

L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Antoine Bigenwald

Volume 35, numéro 4, 1994

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043304ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043304ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bigenwald, A. (1994). L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. *Les Cahiers de droit*, 35(4), 779–821. <https://doi.org/10.7202/043304ar>

Résumé de l'article

Dans le contrôle de proportionnalité en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'étape de la définition des objectifs législatifs est d'une importance tactique certaine malgré son efficacité immédiate quasiment nulle. En effet, bien des arrêts révèlent une définition calculée de l'objectif afin de mieux orienter la conclusion finale de proportionnalité. Mais, dans l'ensemble, la jurisprudence semble peu cohérente, sans doute en raison de la diversité et de la multiplicité des objectifs qui peuvent animer une loi. Il est cependant possible d'en rendre compte en examinant la position de la Cour suprême du Canada sous trois aspects : premièrement, ne faut-il sélectionner qu'un seul des deux objectifs, l'un général, l'autre particulier, qui animent la règle de droit limitative ? Deuxièmement, l'actualité des objectifs doit-elle être vérifiée ? Troisièmement, enfin, quel objectif doit être prouvé pour justifier une violation des droits constitutionnels ? Un objectif de valeur sociale intrinsèque suffisamment importante, un objectif parfaitement rationnel ou un objectif simplement raisonnable ?

L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Antoine BIGENWALD*

Dans le contrôle de proportionnalité en vertu de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés, l'étape de la définition des objectifs législatifs est d'une importance tactique certaine malgré son efficacité immédiate quasiment nulle. En effet, bien des arrêts révèlent une définition calculée de l'objectif afin de mieux orienter la conclusion finale de proportionnalité. Mais, dans l'ensemble, la jurisprudence semble peu cohérente, sans doute en raison de la diversité et de la multiplicité des objectifs qui peuvent animer une loi. Il est cependant possible d'en rendre compte en examinant la position de la Cour suprême du Canada sous trois aspects : premièrement, ne faut-il sélectionner qu'un seul des deux objectifs, l'un général, l'autre particulier, qui animent la règle de droit limitative ? Deuxièmement, l'actualité des objectifs doit-elle être vérifiée ? Troisièmement, enfin, quel objectif doit être prouvé pour justifier une violation des droits constitutionnels ? Un objectif de valeur sociale intrinsèque suffisamment importante, un objectif parfaitement rationnel ou un objectif simplement raisonnable ?

Regarding the control of proportionality under section one of the Canadian Charter, the step in identifying objectives has a certain tactical importance despite its near non-existent immediate effectiveness. Indeed, many rulings point towards a calculated jurisdictional treatment of the objective in order to better orient the final conclusion of proportionality. But on the whole, this jurisdictional treatment seems to lack coherency,

* Avocat ; chargé de cours à l'Université de Montréal.

doubtlessly owing to the diversity and multiplicity of objectives found in a law. Nonetheless, it is possible to take this into account by examining the position of the Supreme Court from three angles : firstly, should only one of the minimum two objectives be chosen (one general, the other specific) of the restrictive rule of law ? Secondly, must the current viability of objectives be verified ? Lastly, what objective must be proven to justify a violation of constitutional rights ? A sufficiently important objective of intrinsic social value, a perfectly rational objective or simply a reasonable objective ?

	<i>Pages</i>
1. Un enjeu tactique complexe	783
1.1 L'importance tactique du test de légitimité	783
1.1.1 L'apparente inutilité du test de légitimité	783
1.1.1.1 L'inefficacité relative du test	783
1.1.1.2 L'utilité tactique du test	786
1.1.2 Les manifestations de l'importance tactique du test de légitimité ..	790
1.1.2.1 Le détournement d'objectifs	790
1.1.2.2 La définition trop générale de l'objectif	792
1.2 Les difficultés de la sélection des objectifs	794
1.2.1 La diversité des objectifs (des lois)	794
1.2.2 La multiplicité d'objectifs (d'une loi)	795
1.2.2.1 Les objectifs différents	798
1.2.2.2 Les objectifs voisins	798
2. Des critères de sélection des objectifs encore vagues	801
2.1 L'objectif immédiat et l'objectif général	801
2.1.1 L'énoncé du problème	801
2.1.2 La position de la Cour suprême du Canada	802
2.1.3 Les enjeux de la sélection	806
2.2 L'objectif périmé et l'objectif actuel	807
2.2.1 Les objectifs historiques	808
2.2.2 Les objectifs périmés	808
2.2.3 Les objectifs actualisés	809
2.3 L'objectif prouvé et l'objectif raisonnable	810
2.3.1 L'énoncé du problème	811
2.3.2 La position de la jurisprudence	811
2.3.2.1 De rares opinions révèlent une appréciation de la valeur sociale intrinsèque de l'objectif, une appréciation qualitative	812
2.3.2.2 D'autres opinions rejettent l'objectif pour manque de rationalité mais sans se référer au critère du lien rationnel	815
2.3.2.3 Une tendance générale au relâchement du test du lien rationnel justifie des objectifs simplement raisonnables	818
Conclusion	821

À la lumière du droit comparé, il apparaît selon J.-F. Aubert¹ que le raisonnement judiciaire concernant les clauses limitatives des droits et libertés s'articule autour de trois questions permanentes. Pour que de telles limitations soient justifiées, il faut en effet qu'elles se présentent sous la forme ou qu'elles dérivent d'une règle de droit, qu'elles soient animées par un objectif légitime d'intérêt général et, enfin, qu'elles ne soient pas disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi. En d'autres termes, il s'agit des tests de la *légalité* des limitations, de la *légitimité* des objectifs législatifs et, enfin, de la *proportionnalité* entre la limitation et l'objectif poursuivi.

