

# LES TRIBUNAUX ET LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE AU CANADA

Pierre Blache

Volume 12, Number 2, 1981

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059403ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059403ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Blache, P. (1981). LES TRIBUNAUX ET LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE AU CANADA. *Revue générale de droit*, 12(2), 311–322.  
<https://doi.org/10.7202/1059403ar>

Article abstract

Nous cherchons ici à identifier et à évaluer les rôles successivement assignés aux tribunaux judiciaires au Canada en ce qui a trait aux droits fondamentaux, et à rappeler leur performance. Nous tentons aussi, à la lumière de cette esquisse, de juger les propositions récentes visant à leur confier une responsabilité accrue dans la protection des droits de la personne.

Dans un premier temps nous rappelons que la société canadienne, qui réservait aux tribunaux judiciaires un rôle mineur dans la protection des droits de la personne, a choisi de leur confier un rôle clé en ce domaine au cours des dernières décennies. Ainsi les a-t-on obligés à ne pas donner effet aux lois contraires aux droits de la personne, et a-t-on opté pour un idéal d'égalité juridique à la réalisation duquel ils sont appelés à contribuer de façon déterminante.

À cet appel non équivoque nos tribunaux ont pourtant opposé une résistance marquée qui a abouti à une interprétation restrictive des droits fondamentaux. Celle-ci confine parfois presque à une fin de non recevoir.

Peut-on ignorer cette histoire lorsque vient l'heure de juger le projet de constitutionnaliser les droits de la personne ? Nous ne le croyons pas. Ne nous invite-t-elle pas à conclure que cette évolution proposée est le passage requis pour l'émergence des Tribunaux judiciaires hors de la pusillanimité, vers un contrôle judiciaire raisonnable des parlements au nom des valeurs premières de la société.

# LES TRIBUNAUX ET LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE AU CANADA

par Pierre BLACHE\*

## RÉSUMÉ

*Nous cherchons ici à identifier et à évaluer les rôles successivement assignés aux tribunaux judiciaires au Canada en ce qui a trait aux droits fondamentaux, et à rappeler leur performance. Nous tentons aussi, à la lumière de cette esquisse, de juger les propositions récentes visant à leur confier une responsabilité accrue dans la protection des droits de la personne.*

*Dans un premier temps nous rappelons que la société canadienne, qui réservait aux tribunaux judiciaires un rôle mineur dans la protection des droits de la personne, a choisi de leur confier un rôle clé en ce domaine au cours des dernières décennies. Ainsi les a-t-on obligés à ne pas donner effet aux lois contraires aux droits de la personne, et a-t-on opté pour un idéal d'égalité juridique à la réalisation duquel ils sont appelés à contribuer de façon déterminante.*

*À cet appel non équivoque nos tribunaux ont pourtant opposé une résistance marquée qui a abouti à une interprétation restrictive des droits fondamentaux. Celle-ci confine parfois presque à une fin de non recevoir.*

*Peut-on ignorer cette histoire lorsque vient l'heure de juger le projet de constitutionnaliser les droits de la personne? Nous ne le croyons pas. Ne nous invite-t-elle pas à conclure que cette évolution proposée est le passage requis pour l'émergence des Tribunaux judiciaires hors de la pusillanimité, vers un contrôle judiciaire raisonnable des parlements au nom des valeurs premières de la société.*

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## PLAN

## Introduction

- I. La fonction des tribunaux
  - A. La tradition
    - 1. Face aux parlements
    - 2. Face aux particuliers
    - 3. Face à l'Administration
  - B. Le présent
    - 1. Face aux parlements
    - 2. Face aux particuliers
    - 3. Face à l'Administration
  - C. L'avenir
    - 1. Un nouveau statut pour les tribunaux
    - 2. Un troisième pouvoir?
    - 3. Le vraisemblable
- II. La performance des tribunaux
  - A. La tradition
    - 1. La bonne réputation des tribunaux
    - 2. Une réputation surfaite
    - 3. Signification de cette performance
  - B. Le présent
    - 1. Une performance décevante
    - 2. L'argument démocratique
    - 3. Un zèle exagéré
  - C. L'avenir

## INTRODUCTION

Poser la question du rôle des tribunaux judiciaires dans la protection des droits de la personne c'est, au Québec comme ailleurs, interroger doublement. D'abord sur la nature des tâches. Ensuite sur la qualité de la performance. Il nous faudra donc préciser et apprécier la fonction que le droit réserve aux tribunaux quant aux droits fondamentaux et leur rendement dans l'exercice de cette fonction.

