

**LA JUSTIFICATION DES RESTRICTIONS AUX DROITS PROTÉGÉS PAR LA  
*CHARTÉ CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS***

Par Camille NORMAND

CIP : norc2702

Programme de droit général

Faculté de droit

Université de Sherbrooke

Travail présenté à

Pr. Nicolas PROULX

Dans le cadre du cours

Enjeux juridiques contemporains DRT586

Sherbrooke

19 juillet 2020

## Table de matières

<b>Introduction .....</b>	<b>3</b>
<b>I. Le contrôle de constitutionnalité : les modalités d'une « bonne justification ».....</b>	<b>5</b>
<b>A. La théorie du fondement rationnel et l'article premier de la <i>Charte</i> .....</b>	<b>6</b>
<b>B. Les éléments constitutifs d'un motif valable .....</b>	<b>9</b>
<b>II. La légitimité du contrôle judiciaire.....</b>	<b>11</b>
<b>A. Le dialogisme comme véhicule d'interprétation entre les juges, le législateur et les justiciables.....</b>	<b>12</b>
<b>B. La démocratie dans le discours judiciaire : l'expression « société libre et démocratique » décortiquée.....</b>	<b>15</b>
<b>Conclusion.....</b>	<b>18</b>
<b>Sources bibliographiques.....</b>	<b>19</b>

## Introduction

La *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> (la *Charte* ci-après), adoptée en 1982, représente la volonté du Canada de se réapproprier sa propre Constitution<sup>2</sup> et de légiférer conformément aux valeurs nationales. Elle a pour objectif de défendre et de faire respecter les libertés et droits fondamentaux.

D'une part, la *Charte* est un texte de loi essentiel à la démocratie canadienne. Elle sert de recours dans les cas où des droits et libertés sont violés sans motif raisonnable, supprimant par le fait même les décisions qui seraient arbitraires<sup>3</sup>, dans le respect du principe de primauté du droit. D'autre part, elle permet de renouer avec le principe de souveraineté parlementaire, étant donné que le gouvernement peut tout de même restreindre les droits et libertés dans certaines situations exceptionnelles, à condition de respecter des critères spécifiques.

C'est la Cour suprême du Canada (ci-après la Cour) qui se voit confier la responsabilité de déterminer l'étendue de l'incompatibilité au regard de la *Charte*. Le tribunal dispose de plusieurs méthodes et d'une certaine liberté procédurale pour tirer des conclusions et ultimement en venir à une décision quant à la constitutionnalité de l'acte. Notamment, il existe différentes doctrines d'interprétation auxquelles il peut choisir d'adhérer pour justifier sa prise de décision : l'interprétation large, l'interprétation atténuée, la dissociation, la suspension d'invalidité ou l'exemption constitutionnelle en sont des exemples<sup>4</sup>. En ce sens, plusieurs théories interprétatives sont aussi à la disposition du juge : l'une d'elle est la théorie du fondement rationnel, qui sera d'ailleurs traitée plus bas au cours de ce texte. Ce qu'on qualifie de contrôle de constitutionnalité revient donc à déterminer si une loi est constitutionnelle ou inconstitutionnelle en vertu de la *Charte*.

---

<sup>1</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

<sup>2</sup> Ministère de la justice, 2019, « Découvrez la Charte », <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-crf/apprend-learn.html> (consulté le 12 juillet 2020).

<sup>3</sup> Evan FOX-DECENT, "Democratizing Common Law Constitutionalism", (2010), vol. 55, *Revue de droit de McGill*, 511, p. 524 ; *Roncarelli c. Duplessis* [1959] 1 R.C.S 121.

<sup>4</sup> Gérald-A. BEAUDOIN, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », (2003), *Revue de droit de McGill*, 325.

Les fins de cette étude consistent à faire la lumière sur les cas où la Cour suprême peut restreindre les droits et libertés fondamentaux et, de la même façon, expliquer les conditions à une telle mesure. Ainsi, nous traiterons d'abord, à travers le système de contrôle constitutionnel, de ce qui articule une justification suffisante à une limitation des droits et libertés. Ensuite, nous aborderons la question de la légitimité du contrôle judiciaire.