Effectivement, cette présentation correspond bien à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada relative à la clause limitative générale de la *Charte canadienne des droits et libertés*². Le test de légalité découle du texte de l'article premier qui exige que toute restriction aux droits et libertés émane d'une « règle de droit »³. Le test de légitimité a été créé par la jurisprudence qui, d'après la formulation de l'article premier, exige que des « préoccupations urgentes et réelles » animent la règle de droit limitative⁴. Enfin, le test de proportionnalité, suggéré par l'expression de limites « raisonnables », est au cœur de l'arrêt *Oakes*⁵ qui a fixé des « critères » de proportionnalité⁶.

1. J.-F. AUBERT, « Limitation des droits de l'homme : le rôle respectif du législateur et des tribunaux », dans A. DE MESTRAL *et al.* (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 195.

2. CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET DES LIBERTÉS, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

3. *Id.*, art. 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. »

4. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 139 (j. en chef Dickson).

5. *Ibid.*

6. *Id.*, 138-139 (j. en chef Dickson) : « Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution » [...] En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer [...] À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au

Nous ne prétendons traiter ici que du deuxième test, celui de la légitimité des objectifs gouvernementaux invoqués au soutien de règles de droit attentatoires aux droits et libertés⁷. Après huit ans d'application de l'article premier⁸, il nous a semblé opportun de faire le point sur cette question plutôt ignorée par la doctrine.

La condition de légitimité, ou d'un intérêt public, se retrouve souvent en droit des libertés publiques, même en l'absence de clauses expresses de limitation⁹. Mais, n'importe quel objectif législatif peut-il justifier une restriction d'un droit constitutionnel ? À l'inverse, le juge peut-il censurer certains objectifs exprimés par le législateur élu ? Si le juge décide de les contrôler, même de façon minimale, comment les classer ? Quels critères retenir ? Lesquels éviter ?

Les réponses de la Cour suprême du Canada sont dispersées, mais elles forment déjà un ensemble plus cohérent qu'il n'y paraît (2.). Avant de les étudier, cependant, nous nous attarderons sur l'origine de la difficulté

droit ou à la liberté en question [...] Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme « suffisamment important ».

7. Relativement au test de légalité, voir : D. PINARD, « Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications* », (1991) 1 *R.N.D.C.* 79 ; S. GAUDET, « La règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés : commentaires sur l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson* », (1989) 20 *R.D.U.S.* 448 ; L. HUPPÉ, « La fonction des lois et la théorie de l'imprécision », (1992) 52 *R. du B.* 831 ; relativement au test de proportionnalité, voir, entre autres : P. BÉLIVEAU, *Les garanties juridiques dans les chartes des droits*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, pp. 59-75 ; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, p. 851 et suiv. ; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 833 et suiv. ; D. GIBSON, *The Law of the Charter : Equality Rights*, Toronto, Carswell, 1990, p. 261 et suiv. ; W.R. LEDERMAN, « Droits et libertés constitutionnels et conflits de valeurs : l'interprétation de la Charte et l'article premier », dans G.-A. BEAUDOIN et E. RATUSHNY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 143 et suiv. ; G.-A. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 679 et suiv. ; G.V. LA FOREST, « The Balancing of Interests under the Charter », (1992) 2 *N.J.C.L.* 133 ; A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel—Principes*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 335 et suiv. ; voir aussi *infra*, note 31.
8. L'interprétation de l'article premier a véritablement commencé depuis l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, note 4.
9. C'est le cas dans la jurisprudence américaine concernant le *Bill of Rights*, voir : C.E. BAKER, « Limitations on Basic Human Rights—A View from the United States », dans A. DE MESTRAL *et al.* (dir.), *op. cit.*, note 1, pp. 81 et 82 ; c'est aussi le cas en France dans la jurisprudence du Conseil d'État, voir : C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, 7^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1989, pp. 176-178.

de définir les objectifs ainsi que sur l'enjeu que représente cette tâche pour l'ensemble du contrôle judiciaire des clauses de limitation (1.).

1. Un enjeu tactique complexe

Le test de légitimité des objectifs aborde de front l'appréciation de l'intérêt public de la règle de droit limitative. Cette appréciation, qui manifeste une importance tactique certaine pour la suite du contrôle judiciaire (1.1), soulève bien des difficultés (1.2).

1.1 L'importance tactique du test de légitimité

L'enjeu du test de légitimité est masqué par le fait que très peu d'objectifs y ont échoué. Néanmoins, son inutilité n'est qu'apparente (1.1.1), comme le démontrent des exemples de manipulation des objectifs (1.1.2).

1.1.1 L'apparente inutilité du test de légitimité

1.1.1.1 L'inefficacité relative du test

Il faut reconnaître que le test de légitimité des objectifs est très rarement concluant à lui seul. Dans le cadre européen, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais arrêté son contrôle à l'examen de l'objectif légitime¹⁰. Dans le cadre canadien, jusqu'à récemment¹¹, aucune règle de droit portant atteinte aux garanties de la Charte n'était tombée fautive d'objectif légitime devant la Cour suprême du Canada après l'arrêt *Oakes*¹² — arrêt qui a posé les fondements du droit de l'article premier¹³.