## I.- LA FONCTION DES TRIBUNAUX.

## A. LA TRADITION.

1. *Face aux parlements.*

Au Canada le rôle réservé aux tribunaux de l'ordre judiciaire a connu une évolution réelle au cours des dernières décennies et nous nous trouvons

peut-être à la veille de changements plus significatifs. Avant l'adoption de la Déclaration Canadienne des droits<sup>1</sup> nous ne disposions d'aucun texte explicite sur lequel puisse s'appuyer nos juges pour protéger de façon particulière les droits humains fondamentaux contre les abus des parlements. Ils en étaient réduits, s'ils jugeaient devoir intervenir, à fonder leurs conclusions sur des éléments de l'ordre juridique qui n'étaient pas ordonnés à la protection de ces droits. Ainsi eurent-ils recours au partage des compétences législatives pour déclarer inopérantes quelques lois provinciales répréhensibles. Le procédé avait le défaut de ne restreindre en rien l'autorité fédérale. Certains estimaient une telle situation admissible parce que le risque d'abus leur semblait moindre de la part d'un parlement pan-canadien. À leurs yeux ce dernier était moins susceptible de verser dans l'ostracisme puisqu'il est le lieu de rencontre d'une société pluraliste et, partant, plus tolérant.

## 2. *Face aux particuliers.*

Si l'on envisage la protection des droits humains dans les rapports entre particuliers il faut constater, là encore, que le rôle des tribunaux se limitait traditionnellement à l'application des lois du pays. Celles-ci protégeaient sans doute certains droits fondamentaux, parfois expressément comme dans le cas du libelle diffamatoire, parfois tacitement comme dans le cas du droit à l'intégrité physique. Mais l'important est de comprendre que les tribunaux ne se voyaient pas investis d'une responsabilité particulière en ce domaine. Ils n'avaient pas reçu mandat de veiller, dans leur application du droit aux situations particulières, à privilégier une interprétation qui assure le respect des droits humains fondamentaux. Une valeur aussi importante que la liberté contractuelle dominait au contraire le droit privé et constituait souvent un obstacle infranchissable même aux argumentations ayant recours à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>2</sup>.

## 3. *Face à l'Administration.*

La seule zone où pouvait s'exprimer une autorité judiciaire vouée à la cause des libertés était celle du droit administratif. Les juges accédaient dans ce secteur à la prééminence des juges britanniques avec ce qu'elle implique d'autonomie. Ainsi ceux-ci étaient-ils appelés alors à favoriser la liberté du

---

<sup>1</sup> *Loi ayant pour objet la reconnaissance et la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, S.C. (1960) c. 44.

<sup>2</sup> *Loew's Montreal Theatres v. Reynolds*, (1921) 30 B.R. 459; *Christie v. York Corporation*, (1938) 65 B.R. 104; *Whitfield v. Canadian Marconi Company*, (1968) B.R. 92; le contrat ou le testament se heurtèrent parfois à l'ordre public: *Re Drummond Wren*, (1945) 4 D.L.R. 674; *Gooding v. Edlow Investment Corp.*, (1966) C.S. 436.

citoyen dans ses rapports avec l'Administration dans la mesure où la loi n'excluait pas expressément une telle interprétation<sup>3</sup>.

Si l'on veut donc identifier la fonction traditionnelle des tribunaux judiciaires eu égard aux droits humains fondamentaux au Québec, force est de constater que le droit ne leur avait pas réservé de fonction particulière. Le risque n'existait pas d'une association intense entre l'ordre judiciaire et les droits fondamentaux. L'on peut résumer en affirmant que le règne de la loi et de la liberté contractuelle réduisait la stature de nos tribunaux. L'idéal véhiculé dans les droits fondamentaux ne trouvait à s'exprimer que dans les rapports des citoyens et de l'administration à condition, toutefois, que la loi ne soit pas explicite au point d'interdire au juge un tel rôle.