## **I. Le contrôle de constitutionnalité : les modalités d'une « bonne justification »**

Le contrôle de constitutionnalité revient au pouvoir judiciaire, qui doit s'assurer du respect des dispositions de la Constitution par le gouvernement. Tel qu'édicté dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*<sup>5</sup>, c'est la Cour suprême du Canada qui se voit décerner le rôle « de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs<sup>6</sup>. » Cette section est donc dédiée à l'objectif de comprendre sur quoi s'appuient les tribunaux pour déterminer ce qui constitue une « bonne justification », d'abord en traitant de la théorie du fondement rationnel, puis en examinant les éléments constitutifs d'un motif valable.

---

<sup>5</sup> *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

<sup>6</sup> *Id.*

## A. La théorie du fondement rationnel et l'article premier de la *Charte*

La théorie du fondement rationnel est une théorie de la justification de l'ensemble des décisions politiques et actions gouvernementales dont la validité est subordonnée au contrôle judiciaire de constitutionnalité<sup>7</sup>. L'appellation de cette théorie ne renvoie toutefois pas au concept de « rationalité » tel qu'on l'entend dans d'autres domaines, comme la philosophie. La théorie du fondement rationnel n'exige pas de donner de « bonnes raisons » de contrevenir à la *Charte*, non plus de convaincre qu'il s'agisse d'une finalité désirable ou de la meilleure alternative. En fait, selon cette théorie, on convient de la constitutionnalité d'un acte politique dès lors que la justification de la restriction est suffisamment démontrée<sup>8</sup>. L'interprétation de l'article premier de la *Charte* souligne le caractère non absolu des droits et libertés, et explicite les motifs légitimes et justifiables de dérogation.

---

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

---

Conséquemment, le gouvernement est en droit de contrevenir aux droits et libertés quand la restriction suit une règle de droit, que l'objectif de celle-ci est important et justifiable dans une société libre et démocratique, et que la poursuite de cet objectif est raisonnable et mesurée<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Luc. B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel », (1999), vol. 44, *Revue de droit de McGill*, 38, p. 40.

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> Par ailleurs, conformément à l'art. 33 de la *Charte*, aussi appelé la clause de dérogation, les gouvernements fédéral ou provinciaux peuvent adopter des lois qui entrent en conflit avec les dispositions de la *Charte*, dès lors que cette contravention soit explicitement déclarée à même la loi. Voir à cet effet : Ministère de la justice, 2019, « Découvrez la Charte », préc., note 2.

À la lumière de cette disposition, la partie qui est soumise à un examen judiciaire de constitutionnalité et qui désire le maintien de la mesure mise en place doit faire la démonstration des motifs valables pour poursuivre l'édiction de la règle de droit. La justification revient en grande partie à montrer que la décision politique est appuyée d'un raisonnement rationnel et valable, toujours conformément à la théorie du fondement rationnel<sup>10</sup>.

Le processus de validation de la justification ne se résume toutefois pas à cela. En effet, les tribunaux doivent faire l'examen des motifs sur deux volets. Premièrement, il faut déterminer le caractère valable des raisons évoquées. Deuxièmement, le cas échéant, il faut vérifier que ces motifs soient réellement ceux à l'origine du fondement rationnel de l'auteur des mesures soumises au contrôle de constitutionnalité<sup>11</sup>. Autrement dit, il faut que les prétendues justifications soient véritablement celles ayant motivé le manquement aux droits et libertés, et non un prétexte pour des intentions détournées.

L'arrêt *Oakes*<sup>12</sup> énonce les quatre étapes formelles du processus de contrôle judiciaire. Le test consiste à vérifier :

1. que l'objectif soit suffisamment important, urgent et réel ;
2. que le moyen choisi permette ou contribue d'une certaine manière à atteindre l'objectif (soit en causant l'état de chose visé, soit en aidant ou en facilitant sa réalisation) ;
3. que ce moyen n'impose pas un coût ou un fardeau inutile ou déraisonnable sur les droits garantis, tenant compte de l'objectif à atteindre et des autres moyens à disposition ;

---

<sup>10</sup> Luc B. TREMBLAY, préc., note 7, p. 44.

<sup>11</sup> *Id.*, p.45

<sup>12</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

4. et que ce coût ou ce fardeau soit compensé par le bénéfice obtenu par la réalisation de l'objectif visé (la proportionnalité)<sup>13</sup>.