10. La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221 (ci-après citée « Convention »), énumère les objectifs législatifs susceptibles de justifier une limitation de ses garanties : articles 8.2, 9.2, 10.2 et 11.2 de la Convention et articles 1 du Protocole n° 1, 2 du Protocole n° 4, et 1 du Protocole n° 7 ; par ailleurs, bien que les articles 17 et 18 de la Convention invitent la Cour à sévir dans l'interprétation des clauses de limitation des droits et libertés, aucun arrêt n'a constaté l'absence d'un tel objectif jusqu'à présent ; cette interprétation judiciaire fait dire au professeur F. Sudre que l'article 17 est pratiquement tombé en désuétude ; voir : F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1992, p. 27 ; voir aussi G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1989, p. 553 et suiv.

11. Voir l'arrêt *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

12. *R. c. Oakes*, précité, note 4.

13. Sauf, peut-être, l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Dans cet arrêt, le juge La Forest conteste un à un les objectifs avancés (pp. 198 et 199) et en arrive à la conclusion suivante : « si les objectifs gouvernementaux énoncés ci-dessus sont justifiables, ils sont tout simplement hors de propos » (p. 204). Doit-on comprendre qu'ils ne sont pas légitimes ou qu'ils ne présentent pas de lien rationnel avec la règle

Il n'y a pas lieu de s'étonner du peu de rigueur de ce test car des considérations évidentes de retenue judiciaire expliquent ce phénomène. En effet, de telles considérations pèsent de tout leur poids sur les épaules de la Cour européenne par rapport aux 28 législateurs nationaux¹⁴ ou plus hautes cours nationales¹⁵, lorsqu'elle examine la raison d'être d'une loi¹⁶; la Cour peut difficilement condamner un choix législatif ou judiciaire fautive d'intérêt public, tout simplement... Elle se limite, le plus souvent¹⁷, au simple constat de l'existence d'un tel objectif¹⁸. Il en est de même dans le

contestée ? Quant à la juge Wilson, elle conteste la présence d'un lien rationnel (p. 157). Avant l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, note 4, le défaut d'objectif légitime avait été retenu dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et dans l'affaire *Singh c. Ministère de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Pour un autre cas d'absence totale d'objectif légitime, mais devant des instances inférieures, voir les arrêts rétablissant le droit de vote pour les détenus : *Belczowski c. La Reine*, (1992) 90 D.L.R. (4th) 330, 340 (C.A.F.), et *Sauvé c. La Reine*, (1992) 7 O.R. (3d) 481, 89 D.L.R. (4th) 644 (C.A.O.), confirmés brièvement par la Cour suprême du Canada en s'appuyant davantage sur le test de proportionnalité que sur celui de légitimité : *Sauvé c. Procureur général du Canada*, [1993] 2 R.C.S. 438.

14. Les pays suivants, membres du Conseil de l'Europe, ont tous ratifié la Convention : Allemagne, Autriche, Belgique, Chypre, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Islande, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Saint-Marin, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie (ratification le 18 mars 1992, avant la partition) et Turquie. La Convention a aussi été signée par la Hongrie le 6 novembre 1990, la Pologne le 26 novembre 1991 et la Bulgarie.
15. En effet, non seulement les lois au sens propre sont-elles soumises au contrôle de la Cour européenne, mais aussi la jurisprudence des pays continentaux, la common law des pays anglo-saxons, ainsi que les mesures d'application des lois. Voir les affaires *Sunday Times n° 1*, (1979) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 30, par. 47 ; *Kruslin*, (1990) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 176, par. 28 ; *Weber*, (1990) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 177, par. 47. Sur la définition de la « loi » par la Cour européenne, voir : G. MALINVERNI, « La réserve de la loi dans les conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme », (1990) 2 *R.U.D.H.* 401, 402 ; P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2^e éd., Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 558 et suiv. ; A. BIGENWALD, « L'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 1992, p. 88 et suiv.
16. Avant l'arrêt *Sunday Times n° 1*, précité, note 15, une institution quelconque avait-elle déjà renversé un jugement de la très honorable House of Lords britannique ?
17. Exceptionnellement, la Cour de Strasbourg va au-delà du simple constat de présence d'un objectif énoncé dans la Convention. Dans l'affaire *Sunday Times n° 1*, précitée, note 15, la Cour a sélectionné un seul des trois objectifs présentés afin de resserrer son contrôle (par. 54-56).
18. Bien qu'ils soient préalablement établis, les objectifs sont définis de façon très large. Par exemple, pas moins de 12 motifs peuvent constituer un objectif légitime à une ingérence étatique dans la liberté d'expression garantie à l'article 10 de la Convention, dont la défense de la morale et de l'ordre...

contexte canadien. *A fortiori*, puisque la Charte canadienne ne définit aucunement ces objectifs, ni n'impose de directives d'interprétation en faveur de la reconnaissance des droits, contrairement à la Convention européenne¹⁹. Par conséquent, il est difficile au ministère public canadien d'échouer dans la présentation d'un intérêt public quelconque supportant une loi examinée sous l'angle de la Charte. De surcroît, la preuve recevable en la matière est très large, voire très volumineuse²⁰, puisqu'elle comprend du droit comparé²¹, toutes sortes de données socio-économiques ou de sciences sociales, même des éléments de connaissance judiciaire²². Il faut ajouter enfin que conclure à l'absence d'objectif légitime arrête là tout

19. *Supra*, note 10.