Que penser de ce régime où la volonté parlementaire et celle des contractants particuliers dominaient l'horizon juridique et où l'Administration assumait seule véritablement le devoir de respecter, dans une certaine mesure, quelques droits humains fondamentaux? Ses défenseurs diront qu'il reflétait bien le respect dû à l'expression de la volonté générale et aux compromis des particuliers. Le statut subordonné de l'Administration dans cette relation tripartite convenait parfaitement, dira-t-on, à sa situation dans l'ordre juridique. Elle est la servante de la loi, laquelle est présumée ne pas heurter les droits humains fondamentaux.

Nous pensons, au contraire, que cet ordre était devenu un édifice aux fondations fragiles. Fait pour une époque de parlements discrets limitant leurs édits aux grands principes qu'une société du domaine privé convenait devoir imposer à l'activité générale, il était inadapté aux assemblées technocratiques dont les lois à chaque jour envahissaient davantage la vie privée et dont les répercussions échappaient sans cesse aux législateurs pressés qui les adoptaient.

La loi n'était plus l'expression de la pensée générale et elle n'était plus générale. Elle était l'œuvre d'un pouvoir de plus en plus libéré lui-même du besoin d'appui général parce que désormais engagé dans l'organisation de zones des rapports sociaux dont la signification globale devenait de moins en moins accessible à l'électorat. Quant à la prétention à justifier le respect des contrats par le recours à la théorie des compromis entre égaux, elle devenait chaque jour plus désuète devant la concentration des pouvoirs économiques. Celle-ci engendrait en effet des rapports contractuels d'une radicale inégalité qui s'exprimait par la montée des contrats d'adhésion. La réalité politique et économique démentait donc les conceptions dépassées de la loi et du contrat sur lesquels reposait cet ordre.

---

<sup>3</sup> René DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1974, Tome I, pp. 801-814.

## B. LE PRÉSENT.

### 1. *Face aux parlements.*

Les choses ont changé maintenant dans l'ordre juridique québécois. La Déclaration canadienne des droits et la Charte des droits et libertés de la personne<sup>4</sup> ont assujéti les lois des parlements au respect des droits humains fondamentaux. Il semble bien, au palier fédéral, que la prépondérance de la Déclaration canadienne joue à l'encontre des lois antérieures et postérieures à la Déclaration<sup>5</sup>. La Charte québécoise a toutefois expressément borné sa prééminence aux seules lois postérieures et n'a accordé cette prépondérance qu'à certains droits<sup>6</sup>. Sous l'une et l'autre loi, cependant, l'on a prévu que le parlement pourrait porter atteinte aux droits humains s'il déclarait expressément que la loi adoptée l'était malgré la Déclaration ou la Charte<sup>7</sup>. Il faut ajouter que la Déclaration canadienne et la Charte québécoise prescrivent aux tribunaux d'interpréter toute loi dans un sens compatible avec le respect des droits humains fondamentaux.

### 2. *Face aux particuliers.*

Les rapports des particuliers entre-eux subissent aussi le poids de l'exigence du respect des droits humains fondamentaux. L'évolution la plus marquante concerne le droit à l'égalité ou à la non-discrimination. Celui-ci a fait des progrès considérables grâce à l'adoption de textes spécifiques dont les plus significatifs sont les articles 10 à 20 de la Charte des droits et libertés de la personne et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>8</sup>. Mais le progrès fut plus général encore sous la Charte québécoise qui, dans son entier, étend son empire à l'action privée. Le législateur fédéral n'a pas encore franchi cette étape de façon aussi générale. Ces lois auront eu l'heureux effet d'étendre la portée des droits humains fondamentaux aux rapports particuliers. C'était un progrès considérable sur la Déclaration canadienne qui se bornait à viser l'activité publique, législative et administrative.

---

<sup>4</sup> L.R.Q. 1977, c. C-12.

<sup>5</sup> Quelques doutes ont été suscités par *Miller et al. c. La Reine*, (1977) 2 R.C.S. 680, mais à notre avis il s'agit là d'une décision de portée très limitée dans ses motifs et qui ne permet pas d'inférer la liberté absolue du parlement canadien à l'égard de la Déclaration canadienne.

<sup>6</sup> L.R.Q. 1977, c. C-12, a. 52.

<sup>7</sup> *Déclaration canadienne des droits*, S.C. (1960) c. 44, a. 2; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, c. C-12, a. 52.

<sup>8</sup> S.C. 1977, c. 22.

### 3. *Face à l'Administration.*

L'Administration, dont nous avons signalé l'assujettissement traditionnel à une certaine obligation de respect des droits humains fondamentaux, se voit désormais davantage soumise à ceux-ci par les textes susmentionnés qui étendent tous leur portée vers elle.