La rhétorique de ce test tend à simplifier le processus ainsi que la compréhension de l'article premier de la *Charte*. Il contribue également à « minimiser l'importance des préférences subjectives dans la pondération des intérêts, en présentant le résultat du contrôle judiciaire comme la conséquence de l'application d'un texte mécanique indépendant de la volonté du juge<sup>14</sup>. »

Ainsi, la théorie du fondement rationnel constitue, en quelque sorte, l'idéologie sur laquelle les juges se basent pour faire l'examen de la validité des motifs soulevés. Les prochaines lignes serviront à épilucher plus spécifiquement la substance des éléments constitutifs d'un motif valable.

---

<sup>13</sup> Voir : *Id.*, aux p. 138-40.

<sup>14</sup> Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », (2006), vol. 85, *La revue du Barreau canadien*, 221, p. 249.



## B. Les éléments constitutifs d'un motif valable

Toujours conformément à la théorie du fondement rationnel, une limitation des droits et libertés doit être motivée auprès de la Cour par un motif rationnellement fondé, un motif valable.

Éclairons d'abord brièvement en quoi consiste la notion de « bonne raison ». L'évocation de ce concept peut rapidement faire chavirer dans le moralisme juridique. En effet, lorsqu'il s'agit de questions philosophiques fondamentales, la tâche des tribunaux est accrue et ces derniers se font plutôt minimalistes. Quand ils sont confrontés à des questions d'ordre éthique plus difficiles, les juges ont tendance à employer des stratégies argumentatives d'évitement; ils préfèrent réduire la complexité du cas plutôt que de résoudre la question en profondeur, ce qui résulte en des résultats qui ne sont que partiellement théorisés<sup>15</sup>. C'est ce à quoi le test de *Oakes* renvoie justement : on vise la simplification du processus et une rhétorique transparente. Cette méthode est toutefois coûteuse, dans certains cas, du point de vue des questions sous-jacentes laissées irrésolues, étant donné le manque de rigueur dans l'analyse substantielle de ces revendications.

Pour être jugés comme étant valables, les arguments allégués doivent être basés sur des faits et servir de lignes directrices pour guider « le jugement même qui est à la base de la mesure gouvernementale ou législative<sup>16</sup>. » Autrement dit, la justification doit pouvoir servir de point de repère du comportement humain désiré à l'issue de l'application de la mesure nonobstant les droits et libertés individuels. C'est ce qu'on qualifie de raison directrice ou justificatrice. Ces raisons ne visent donc pas à expliquer le *pourquoi* d'un acte, mais plutôt le *par quoi* il a raison d'être, au contraire des raisons qu'on qualifie d'explicatives. Les motifs défendus, s'ils sont revêtus de raisons justificatrices, doivent cependant être indépendants des « simples états d'esprit de l'agent », comme les croyances, passions, peurs ou volitions<sup>17</sup>. Les justifications doivent ainsi pouvoir être considérées par un agent rationnel, qu'elles soient vérifiables et constituent des faits.

---

<sup>15</sup> Stéphane BERNATCHEZ, préc., note 14, p. 223.

<sup>16</sup> Luc B. TREMBLAY, préc., note 7, p. 48.

<sup>17</sup> *Id.* p. 51.

Dans le même ordre d'idées, il convient de dire qu'une règle de droit ne puisse jamais être édictée sans raison explicative, mais qu'elle puisse l'être sans raison justificatrice. Un acteur législatif pourrait ainsi démontrer les causes sociales, psychologiques, historiques, politiques et institutionnelles expliquant un acte, sans toutefois pouvoir soulever une raison valable justifiant son adoption<sup>18</sup>. Conséquemment, pour mener à une conclusion de fondement rationnel, le motif doit justifier *ce pour quoi* la mesure a été adoptée de prime abord.

Après avoir examiné une question de constitutionnalité à travers la lunette du fondement rationnel, en ayant pris soin de décortiquer les composantes d'un motif valable, comment la Cour arrive-t-elle à légitimer sa décision ? Ou encore, où puise-t-elle cette justification de légitimité ? En effet, une décision trop impopulaire ou trop injuste n'aura vraisemblablement pas de succès dans sa mise en œuvre. C'est ce à quoi la prochaine section répondra, en discutant des échanges entre les tribunaux, le législatif et les justiciables, ainsi que la notion de démocratie dans la sphère judiciaire.