20. Ainsi, dans l'affaire *R. v. Seo*, (1986) 25 C.C.C. (3d) 385, citée dans les affaires *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, et *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 641, plus de 10 volumes défendant l'importance de l'objectif de la sécurité routière ont été présentés à la Cour.

21. Le professeur William A. Shabas, lors d'une communication présentée à Montréal le 7 septembre 1992 au colloque « Europe et Amériques, perspectives convergentes et divergentes sur le droit international », évaluait à 122 le nombre de décisions canadiennes rapportées faisant référence au droit européen des droits de l'homme, dont 27 arrêts de la Cour suprême du Canada ; voir aussi J. WOEHLING, « Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne — Rapport canadien », dans A. DE MESTRAL *et al.*, *op. cit.*, note 1, pp. 449-513 ; D.C. MACDONALD, « L'impact de la doctrine et de la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés », dans *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Actes des journées strasbourgeoises, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 91 ; J. CLAYDON, « International Human Rights Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1982) 4 *S.C. Law Rev.* 287-302 ; P.W. HOGG, « The Charter of Rights and American Theories of Interpretation », (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 87-113 ; G. CLICHE, « L'utilisation de la Convention européenne des droits de l'Homme pour l'interprétation de la Charte canadienne », (1993) 7 *R.J.E.L.* 93-116 ; B. DICKSON, « Has the Charter « Americanized » Canadian Judiciary ? A Summary and Analysis », (1992) 26 *U.B.C.L. Rev.* 195-210 ; R. HARVIE et H. FOSTER, « Different Drummers, Different Drums : The Supreme Court of Canada, American Jurisprudence and the Continuing Revision of Criminal Law under the Charter », (1992) 24 *R. D. Ottawa* 39-115.

22. Pour les éléments de connaissance judiciaire, voir *R. c. Oakes*, précité, note 4, 138 (j. en chef Dickson) ; de façon générale, voir : J.F. DIONNE, « Les problèmes de preuve posés par l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés », dans FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Nouveaux développements en droit criminel découlant de la Charte canadienne des droits et libertés*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, pp. 205-222 ; W.H. CHARLES, T.A. CROMWELL et K.B. JOBSON, *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Butterworths, 1989 ; F.L. MORTON et I. BRODIE, « The Use of Extrinsic Evidence in Charter Litigation before the Supreme Court of Canada », (1993) 3 *N.J.C.L.* 1 ; J. KIEDROWSKI et K. WEBB, « Second Guessing the Law-makers : Social Science Research in Charter Litigation », *Canadian Public Policy*, vol. 19, 1993, pp. 379-397 ; D. PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités ? Commentaires à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *McGill L.J.* 401 ; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 7, pp. 857-859.

raisonnement de justification et a pour conséquence immédiate la non-justification de la règle de droit dans son intégralité, le plus souvent. En effet, la loi ou la disposition contestée doit être annulée *in extenso* sans possibilité de faire intervenir d'autres sanctions moins rigoureuses puisque son fondement même, sa raison d'être, jugé insuffisant²³.

Ainsi, le juge canadien, toujours soucieux de la souveraineté législative, n'arrive que très rarement à la conclusion de défaut d'objectif légitime. Néanmoins, l'inutilité du test de légitimité n'est qu'apparente car, bien qu'elle soit relative en fait d'efficacité immédiate, la mise en évidence des objectifs reste primordiale sur le plan tactique.

1.1.1.2 L'utilité tactique du test

La conclusion finale du contrôle judiciaire peut varier selon l'objectif défini. Cela apparaîtra dans bien des causes qui seront citées dans la présente étude, mais, d'ores et déjà, quatre séries d'exemples confirment l'effet de l'objectif sur la conclusion de l'arrêt.

En premier lieu, dans les arrêts de la Cour suprême du Canada concernant des règles de droit dont l'objectif est la sécurité routière, cet objectif domine totalement le raisonnement judiciaire et impose une conclusion de justification de la règle de droit limitative. Ainsi, dans l'affaire *Hufsky*²⁴, le juge Le Dain, s'exprimant au nom de la Cour unanime, conclut que l'arrestation au hasard d'automobilistes dans le cadre d'un programme de vérification routière largement médiatisé est justifiée. Il passe, en effet, directement de l'examen de l'objectif gouvernemental à cette conclusion :

Vu l'importance de la sécurité routière et du rôle qu'est appelé à jouer à ce sujet le pouvoir d'arrêter au hasard [...], je suis d'avis que la restriction que le par. 189a(1) du Code de la route impose au droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la Charte est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique²⁵.

L'arrêt *Thomsen*²⁶ reproduit exactement la même analyse, toujours en matière de sécurité routière (il est d'ailleurs remarquable que, jusqu'à aujourd'hui, seul l'objectif « aveuglant » de sécurité routière ait justifié la violation d'un droit déjà restreint dans sa propre définition, l'article 9 en

23. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 703 (j. en chef Lamer).

24. *R. c. Hufsky*, précité, note 20.

25. *Id.*, 636.

26. *R. c. Thomsen*, précité, note 20.

l'espèce²⁷). Pareillement, le juge La Forest, dans l'affaire *Cotroni*²⁸, s'est sans doute laissé éblouir par l'objectif de « protection du public canadien contre le crime²⁹ », au détriment de la conduite logique de tout le reste du contrôle de proportionnalité³⁰.

