and Quebec Law*, (1959) 37 *R. du B. can.* 135.
- *Expanding Concepts of Human Rights*, (1960) 3 *C.B.J.* 199.
- SHEPPARD, C.A., *Droit à l'interprète*, (1964) 24 *R. du B.* 148.
- *Is Parliament Still Sovereign?* (1964) 7 *C.B.J.* 39.
- SILVERMAN, H.W., *Dry bones: Are they alive?* (1970), 10 *C.R.N.S.* 356.
- SINCLAIR, J.G., *The Queen v. Drybones: The Supreme Court of Canada and the Canadian Bill of Rights*, (1970) 8 *Osgoode Hall L. J.* 599.
- SMITH, G.A., (1972) 37 *Sask. L. Rev.* 117 (commentaire sur l'arrêt *R. v. Appleby*).
- SMITH, J.C., *Regina v. Drybones and Equality before the Law*, (1971) 49 *R. du B. can.* 163.
- SMITH, L., (1971) 6 *U.B.C. L. Rev.* 442 (commentaire sur la décision *R. v. Lavoie*).
- STRAYLER, B.L., *Constitutional Aspects of Nationalization of Industry*, (1964) 7 *C.B.J.* 226.
- TARNOPOLSKY, W.S., *The Entrenchment Question and the Canadian Bill of Rights*, (1966) 31 *Sask. Bar Rev.* 183.
- *The Effectiveness of Constitutional Guarantees and Other Governmental Declarations on Human Rights and Fundamental Freedoms*, (1967) *Coll. Int. Dr. Comp.* 117.
- *Entrenchment of a Bill of Rights*, (1968) 33 *Sask. L. Rev.* 247.
- *The Iron Hand in the Velvet Glove: Administration and Enforcement of Human Rights Legislation in Canada*, (1968) 46 *R. du B. can.* 565.
- *The Canadian Bill of Rights from Diefenbaker to Drybones*, (1971) 17 *McGill L. J.* 437.
- *Emergency Power and Civil Liberties*, (1972) 15 *Can. Pub. Admin.* 194.
- *The Canadian Bill of Rights and the Supreme Court Decisions in Lavell and Burnshine: A Retreat from Drybones to Dicey?* (1974) 7 *Ottawa L. Rev.* 1.
- TINNELLY, J.T., *The Lawyer and Civil Rights*, (1964) 10 *Cath. Lawyer* 5.
- TOLLEFSON, E.A., *The Canadian Bill of Rights and the Canadian Courts*, (1961) 26 *Sask. Bar Rev.* 106.
- TREMBLAY, G., *Les Libertés publiques en temps de crise*, (1972) 13 *C. de D.* 401.
- TRUDEAU, P.-E., *Economic Rights*, (1961) 8 *McGill L. J.* 121.
- *Constitutional Reform and Individual Freedoms*, (1969) 8 *Western Ont. L. Rev.* 1.
- TURI, G., *Réflexions sur la future déclaration des droits de l'homme au Canada*, (1958-59) 9 *Thémis* 161.
- TURNER, K., *The Role of Crown Counsel in Canadian Prosecutions*, (1962) 40 *R. du B. can.* 439.
- WELLING, B., *The Bill of Rights and Statutory Presumption of Non-Innocence*, (1973) 12 *Western Ont. L. Rev.* 229.

2. OUVRAGES ET MONOGRAPHIES.

- BOLTON, P.M., *Civil Rights in Canada*, Toronto, Self-Counsel Press, 1973.
- BROWNLIE, I., *Basic Documents on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1971.
- COX, A., *Civil Rights, the Constitution and the Courts*, Harvard University Press, 1967.
- CUMMINGS, P.A., et MICKENBERG, N.H., *Native Rights in Canada*, 1972.
- DAY, B., *Le Canada et les droits de l'homme*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1953.
- GOTLIEB, A., *Human Rights, Federalism and Minorities/Les Droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, Toronto, Canadian Institute of International Affairs, 1970.
- HAAS, E.B., *Human Rights and International Action*, 1970.
- HAWTHORN, H.B., *Étude sur les Indiens contemporains au Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966.
- KAUPER, P.G., *Civil Liberties and the Constitution*, É.-U., 1962.
- LACHANCE, L., *Le Droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1959.
- MOSKOWITZ, M., *The Politics and Dynamics of Human Rights*, N.J., Oceana, 1968.
- RAPHAEL, D.C., *Political Theory and the Rights of Man*, Toronto, Macmillan, 1967.
- ROBERTSON, A.H., *Human Rights in National and International Law*, Manchester, University Press, 1968.
- SAMPAT-MEHTA, R., *Minority Rights and Obligations*, Ottawa, Harpell's Press (publié sous le patronage du Canada Research Bureau), 1973.
- SCHMEISER, D.A., *Civil Liberties in Canada*, Oxford, Oxford University Press, 1964 (réimpr. 1965).
- SCOTT, F.R., *Civil Liberties and Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 1959 (réimpr. 1961).
- *The Canadian Constitution and Human Rights*, Toronto, Canadian Broadcasting Corporation, 1959.
- TARNOPOLSKY, W.S., *The Canadian Bill of Rights*, Toronto, Carswell, 1966.
- TORELLI, M. et BAUDOIN, R., *Les Droits de l'homme et les libertés publiques par les textes*, Presses de l'Université du Québec, 1972.
- WEILER, P., *In the Last Resort*, Toronto, Carswell/Methuen, 1974.