---

<sup>18</sup> *Id.*, p. 50.

## II. La légitimité du contrôle judiciaire

Si les juges se voient dédier le pouvoir de décider du caractère constitutionnel ou inconstitutionnel d'un acte législatif, leur décision nécessite toutefois d'être promue par une certaine légitimité. Effectivement, l'objectif est que la justification qui appuie la législation soit acceptée comme étant « la bonne » du point de vue de tous ceux qui doivent s'y soumettre<sup>19</sup>. Il faut idéalement promouvoir les meilleurs moyens de garantir un commun accord, que ce soit le compromis ou l'accommodement. Cette section traitera donc des différents débats qui concernent la légitimité du contrôle judiciaire, en passant par la façon dont les différents acteurs échangent entre eux et influencent l'interprétation constitutionnelle, jusqu'à traiter de la légitimité démocratique du contrôle de constitutionnalité.

---

<sup>19</sup> Luc B. TREMBLAY, « La justification de la législation comme jugement pratique », (2001), vol. 47, *Revue de droit de McGill*, 59, p. 93.

## A. Le dialogisme comme véhicule d'interprétation entre les juges, le législateur et les justiciables

Le dialogisme se base sur l'idée que l'interprétation de la Constitution lie tant les assemblées législatives que les tribunaux<sup>20</sup>. Cette théorie entrelace ces deux parties, quoique, dans la doctrine, on ne s'entende pas nécessairement sur la définition ni sur la portée de cet échange, ni même sur sa légitimité. Aux fins du présent texte, nous traiterons d'abord du point de vue donné par les auteurs Peter Hogg et Allison Bushell<sup>21</sup>, qui argumentent que le contrôle judiciaire n'est pas illégitime, et ensuite, de la définition donnée par la Cour.

Selon Hogg et Bushell, la majorité du temps, les assemblées législatives jouissent d'une marge de manœuvre suffisante « pour adopter de nouvelles lois poursuivant des objectifs analogues à ceux que visaient les lois invalidées.<sup>22</sup> » Les tribunaux, qui se fient sur le critère de la norme minimale, ne dictent pas les solutions ; ils échangent plutôt avec les assemblées législatives, ce qui rend public le débat sur les valeurs fondamentales garanties par la *Charte*. Ledit dialogue est par ailleurs rendu possible par certaines dispositions de la *Charte*. En effet, les articles premier et 33 de la *Charte*, ainsi que les exceptions et limites édictées aux articles 7, 8, 9, 12 et 15, permettent aux assemblées législatives de rectifier et adapter leurs mesures en réaction aux déclarations d'invalidité des tribunaux<sup>23</sup>.

Afin d'illustrer efficacement la conception du dialogisme de Hogg et Bushell, nous utiliserons un exemple. Dans l'affaire *Ford c. Québec*<sup>24</sup>, la Cour suprême décide que « l'affichage commercial unilingue français prescrit par les dispositions de la *Charte de la langue française*<sup>25</sup> contrev[ient] à la liberté d'expression<sup>26</sup> ». Par la suite, l'Assemblée

---

<sup>20</sup> Jean LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », (2003), *Revue du Barreau / Numéro spécial*, 377, p. 381.

<sup>21</sup> Voir P.W. HOGG et A.A. BUSHHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 Osgoode Hall L.J. 75. Leur point de vue est développé dans P.W. HOGG et A.A. THORNTON, «Reply to "Six Degrees of Dialogue"», (1999) 37 Osgoode Hall L.J. 529.

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> *Id.*

<sup>24</sup> *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712. L'obiter dictum de la décision vient remplacer la règle de l'unilinguisme français dans l'affichage par un bilinguisme où l'indication en français apparaît en caractères deux fois plus gros. La loi demeure opérante.

<sup>25</sup> *Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11, art. 58, 69, 214.

<sup>26</sup> Luc B. TREMBLAY, préc., note 7, p. 385.