En deuxième lieu, on observe encore l'importance de l'objectif dans les formulations révisionnistes³¹ du test de proportionnalité : « La question

27. Les articles 7, 8, 9 et 11 e) constituent cette catégorie de droits déjà restreints dans leur définition. Ainsi, une atteinte à la vie *non conforme aux principes de justice fondamentale* ou une saisie *abusive* ou une détention *arbitraire*, ou encore une privation de liberté *sans juste cause*, peuvent être effectuées « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Bien que la Cour ait choisi d'appliquer indistinctement l'article premier à cette catégorie de droits, seul l'objectif de sécurité routière a mené à des conclusions de justification des violations. Outre les arrêts *R. c. Hufsky* et *R. c. Thomsen*, précités, note 20, voir aussi : *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, 1263 (j. Sopinka), 1278 (j. Cory).

28. *États-Unis c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469.

29. *Id.*, 1486. Voir aussi p. 1499, où le juge La Forest insiste encore sur l'importance de l'objectif qui lui semble primordial ; d'où sa conclusion de justification de la restriction de l'article 6 (1) de la Charte.

30. Dans sa dissidence, le juge Wilson ne manque pas de faire observer que pour « supprimer un droit ou une liberté garantis par la Constitution, il ne suffit tout simplement pas que la mesure législative vise à servir un objectif particulier de l'État » : *États-Unis c. Cotroni*, précité, note 28, 1506 (j. Wilson). Par la suite, elle reformule plus étroitement l'objectif de la disposition de la loi permettant l'extradition des nationaux : la « répression du crime transfrontalier » (p. 1512).

31. Le test de l'atteinte minimale, qui est au cœur du contrôle de proportionnalité, a été considérablement assoupli depuis son élaboration dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, note 4. Voir, à ce sujet, la mise au point du juge en chef Dickson dans son dernier arrêt : « J'ose espérer qu'il ressort clairement de l'analyse qui précède que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier » : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 737. Voir aussi *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, 989-990 (j. en chef Dickson). Le professeur P. Garant parle de « réajustement jurisprudentiel notoire » du critère de l'atteinte minimale par la Cour suprême à partir de l'été 1988 : P. GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, vol. 3, 1992, p. 131 et Prologue, pp. XXVII et XXIX. Dans le même sens, la professeure Jamie Cameron écrit : « Though *Oakes* continues to serve as a monolithic standard of justification, the Supreme Court of Canada has institutionalized a series of retreats » : J. CAMERON, « Abstract Principle v. Contextual Conceptions of Harm : A Comment on *R. v. Butler* », (1992) 37 *McGill L.J.* 1135, 1146. Mme B. Wilson, après la cessation de ses fonctions de juge à la Cour suprême, écrit : « I think it is now fair to say that, although the court continues to pay lip service to the strict *Oakes* test, in many of its judgments it has in fact applied a much less rigorous test » : B. WILSON, « Building the Charter Edifice : The First Ten Years », dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), *La Charte : dix ans après, Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien et du ministère de la Justice du Canada tenue à Ottawa en avril 1992*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 95. Voir, aussi, J.E. MAGNET, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Cowans-

est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé [...] à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression *étant donné l'objectif urgent et réel* que visait le gouvernement³² » ; « Le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour *répondre de façon pratique aux objectifs urgents et réels* auxquels il fait face³³ » ; « le conseil d'administration du Vancouver General était « raisonnablement fondé » à conclure que le règlement 5.04 et sa politique d'application portaient « le moins possible » atteinte aux droits et à l'égalité des intimés *compte tenu de son objectif urgent et réel*³⁴ ». Manifestement, à l'intérieur même du test de proportionnalité, l'objectif législatif joue un grand rôle.

En troisième lieu, dans le cadre européen aussi, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg confirme ce rôle de l'objectif. En effet, l'étendue de la « marge nationale d'appréciation³⁵ » laissée aux États comparants dépend, entre autres, du but de la règle de droit limitative³⁶. Autrement dit, le contrôle européen de proportionnalité sera plus ou moins strict selon l'objectif invoqué. Il a été jugé en conséquence que, lorsque la protection de la

ville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 550 ; J. WOEHRLING, « L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême », dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux, aspects canadiens et européens, Actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1992*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 3 ; D. GIBSON, « The Deferential Trojan Horse: A Decade of Charter Decisions », (1993) 72 *R. du B. can.* 417, 441-442 ; C.M. DASSIOS et C.P. PROPHET, « Charter Section 1 : The Decline of the Grand United Theory and the Trend towards Deference in the Supreme Court », (1993) *Advoc. Q.* 289-307 ; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 7, p. 878 et suiv.