Il y a donc eu modification apparemment profonde. Un ordre juridique où s'exprimait timidement la valeur nouvelle des droits de la personne présente désormais une physionomie où celle-ci s'inscrit sous les traits forts de textes que d'aucuns qualifient de quasi-constitutionnels. De diffuse sa présence se fait explicite. De circonscrite elle s'avère de plus en plus envahissante. Faut-il y voir un réel progrès?

Indéniablement nous devons constater l'émergence d'un ordre juridique mieux accordé à la réalité contemporaine. Ainsi, faut-il saluer l'abandon de la vénération imméritée dont bénéficiait la loi. Le mandat donné aux tribunaux judiciaires d'en faire une lecture favorable aux droits humains fondamentaux comme celui de subordonner celle-là à ceux-ci lorsqu'aucune interprétation irréprochable ne paraît possible n'a évidemment rien d'antidémocratique. Puisque le parlement peut toujours immuniser sa loi contre la suprématie l'on doit en effet comprendre que, là où il ne le fait pas, il consent chaque fois à soumettre sa norme aux droits humains fondamentaux. Nous vivons toujours sous le régime du parlement par ce jeu de l'auto-limitation spécifique. Dans la mesure où les rapports privés subissent le même impératif doit-on saluer la libération par rapport au vieux cliché du contrat. La plus grande rigueur de l'encadrement de l'Administration s'accorde bien avec l'accroissement du rôle de celle-ci qui la rend d'autant plus menaçante dans le champ des droits humains fondamentaux.

## L'AVENIR.

### 1. *Un nouveau statut pour les tribunaux.*

Aujourd'hui, au Canada, d'autres questions sont posées qui concernent au plus haut point le rôle des juges dans la protection des droits de l'Homme. On songe à modifier radicalement leur statut et celui des parlements<sup>9</sup>. À la doctrine de la souveraineté parlementaire serait substituée celle de la suprématie de la constitution<sup>10</sup>. Quel est le sens d'une telle évolution? Les

---

<sup>9</sup> Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté La Reine concernant la Constitution du Canada, motion déposée à la Chambre des communes par le ministre de la Justice le 13 février 1981.

<sup>10</sup> Sans doute les canadiens vivent-ils depuis longtemps sous ce dernier régime puisqu'il est inhérent au fédéralisme. Mais l'extension de cette suprématie au domaine des droits fondamentaux constituerait un choix libre que le fédéralisme n'implique pas.

avis différent. On peut y voir la véritable adhésion d'une société aux valeurs personnalistes. D'autres estiment que rien n'est moins sûr car tout dépendra des conceptions des juges. Ils retiendront que l'impact essentiel se résume précisément à cette ascension des tribunaux judiciaires au rôle de maître incontestable des équilibres élémentaires entre valeurs. Ils contesteront la légitimité du pouvoir judiciaire dans ses fonctions au nom de la démocratie.

## 2. *Un troisième pouvoir?*

Cette évolution fera-t-elle vraiment des juges ce troisième pouvoir qu'ils sont devenus aux États-Unis? Si oui est-ce légitime? À la première question, l'on est tenté de répondre par l'affirmative à considérer les choses au seul point de vue formel. Les juges relèveront en effet directement de la constitution et leur activité échappera donc au contrôle parlementaire là où les droits de la personne apparaîtront. L'on doit toutefois rappeler que leur nomination pourra très bien exiger une participation du pouvoir exécutif et du parlement. Cette étape essentielle n'est pas à sous-estimer et réintroduit en partie la subordination aux instances politiques traditionnelles. Mais les juges deviendront-ils réellement un troisième pouvoir? Cela ne saurait advenir que s'ils exercent librement l'autorité acquise et s'opposent aux prétentions des branches exécutive et parlementaire.