Nationale du Québec applique la clause dérogatoire, rendant donc exécutoire l'interdiction d'afficher en anglais malgré les recommandations de la Cour. À la fin du délai de prescription de la clause dérogatoire<sup>27</sup>, cependant, le législateur québécois ne renouvèle pas la mesure dérogatoire et s'oriente plutôt vers des mesures assouplies. Il modifie la loi de façon à permettre l'usage d'une autre langue dans l'affichage commercial, à condition que le français soit présent et prédominant<sup>28</sup>. Cette adaptation pourrait d'ailleurs convenir aux exigences du test de *Oakes*<sup>29</sup>. Ce qui posait un problème, en vertu de l'article premier de la *Charte*, c'était l'interdiction totale de l'affichage en anglais, malgré les intentions de protection identitaire légitimes de la province. En somme, la loi portait atteinte à la liberté d'expression protégée par la *Charte*. La justification se résumait en la protection de l'identité singulière et vulnérable québécoise. Malgré ce motif, la Cour a déterminé que le critère de l'atteinte minimal n'était pas respecté. Cela étant dit, le pouvoir législatif disposait de la latitude nécessaire pour légiférer autrement tout en poursuivant les mêmes objectifs.

La définition du dialogisme donnée par la Cour suprême s'appuie sur celle donnée par les auteurs Hogg et Bushell, quoiqu'elle soit plus ambitieuse. Si la description de ces derniers servait plutôt à des fins descriptives, celle de la Cour établit une théorie des rapports « entre les institutions législative et judiciaire en matière d'interprétation constitutionnelle<sup>30</sup>. » Effectivement, bien que le respect de la Constitution relève de la responsabilité des tribunaux, ces derniers se doivent tout de même de respecter les fonctions des pouvoirs législatif et exécutif<sup>31</sup>. Un certain respect mutuel est donc exigible et souhaitable, puisque s'imposent des redditions de compte des divers organes les uns envers les autres<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 1, art. 33(3).

<sup>28</sup> *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1993, c. 40, art. 18.

<sup>29</sup> Jean LECLAIR, préc., note 20, p. 780.

<sup>30</sup> Luc B. TREMBLAY, préc., note 7, p. 393

<sup>31</sup> *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136.

<sup>32</sup> Luc B. TREMBLAY, préc., note 7, p. 394

Le législateur est soumis, à travers les exigences des tribunaux, à une obligation de dialoguer avec les justiciables<sup>33</sup>. La Cour souligne que le rôle principal des institutions gouvernementales est de « servir les citoyens en assurant, autant que possible, leur participation *directe* à la gouvernance<sup>34</sup>. » La participation des justiciables est d'autant plus pertinente en ce qui a trait à l'évolution du droit. La légalisation du cannabis au Canada en illustre un bon exemple<sup>35</sup>. Effectivement, le changement des mœurs sociales sur cette question et les protestations véhiculées à travers les médias ont conduit le législateur à revoir sa position. La société agit alors comme acteur du droit, dont la voix, quoiqu'elle n'ait pas de force exécutoire, a un poids dans les décisions.

Finalement, soulignons que la métaphore du dialogisme justifie autant l'activisme judiciaire que l'inverse ; son intérêt est plutôt rhétorique que substantiel. Il s'agit essentiellement d'un véhicule des communications entre les différents acteurs du droit, sans constituer un argument en soi. Ces échanges contribuent à renforcer le phénomène de politisation du judiciaire, et conséquemment, à renforcer l'aspect démocratique des décisions juridiques. La prochaine section abordera donc l'argument démocratique dans le discours judiciaire.

---

<sup>33</sup> Jean LECLAIR, préc., note 20, p. 417

<sup>34</sup> *Id.*, p. 420.

<sup>35</sup> *Loi encadrant le cannabis*, L.C. 2018, c. 16.

## **B. La démocratie dans le discours judiciaire : l'expression « société libre et démocratique » décortiquée**

La *Charte* a effectivement une influence sur la démocratie dans le discours judiciaire, d'abord par l'interprétation des juges de l'expression « société libre et démocratique » de l'article premier, puis, à travers la réponse donnée par les tribunaux concernant les revendications d'égalité par les groupes minoritaires de l'article 15<sup>36</sup>.

L'interprétation de l'expression « société libre et démocratique » par les tribunaux en vertu de l'article premier remonte à l'époque pré-Charte. La démocratie est alors caractérisée par l'omniprésence de la suprématie parlementaire. Deux conceptions divisent les juges de la Cour suprême. La première explique les fondements démocratiques par son lien avec la liberté d'expression<sup>37</sup>. La liberté d'expression n'est cependant pas absolue, et peut être sujette à débat et à restriction. Selon la deuxième conception, le maintien de la démocratie réside surtout dans la qualité des institutions, de leur fonctionnement et de leurs rapports entre eux<sup>38</sup>.