3. RAPPORTS GOUVERNEMENTAUX ET D'ORGANISMES.

- Charte canadienne des droits de l'homme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.
- Due process Safeguards And Canadian Criminal Justice ; A One Month Inquiry*, Toronto, Canadian Civil Liberties Education Trust, 1971.
- Human Rights Review*, Citizenship Branch, Department of the Secretary of State, Ottawa, 1968.
- Indian Life and Canadian Law ; A Report on the North*, Toronto, Canadian Civil Liberties Education Trust, 1974.
- La Constitution canadienne et le citoyen*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.
- Primauté du droit et des droits de l'homme ; principes et éléments fondamentaux*, Genève, Commission internationale de juristes, 1966.

JURISPRUDENCE *

1. CANADA.

Affaire (L') des Questions Soumises par le Gouverneur Général en Conseil Relatives à la Proclamation de l'Article 16 de la Loi de 1968-69 Modifiant le Droit Pénal, p. 48.

Alliance (L') de Professeurs catholiques de Montréal v. La Commission des relations ouvrières du Québec, n. 72.

A.-G. of B.C. v. McDonald, n. 48.

Batary v. Le Procureur général de la Saskatchewan, n. 117.

Beattie v. La Reine, pp. 28, 32, 34.

Brownridge v. La Reine, pp. 46, 78, 81 ; n. 175.

Calgary Power Co. Ltd. v. Copithorne, n. 72.

Chaput v. Romain, p. 37.

Curr v. La Reine, pp. 46, 62 ; n. 21, 22, 240.

Doré v. Le Procureur général du Canada, pp. 46, 81.

Duke v. La Reine, p. 62.

Guay v. Lafleur, p. 25, 32, 33, 34.

Henry Birks and Sons (Montréal) Limited v. La Cité de Montréal, n. 43, 166.

Hogan v. La Reine, pp. 28, 29, 32, 33, 49, 59, 72, 79 ; n. 75.

Howarth v. La Commission nationale des libérations conditionnelles, p. 25, ; n. 72.

In re McCaud, pp. 24, 25, 26, 32, 34.

Lamb v. Benoît, p. 37.

Leiba v. Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, pp. 30, 32, 35, 36, 78, 81.

Lieberman v. The Queen, n. 166.

Louie Yuet Sun v. La Reine, pp. 23, 32, 34, 70 ; n. 58.

Lowry et Lepper v. La Reine, pp. 45, 46, 71, 81 ; n. 22.

Magda v. La Reine, pp. 24, 34, 39.

O'Connor v. La Reine, pp. 26, 27, 28, 29, 32, 33, 35, 36, 70, 79.

Procureur général de la Province de Québec v. Bégin, n. 75.

Procureur général du Canada v. Lavell, pp. 16, 55, 62, 63, 64, 66, 76, 78 ; n. 21, 158, 162, 244.

* Les chiffres renvoient soit aux pages du texte, soit aux notes infrapaginales, selon qu'il est indiqué.

R. v. Appleby, p. 62.

R. v. Burnshine pp. 62, 64, 66 ; n. 21, 22, 30, 230.

R. v. Doyle, n. 75.

R. v. Drybones, pp. 9, 10, 21, 22, 29, 42, 43, 44, 45, 49, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 72, 74, 78, 79, 82 ; n. 158.

R. v. Gonzales, p. 51 ; n. 41.

R. v. Lunn, p. 45.

R. v. Peters, n. 150.

R. v. Reale, pp. 30, 31, 32, 35, 36, 47, 72, 73, 77, 78, 81.

R. v. Wray, n. 75.

Reference Re Alberta Statutes, nn. 43, 206.

Rebrin v. Bird et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, pp. 23, 32, 34.

Richards v. Côté, n. 150.

Robertson et Rosetanni v. La Reine, pp. 24, 42, 43, 51, 56, 61, 63, 76 ; nn. 53, 241.

Roncarelli v. Duplessis, p. 37.

Saumur v. La Cité de Québec, n. 43.

Smythe v. La Reine, p. 61.

Switzman v. Elbling, n. 43.

Thorson v. Le Procureur général du Canada et autres (No 2), p. 40.

2. ÉTATS-UNIS.

Barron v. Baltimore, n. 44.

Braunfield v. Brown, n. 166.

Escobedo v. Illinois, n. 75.

Gallagher v. Crown Kasher Supermarket of Massachusetts, n. 166.

Malloy v. Hogan, n. 75.

Mapp v. Ohio, n. 75.

McGowan v. Maryland, n. 166.

Two Guys from Harrison-Allentown Inc. v. McGinley, n. 166.

Weeks v. U.S., n. 75.

3. ROYAUME-UNI.

Kuruma, Son of Kaniu v. The Queen, n. 75.

Ridge v. Baldwin, n. 72.