32. *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, 994 (j. en chef Dickson) ; l'italique est de nous.
33. *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1197 (j. Lamer) ; l'italique est de nous.
34. *Staffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, 528 (j. La Forest) ; l'italique est de nous.
35. Sur la notion de « marge nationale d'appréciation », voir G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, note 10, p. 189 et suiv. ; P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOFF, *op. cit.*, note 15, pp. 427-449 et p. 585 et suiv. ; F. SUDRE, *op. cit.*, note 10, pp. 41-43 ; M.-A. EISSEN, « La Cour européenne des droits de l'Homme », (1986) 102 *Revue du droit public* 1540, 1774 ; M.W. JANIS et R.S. KAY, *European Human Rights Law*, Hartford, The University of Connecticut Law School Foundation Press, 1990, p. 251 et suiv.
36. Cela dépend aussi de la « nature des activités en jeu » ; arrêt *Dudgeon*, (1981) Cour. Eur. D.H. Sér. A, n° 45, par. 52 : « Toutefois, l'étendue de la marge nationale d'appréciation dépend non seulement du but de la restriction, mais aussi de la nature des activités en jeu. »

morale est invoquée par l'État comparant, sa marge nationale est plus large que lorsqu'il avance l'objectif de protéger l'autorité du pouvoir judiciaire³⁷.

En quatrième et dernier lieu, si l'on revient à l'expérience canadienne, il faut rappeler que c'est en n'exigeant des normes étatiques qu'un « objectif fédéral régulier³⁸ » que la Cour suprême a dévitalisé autrefois la *Déclaration canadienne des droits*³⁹.

Dans le contexte de l'article premier de la Charte canadienne, l'influence qu'exerce la définition de l'objectif sur la conclusion du test final de proportionnalité peut s'expliquer par la nature même de ce dernier test. Il reproduit en effet le conflit traditionnel entre libertés publiques et intérêt public ou, autrement dit, entre droit et liberté et objectif légitime⁴⁰. Ces deux valeurs souvent antagonistes ont déjà été discutées dans les étapes précédentes du raisonnement judiciaire canadien : le droit ou la liberté en question à la première étape (telle garantie a-t-elle été violée par la règle de droit ?) et l'intérêt public dans le test de légitimité des objectifs (l'objectif législatif poursuit-il des préoccupations urgentes et réelles ?). Par conséquent, le traitement juridictionnel de l'objectif est à deux volets, d'un côté en tant que test à part entière, de l'autre en tant qu'élément du test de

37. La Cour européenne des droits de l'homme a justifié ainsi la rigueur de son contrôle dans l'affaire *Sunday Times n° 1*, précitée, note 15, par. 59, par rapport à une affaire antérieure : *Handyside*, (1976) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 24, par. 48. En effet, dans ces deux affaires, la liberté d'expression était en jeu, mais les objectifs poursuivis étaient différents. Pour la deuxième, la protection de la morale a justifié la violation, tandis que, pour la première, la protection de l'autorité du pouvoir judiciaire, notion beaucoup plus objective selon la Cour, ne pouvait justifier la violation ; voir M. DELMAS-MARTY (dir.), *The European Convention for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 86 et suiv ; A. BIGENWALD, *op. cit.*, note 15, p. 92 et suiv.

38. *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693, 707-708 (J. Martland) ; *Bliss c. Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, 194 (J. Ritchie) ; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, 391-394 (J. Ritchie).

39. *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), App. III. La portée de ce texte antérieur à la Charte fut entamée à cause, notamment, d'une interprétation très généreuse de la légitimité des objectifs ; voir *supra*, note 38 ; voir P.W. HOGG, *op. cit.*, note 7, p. 778 et suiv.

40. Dans le cadre canadien, ce conflit a été réinventé par la rhétorique de l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, note 4, et dans le cadre européen, par la théorie de la « marge nationale d'appréciation » ; voir sur ce rapprochement : G. TREMBLAY et S. MARSOLAIS, « Reconnaître aux pouvoirs politiques une marge d'appréciation aux fins de l'article premier de la Charte canadienne », (1992) 52 *R. du B.* 841-857.

proportionnalité⁴¹. Donc, quand le magistrat désigne l'objectif, il prépare les éléments de sa conclusion du test de proportionnalité.

Au demeurant, l'enjeu de la définition des objectifs est tel que certains arrêts de la Cour suprême révèlent un traitement vraiment calculé de l'objectif.

1.1.2 Les manifestations de l'importance tactique du test de légitimité

En fait, deux manœuvres tendant à orienter l'objectif se distinguent de la jurisprudence : le détournement flagrant et la définition trop générale des objectifs.

1.1.2.1 Le détournement d'objectifs

L'exemple classique nous est fourni par la décision *Ford*⁴² où, faut-il le rappeler, la Cour suprême du Canada avait prêté unanimement à la *Charte de la langue française*⁴³ l'objectif de « refléter le « visage linguistique » du Québec⁴⁴ ». Un tel objectif ne peut, en toute logique, justifier en vertu de l'article premier de la Charte canadienne une loi imposant l'usage *exclusif* du français en matière de publicité commerciale — la langue française n'est pas d'usage exclusif au Québec. Une telle conclusion perd toutefois de son irrésistibilité lorsqu'on attribue à cette loi un autre objectif tout aussi envisageable : la protection de la spécificité linguistique du Québec^{44a}.

41. Le test de proportionnalité est donc syncrétique parce que les trois composantes essentielles du conflit de proportionnalité — l'intérêt public, le droit ou la liberté en cause, les circonstances de l'affaire — sont définies antérieurement au test de proportionnalité proprement dit. Cela est particulièrement vrai dans la perspective canadienne. En effet, le droit ou la liberté en question et les circonstances de la violation ont déjà été portés à l'attention du juge durant la première phase du contrôle en vertu de la Charte : le juge, lorsqu'il statue en premier lieu sur l'existence d'une violation, prend évidemment en considération la nature du droit et les circonstances de l'atteinte ; pareillement, l'intérêt public a déjà été soupesé par le juge, mais dans le deuxième test, celui de la légitimité des objectifs. C'est pourquoi le test de proportionnalité peut être qualifié de syncrétique, dans le sens où il regroupe des éléments prédéfinis, où il consiste en une appréhension globale du tout qu'ils forment et où il conclut fatalement tout contrôle de proportionnalité.