Une nouvelle définition de démocratie naît en réponse de l'entrée en vigueur de l'article 15 de la *Charte* en 1985 et pour donner suite à l'arrêt *Oakes*. Si on conserve une vision libérale pour le surplus, on ouvre cependant « la porte à un pluralisme communautaire abritant une société multiculturelle et une démocratie pluraliste<sup>39</sup> ». La Cour préfère dès lors restreindre les libertés individuelles en faveur de la protection des groupes défavorisés. L'expression « société libre et démocratique » de cette époque déconstruit progressivement les frontières entre les classes sociales et a pour effet de centraliser les préoccupations à l'égard des minorités et des plus faibles<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Andrée LAJOIE, « La *Charte canadienne des droits et libertés* et la démocratie dans la mire du pouvoir judiciaire », (2003), *Revue du Barreau / Numéro spécial*, 361, p. 365.

<sup>37</sup> Cette interprétation est celle des juges Dickson, Estey, L'Heureux-Dubé, Lamer et La Forest. Voir à cet effet : *Id.*, p. 365-366.

<sup>38</sup> Cette interprétation est celle des juges Beetz, Le Dain et McIntyre. Voir à cet effet : *Id.*, p. 366.

<sup>39</sup> *Id.*, p.371.

<sup>40</sup> Voir à cet effet : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Canadian Newspaper Co. c. Canada (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)* [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870.

Dès l'aube des années 1990, la Cour sévit davantage sur l'interprétation de l'expression « société libre et démocratique » et, par le fait même, réduit la portée de la *Charte*<sup>41</sup>. Les restrictions aux droits et libertés sont alors justifiées par la rareté des ressources, le respect pur et simple de la discrétion gouvernementale (la souveraineté du Parlement, mais aussi la discrétion des gouvernements étrangers) et la protection de la société contre les dangers, tant par rapport à l'intégrité individuelle que vis-à-vis les institutions<sup>42</sup>. On revient donc à une conception plus individuelle de la démocratie, où les préoccupations tournent autour de la protection du citoyen. Le pouvoir judiciaire se déresponsabilise le plus possible de l'interprétation de la *Charte* et préfère respecter et faire confiance aux décisions législatives des assemblées. Il s'agit presque d'un retour à la suprématie parlementaire « qui caractérisait [la] démocratie constitutionnelle pré-Charte<sup>43</sup>. »

Observons maintenant comment ces interprétations se transposent, aujourd'hui, sur les réponses des tribunaux sur les questions de droits et libertés, et plus particulièrement auprès des groupes minoritaires. Les femmes sont les seules à avoir « invoqué expressément la démocratie comme valeur au soutien de leurs revendications<sup>44</sup>. » Cet argument est soulevé en appui à la liberté politique, aussi qualifié d'*empowerement*, en réponse à la marginalisation et l'exclusion historique dont les répercussions sur les femmes sont toujours d'actualité. Comment répond la Cour à ces demandes d'égalité réclamées en vertu de la démocratie ? En vérité, elle ne l'aborde que dans l'affaire *Butler*<sup>45</sup>, où on tranche pour une interprétation de la démocratie aux saveurs de la suprématie parlementaire. Même la juge L'Heureux-Dubé, qui rattache le concept de démocratie à la liberté d'expression, n'applique pas son raisonnement dans la décision *Association des femmes autochtones*<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Andrée LAJOIE, préc., note 35, p. 372.

<sup>42</sup> *Id.*, p. 372.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 373.

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

<sup>46</sup> *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627. Dans cette affaire, le gouvernement fédéral finançait quatre associations autochtones nationales à prédominance masculine, lesquelles étaient invités à prendre part à des discussions de constitutionnalité. L'Association des femmes autochtones fédérale n'avait pas accès à un tel financement et d'un droit de participation ainsi que de représentation équivalent. La juge l'Heureux-Dubé conclut qu'il n'y a pas atteinte à la liberté d'expression car la passivité du gouvernement ne constitue pas un empêchement *total* de participer aux discussions gouvernementales.