Les textes peuvent aider à prévoir leur attitude. Il faudra voir s'ils confèrent un mandat ferme qui ne laisse pas d'échappatoires au pouvoir judiciaire. Ainsi peut-on s'interroger sur l'impact de l'article 1 du projet de Loi constitutionnelle de 1981, soumis au Parlement canadien par le premier ministre Trudeau, où l'on trouve la phrase qui suit à propos des droits et libertés: «Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique''. Le projet original permettait les «réserves normalement acceptées» et ajoutait la société de régime parlementaire à la société libre et démocratique. C'était fournir de fortes raisons aux juges pour se soumettre aux choix parlementaires. La version finale ayant substitué le test des justifications raisonnables à celui de l'acceptation générale et ayant abandonné toute référence au régime parlementaire on est justifié d'y voir l'attribution d'une plus grande liberté décisionnelle aux tribunaux. Ils pourront d'autant plus difficilement se dérober devant ce mandat qu'il s'inscrit dans la droite ligne du changement de statut que nous évoquions plus haut. Mais le nouveau statut et la clarté du mandat reçu triompheront-ils d'une tradition séculaire de déférence face aux édits des assemblées parlementaires? Celles-ci ne sont-elles pas les porte-parole les mieux autorisés de cette «société démocratique» à laquelle



l'on reconnaît le pouvoir d'exiger la mise en veilleuse où l'atténuation constante des droits et libertés fondamentales? On ne peut l'assurer.

### 3. *Le vraisemblable.*

On est cependant autorisés à penser que nos juges ne verseront pas volontiers dans l'abus de leur fonction nouvelle. Et nous croyons que ceux qui dressent le spectre de nouveaux juges se plaisant à élargir démesurément la portée des droits fondamentaux et à réduire ainsi d'autant la marge d'autonomie des assemblées font peu de cas de la vraisemblance. Leurs extrapolations nous paraissent reposer sur une observation close des institutions. Nous préférons juger des changements annoncés en fonction d'une prévision selon laquelle les juges exerceront avec retenue leurs nouveaux pouvoirs. Dans cette perspective la question de la légitimité devient celle de la légitimité d'une subordination des parlements aux droits de la personne et peut-être même celle de la légitimité d'une option en faveur de ces droits. À ceux qui invoquent la démocratie pour fonder la suprématie des parlements il faut répondre que l'appareil constituant nous paraît en principe plus près du peuple des grandes occasions et jouit donc d'une légitimité mieux adaptée à la tâche exceptionnelle que constitue l'adoption, la modification, ou la mise en veilleuse d'une Charte des droits de la personne pour d'autres considérations que celles reliées à l'urgence.

## II.- LA PERFORMANCE DES TRIBUNAUX.

### A. LA TRADITION.

#### 1. *La bonne réputation des tribunaux.*

Avant l'adoption des lois qui leur confèrent une responsabilité particulière en ce domaine les tribunaux acquirent au Canada une réputation de défenseurs des droits fondamentaux. Nous pensons que celle-ci fut surfaite. Parce que les droits fondamentaux n'avaient pas encore attiré l'attention des législateurs, les juges s'avéraient le dernier recours des justiciables. On ne faisait appel à eux à ces fins que dans des cas extrêmes où leur action s'imposait. S'ils décidaient d'une manière qui assura la protection de ces droits ils en avaient tout le crédit<sup>11</sup>. Ainsi fut-ce le cas au Québec quand les témoins de Jéhovah furent victimes de mesures de

---

<sup>11</sup> Il faut d'ailleurs rappeler qu'ils ne décidèrent pas toujours en ce sens comme nous le signalons plus haut à la note 2.

répression scandaleuses irréconciliables avec la liberté de religion que l'on prétendait pourtant situer parmi les valeurs premières de la société<sup>12</sup>.