42. *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

43. *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11.

44. *Ford c. Procureur général du Québec*, précité, note 42, 780.

44a. Voir le préambule de la *Charte de la langue française*, précitée, note 43 : « L'Assemblée nationale reconnaît la volonté des Québécois d'assurer la qualité et le rayonnement de la langue française. Elle est donc résolue à faire du français la langue de l'État et de la Loi aussi bien que la langue normale et habituelle du travail, de l'enseignement, des communications, du commerce et des affaires. »

Un deuxième exemple de détournement d'objectif se situe dans l'affaire *SGDMR c. Saskatchewan*⁴⁵ dans laquelle l'objectif d'éviter un préjudice économique grave était invoqué par le gouvernement pour tenter de justifier une intervention législative dans un conflit de travail privé touchant l'industrie laitière⁴⁶. Le juge en chef Dickson ne retint pas seulement l'objectif d'éviter un préjudice économique grave mais aussi celui d'éviter un préjudice économique grave « pour les tiers⁴⁷ ». Sans nul doute, cette reformulation présente l'objectif comme plus important encore puisque la protection de tiers dans un conflit est en soi très louable. Cependant, cette redéfinition conduisit le juge en chef à considérer les producteurs laitiers comme tiers au conflit de travail, sous prétexte que ce conflit concernait la coopérative des producteurs, personne juridique distincte des producteurs individuels⁴⁸. La conclusion de justification de la loi attentatoire à la liberté d'association en était facilitée. Ce travail de l'objectif fut dénoncé par la juge Wilson en dissidence⁴⁹.

Un troisième exemple est fourni par les juges dissidents dans l'affaire *Zundel*⁵⁰; en l'espèce, M. Zundel, adepte de l'histoire révisionniste anti-sémite, a publié une brochure de 32 pages intitulée *Did Six Million Really Die ?* Accusé en vertu de l'article 181 du *Code criminel*⁵¹ qui pénalise la divulgation volontaire de fausses nouvelles, il soulève l'inconstitutionnalité de cet article au nom de la liberté d'expression garantie dans l'article 2 b) de la Charte⁵². La violation de la liberté d'expression est constatée à l'unanimité par les juges de la Cour suprême⁵³. Cependant, les juges dissidents concluent que cette violation est raisonnablement justifiée contrairement à la juge McLachlin, majoritaire. Pour arriver à cette conclusion, l'objectif a été profondément travaillé par les juges dissidents. En effet, l'article 181 du *Code criminel* a un objectif dont l'origine remonte indiscutablement au XIII^e siècle, à savoir protéger les « grands du Royaume » contre les fausses insinuations⁵⁴. Mais, par l'entremise d'une disposition

45. *SGDMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

46. *Id.*, 476 (j. en chef Dickson), 486 (j. Wilson).

47. *Id.*, 477-478 (j. en chef Dickson).

48. *Id.*, 478.

49. *Id.*, 493 (j. Wilson).

50. *R. c. Zundel*, précité, note 11.

51. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.

52. L'accusé invoque également l'article 7 de la Charte, mais cette question n'est pas traitée, ni par le juge majoritaire, ni par les dissidents.

53. *R. c. Zundel*, précité, note 11, 778 (j. McLachlin), 843 (jj. Cory et Iacobucci).

54. *Id.*, 793 (jj. Cory et Iacobucci), 744 (j. McLachlin).

interprétative de la Charte, l'article 27, et d'une disposition principale, l'article 15, les juges dissidents redéfinissent l'objectif :

L'engagement du Canada à enrayer l'intolérance et sa volonté de promouvoir le multiculturalisme [art. 27] et l'égalité [art. 15] soulignent l'importance et la portée de l'intérêt que le public a dans la protection contre le préjudice causé par les discours faux et, partant, dans le maintien de la tolérance raciale et sociale⁵⁵.

Ainsi, l'interdiction de diffuser des fausses nouvelles avait pour objectif au XIII^e siècle de protéger la haute noblesse du royaume anglais et aujourd'hui, au Canada, depuis la Charte, de protéger les minorités et de garantir l'égalité. Il s'agit d'une redéfinition de l'objectif et non d'une simple actualisation⁵⁶ ou d'un « changement d'accent⁵⁷ ». Il s'agit même d'un renversement d'objectif puisqu'à l'origine les nantis bénéficiaient de la protection de cet article alors que maintenant en bénéficieraient les moins favorisés, les minorités. Il faut noter que ce renversement était nécessaire pour que l'article 181 du *Code criminel* franchisse le contrôle en vertu de l'article premier de la Charte, puisque, en fait, il était impossible de trouver une explication à la survie de cet article depuis la fin du XIX^e siècle et lors des codifications du XX^e siècle⁵⁸.

Ces trois exemples de détournement d'objectif illustrent de façon directe l'importance de la définition de ceux-ci. De façon indirecte, la méthode de définition peut, elle aussi, changer profondément la conclusion à l'issue de l'analyse en vertu de l'article premier.