## Conclusion

En somme, le contrôle de constitutionnalité représente un pouvoir d'importance capitale dans la détermination sociale des valeurs communes ainsi que le respect des droits et libertés individuels. La *Charte* a évidemment une forte autorité dans la législation canadienne, mais les droits qu'elle protège ne sont pas absolus. Alors que les juges de la Cour suprême sont responsables de rendre les dispositions de la *Charte* exécutoires, ils peuvent tout de même rendre légales certaines restrictions à ces droits.

Nous avons d'abord abordé les modalités de la bonne justification, en donnant un exemple du fondement de la réflexion, la théorie du fondement rationnel, ainsi que les caractéristiques recherchées pour un motif valable. Ensuite, nous avons étudié la légitimité du contrôle judiciaire, à travers le dialogisme institutionnel et la notion de démocratie au sein du système judiciaire.

Le contrôle de constitutionnalité est donc une formule juridique très large, qui suggère plusieurs théories et méthodes pour mener à une décision en faveur ou en défaveur de la compatibilité constitutionnelle. Or, les théories et concepts soulevés dans le cadre de cette recherche doivent être considérés avec une certaine réserve, étant donné que la plupart sont sujets à débat dans la sphère juridique, entre autres la légitimité du contrôle judiciaire ou le recours à l'argument démocratique dans les questions en lien avec l'article 15 de la *Charte*, ou même du point de vue philosophique. À titre d'exemple, si nous avons ici explicité une conception plutôt procédurale et communicationnelle, il existe également, à l'inverse, une école de pensée de conception morale du contrôle constitutionnel, qui poursuit un débat plus ambitieux quant aux grandes questions éthiques et théoriques<sup>49</sup>.

Dans tous les cas, on peut remettre en cause la rhétorique du test de *Oakes*, qui prétend objectiver et mécaniser la décision à rendre en matière de droits et libertés. En fait, ce sont les juges qui se voient attribuer la responsabilité – mais surtout le pouvoir – de déterminer la portée de la protection de la *Charte*. La subjectivité des décisions semble inévitable, ne serait-ce que pour répondre aux volontés démocratique et politique. La ligne entre l'interprétation du droit et la capacité de création du droit par les juges apparaît ici très, très mince.

---

<sup>49</sup> Stéphane BERNATCHEZ, préc., note 14, p. 223.

## Sources bibliographiques

### Table de la législation

#### *Textes constitutionnels*

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

#### *Textes fédéraux*

*Loi encadrant le cannabis*, L.C. 2018, c. 16

#### *Textes québécois*

*Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11, art. 58, 69, 214  
*Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1993, c. 40

### Table de la jurisprudence

#### *Jurisprudence canadienne*

*Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627

*Canadian Newspaper Co. c. Canada (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 122

*Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712

*Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)* [1989] 1 R.C.S. 927

*R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870

*R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452

*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713

*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697

*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103

*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721

*Roncarelli c. Duplessis* [1959] 1 R.C.S 121

*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038

*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S

## BIBLIOGRAPHIE

### *Articles de revue et études d'ouvrages collectifs*

Andrée LAJOIE, « La *Charte canadienne des droits et libertés* et la démocratie dans la mire du pouvoir judiciaire », (2003), *Revue du Barreau / Numéro spécial*, 361

Evan FOX-DECENT, “Democratizing Common Law Constitutionalism”, (2010), vol. 55, *Revue de droit de McGill*, 511

Gérald-A. BEAUDOIN, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », (2003), *Revue de droit de McGill*, 325.

Jean LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », (2003), *Revue du Barreau / Numéro spécial*, 377

Luc B. TREMBLAY, « La justification de la législation comme jugement pratique », (2001), vol. 47, *Revue de droit de McGill*, 59

Luc. B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel », (1999), vol. 44, *Revue de droit de McGill*, 38

P.W. HOGG et A.A. THORNTON, «Reply to “Six Degrees of Dialogue”», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 529

P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn’t Such a Bad Thing After All)», (1997), vol. 35 *Osgoode Hall L.J.* 75

Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », (2006), vol. 85, *La revue du Barreau canadien*, 221

### **Autres**

Ministère de la justice, 2019, « Découvrez la Charte », <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/apprend-learn.html> (consulté le 12 juillet 2020)