## 2. *Une réputation surfaite.*

Dans ces cas, comme dans quelques autres, les tribunaux rendirent deux types de décisions. Ils appliquèrent raisonnablement certaines dispositions du code criminel, ou du code civil, ou ils eurent recours à la constitution canadienne. Il est exagéré de décrire leurs décisions comme des exemples révélateurs d'une vénération exceptionnelle pour des droits fondamentaux. Sous le code criminel ou le code civil, leurs décisions, dans la plupart des cas, s'inscrivaient dans cet espace limité où opère la plus modeste discrétion judiciaire: l'utilisation de présomptions. Ainsi par exemple pouvaient-ils se montrer moins réceptifs à l'invocation de la bonne foi ou des ordres des supérieurs en regard d'interventions brutales dans des réunions religieuses ou la distribution de pamphlets. On se demande si la rudesse des intrusions ou la présomption favorable à la liberté religieuse a joué le rôle principal. Quand des considérations constitutionnelles favorisèrent les droits de la personne, en rattachant surtout à la compétence fédérale sur le droit criminel les dispositions répréhensibles<sup>13</sup>, il faut constater qu'on adopta alors une approche historique de cette compétence, laquelle était traditionnelle, et qu'on se bornait ainsi à assigner au parlement fédéral le pouvoir de porter atteinte aux droits fondamentaux. Le peu d'imagination requis pour l'opération, comme sa portée limitée, interdisent d'y voir les signes d'un empressement marqué pour ces droits. Cette impression se confirme lorsqu'on constate le peu d'impact qu'aura eu en droit canadien la doctrine d'une déclaration implicite des droits fondamentaux<sup>14</sup>. Celle-ci, prenant sa source dans le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et dans les institutions parlementaires canadiennes entraînait une diminution de l'autorité du parlement central et des législateurs provinciaux eu égard à certains droits fondamentaux. Si les juges canadiens avaient voulu usurper le rôle de défenseurs des droits n'auraient-ils pas saisi cette occasion d'atténuer la souveraineté parlementaire?

## 3. *Signification de cette performance.*

Que penser de cette performance? À nos yeux elle témoigne d'une réserve respectueuse de l'ordre juridique de l'époque. Ces juges n'avaient

---

<sup>12</sup> *Saumur c. Québec*, (1953) 2 R.C.S. 299; *Chaput c. Romain*, (1955) R.C.S. 834; *Boucher c. R.*, (1951) R.C.S. 265.

<sup>13</sup> *Switzman v. Elbing et P.G. Québec*, (1957) 7 D.L.R. (2d) 337.

<sup>14</sup> Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, The Carswell Company Limited, Toronto, 1977, 429-430.

reçu aucun mandat clair les habitant à dire les droits fondamentaux, encore moins à en faire une mesure de la validité des lois. Leur comportement atteste seulement leur soumission à la lettre et à l'esprit du système dans lequel ils évoluaient. Il a ceci de remarquable qu'il démontre même leur aptitude à résister à l'attrait du pouvoir alors que des excuses semblaient disponibles. Placés en situation de camoufler l'usurpation sous le couvert d'un mandat tacite ils auront repoussé la tentation. Les explications possibles de ce détachement abondent. Ils auront été des adeptes de la souveraineté du parlement ou auront réagi aux excès des tribunaux américains. Ou bien faut-il croire que la société canadienne donna moins d'exemples d'excès des pouvoirs publics. Bornons-nous ici à constater le respect exemplaire de l'ordre établi dont ils firent montre alors que de véritables alternatives s'offraient à eux.

## B. LE PRÉSENT.

### 1. *Une performance décevante.*

Qu'en est-il depuis que nos parlements leur ont confié une responsabilité particulière en ce domaine? La Déclaration canadienne fut-elle l'occasion d'abus judiciaires? Nos tribunaux ont-ils assumé leur nouvelle responsabilité ou ont-ils abdicqué? Tous les observateurs éclairés conviennent que nous n'avons pas connu d'activisme judiciaire. Plusieurs estiment que les tribunaux ont refusé le mandat que le parlement canadien leur avait donné. L'espoir suscité par la décision rendue par la cour suprême du Canada, le 20 novembre 1969, dans l'affaire *Drybones*<sup>15</sup> fut déçu par une série d'arrêts où s'exprima une désolante soumission aux choix des parlementaires. Cet espoir était né de deux aspects de cette décision. On y avait décidé que la Déclaration canadienne des droits était plus qu'une loi d'interprétation et permettait de déclarer des lois inopérantes. L'on avait enfin apparemment reconnu une portée substantive au droit à «l'égalité devant le droit» énoncé à son article 1b. Sur ces questions le texte de la déclaration canadienne n'offrait pas de réponses absolument claires. On avait donc l'impression d'un tribunal qui exerçait sa liberté dans le sens où l'esprit de la Déclaration soufflait. La victoire remportée sur le premier point devait vite perdre presque toute signification par suite d'une revision radicale de la définition substantive du droit à l'égalité par le juge Ritchie dans *P.G. Canada c. Lavell*<sup>16</sup>. Celui-ci devait en effet conclure que l'égalité devant le droit n'était que procédurale. Elle n'était mise en cause que si l'égalité se manifestait dans l'application des lois du Canada. L'histoire

<sup>15</sup> (1970) R.C.S. 282.

<sup>16</sup> (1974) R.C.S. 1349.

devait cependant donner lieu à l'apparition de nouveaux espoirs que devaient suivre d'amères déceptions. La Cour suprême revint en effet à une vision substantive de l'égalité<sup>17</sup>. Mais ce retour fut à toute fin pratique annulé par l'adoption d'un critère de raisonnabilité extrêmement lâche. En vertu de celui-ci toute inégalité substantive créée par une loi canadienne ou sous son autorité est admise si elle peut être jugée pertinente par le législateur dans la poursuite d'objectifs constitutionnels. Un tel critère ouvre grande la porte à presque toutes les distinctions.

### 2. *L'argument démocratique.*

Ce comportement de la Cour suprême canadienne est typique de l'extrême retenue où elle s'est cantonnée dans l'exercice de ses nouvelles fonctions. Le juge en chef Laskin, invité à donner une portée substantive à la clause d'«application régulière de la loi» (due process), a justifié cette réserve face aux lois en rappelant qu'il exerçait une juridiction conférée par une simple loi<sup>18</sup>. C'était évoquer subtilement la doctrine de la souveraineté du parlement non pas pour refuser d'exercer un contrôle judiciaire sur les normes de fonds mais pour justifier l'atténuation de celui-ci.

### 3. *Un zèle exagéré.*

Ne s'agit-il pas d'un respect scrupuleux de l'ordre juridique à ranger dans les excès de zèle qu'inspire la fonction nouvelle? Les tribunaux ne se sont-ils pas fait plus parlementaristes que le parlement? À notre avis, comme celui-ci avait déjà prévu qu'il pourrait aller à l'encontre de la Déclaration, à condition de le faire expressément, il autorisait clairement les tribunaux à interpréter et appliquer normalement cette Déclaration canadienne. S'ils ne l'ont pas fait c'est librement. Et ce choix est révélateur d'une résistance à assumer un nouveau rôle.

## C. L'AVENIR.

Quelle performance peut-on raisonnablement attendre de tribunaux judiciaires canadiens armés d'un mandat constitutionnel et libérés de la tutelle parlementaire? Peut-être assisterons-nous à une intensification du contrôle judiciaire. Cette évolution s'imposera si la réserve dont ils firent preuve était attribuable à la nature législative, et non constitutionnelle, de leur mandat. Nous devons toutefois nous garder de prévisions fondées sur les seuls changements institutionnels. L'observation du comportement passé de nos juges autorise à les soupçonner de rationalisations et à rattacher

---

<sup>17</sup> *R. v. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693.

<sup>18</sup> *Curr v. La Reine*, (1972) R.C.S. 889, 899.

ultimement leur discrétion à une frayeur sacrée devant la moindre responsabilité politique. Si celle-ci subsiste elle risque de générer de nouvelles explications à la soumission devant les parlements. Ainsi ne serait-il pas surprenant d'entendre dire dorénavant que la réserve judiciaire s'impose à raison de l'impossibilité où se trouveront les parlements de corriger les décisions judiciaires<sup>19</sup>. La constitutionalisation des droits de la personne ne fermera donc pas toutes les voies par où le refus traditionnel pourrait chercher à s'exprimer<sup>20</sup>.

Nous pensons toutefois que la constitutionalisation entraînerait un affermissement du contrôle judiciaire des parlements. La tradition canadienne incite cependant à ne pas anticiper de révolution puisque des excuses à l'inaction seront encore disponibles. Pour ces raisons ne sommes-nous pas loin de penser que l'insertion des droits de la personne dans l'ordre constitutionnel constitue la voie requise à l'émergence des tribunaux hors de la pusillanimité, vers un contrôle judiciaire raisonnable des parlements au nom des valeurs de la société profonde<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Cette excuse a cependant perdu beaucoup de sa portée avec l'insertion d'une clause nonobstant dans la version finale de la résolution concernant la Constitution du Canada quelques jours avant l'impression de cet article.

<sup>20</sup> Ce refus ne saurait reposer que sur l'adoption d'une conception stricte de la souveraineté qui interdise au parlement d'imposer des conditions de forme à ses actes contraires à la Déclaration.

<sup>21</sup> Cette "société profonde" apparaît précisément lors des grandes réorientations qui prennent la forme de modifications constitutionnelles et se distinguent de la société ordinaire telle qu'elle s'exprime dans l'activité législative courante.