1.1.2.2 La définition trop générale de l'objectif

Nous avons vu jusqu'à présent des cas où l'objectif était détourné, où il était même redéfini. Les objectifs étaient différents. Une autre série d'exemples montre des dissidences plus nuancées où les objectifs ne sont pas radicalement différents mais définis selon un niveau de généralité variable. Ainsi, dans l'affaire *Cotroni*⁵⁹, le juge La Forest, majoritaire, prêtait à la *Loi sur l'extradition*⁶⁰ permettant l'extradition des nationaux l'objet de protéger le « public canadien contre le crime [et de] découvrir la vérité concernant les accusations⁶¹ ». À l'opposé, la juge Wilson, dissidente, prêtait à la disposition de cette loi l'objectif de « répression du

55. *Id.*, 821-822 (jj. Cory et Iacobucci).

56. Sur l'actualisation des objectifs, *infra*, section 2.2.

57. *R. c. Zundel*, précité, note 11, 819 (jj. Cory et Iacobucci).

58. *Id.*, 744 (j. McLachlin), 793 (jj. Cory et Iacobucci).

59. *États-Unis c. Cotroni*, précité, note 28.

60. *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, c. E-21, art. 3.

61. *États-Unis c. Cotroni*, précité, note 28, 1486-1487 (j. La Forest).

crime transfrontalier⁶² ». Les niveaux de définition sont ici très différents. L'un est très général, l'autre plus précis.

D'autres décisions sont aussi marquées par des niveaux de définition éloignés. Dans le *Renvoi relatif au code criminel (Man.)*⁶³, le juge Lamer, alors juge puîné, majoritaire, définit très largement l'objectif de l'alinéa 195.1 (1) c) du *Code criminel* qui interdit toute communication dans un lieu public à des fins de prostitution : « minimiser le spectacle public d'une activité qui est dégradante pour les femmes [...] et [...] restreindre la déchéance associée à la sollicitation publique à des fins de prostitution⁶⁴ ». À l'inverse, la juge Wilson définit plus strictement l'objectif : lutter contre la « nuisance publique ou sociale de l'offre de services sexuels en public⁶⁵ ». Plus tard, c'est au tour du juge en chef Lamer de refuser de prêter à une loi incriminée (la *Loi sur la concurrence*⁶⁶) un objectif trop général pour conclure à l'inconstitutionnalité de la loi⁶⁷. La Cour suprême s'est aussi interrogée sur l'objectif pouvant animer une clause de précompte syndical obligatoire d'une convention collective s'imposant aux professeurs d'un collège⁶⁸. La réponse peut être précise (consolider la force du syndicat)⁶⁹ ou distante (promouvoir la démocratie industrielle⁷⁰ ou favoriser la paix industrielle par l'encouragement de la libre négociation collective⁷¹). Enfin, dans l'affaire *Rodriguez*⁷² où la constitutionnalité de l'article 241 b) du *Code criminel* prohibant l'assistance au suicide était en jeu, deux objectifs s'opposaient : celui des juges majoritaires de « protéger et de préserver le respect de la vie humaine »⁷³ et ceux des dissidents, d'éliminer la crainte d'abus du suicide assisté légalisé qui entraînerait la mort de personnes vulnérables et influençables⁷⁴.

Nous verrons plus loin que la sélection de l'objectif n'est pas neutre dans la mesure où, dans les exemples ci-dessus, l'objectif général amène une conclusion de justification de la règle de droit et, inversement, l'objec-

62. *Id.*, 1512 (j. Wilson).

63. *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, précité, note 33.

64. *Id.*, 1194 (j. Lamer).

65. *Id.*, 1210 (j. Wilson), 1134-1135 (j. en chef Dickson).

66. *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34.

67. *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154 ; pour un exposé plus précis de l'opinion du juge en chef Lamer dans cette affaire, voir *infra*, section 2.3.1.

68. *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.

69. *Id.*, 282 (j. Wilson), 334 (j. Sopinka).

70. *Id.*, 335 (j. Sopinka).

71. *Id.*, 282 (j. Wilson).

72. *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519.

73. *Id.*, 613 (j. Sopinka).

74. *Id.*, 625 (j. McLachlin), 558 (j. en chef Lamer).

tif particulier conduit à une conclusion de déraisonnabilité de la règle de droit^{74a}. Mais, entre temps, il faut encore souligner la difficulté de cette tâche.

1.2 Les difficultés de la sélection des objectifs

Il ressort nettement de la jurisprudence canadienne une difficulté d'appréhender l'objectif. Celle-ci provient de deux problèmes majeurs : d'une part, une quantité d'objectifs *divers* sont présentés à la Cour ; d'autre part, de *multiples* objectifs sont souvent avancés au soutien d'une seule et même loi. Nous aborderons donc le problème de la pluralité des objectifs sous ces deux angles : celui de leur diversité (1.2.1) et celui de leur multiplicité (1.2.2).

1.2.1 La diversité des objectifs (des lois)

La Cour suprême du Canada légitime une kyrielle d'objectifs différents. M^e Luc Huppé en a clairement dressé une liste⁷⁵. On y trouve une multitude d'objectifs classés selon leur parenté : protection de la santé et de la sécurité publiques, fonctionnement régulier de l'organisation sociale, prévention et lutte contre la criminalité, objectifs économique, professionnel et culturel, etc.⁷⁶.

Le nombre et la diversité d'objectifs légitimés pourraient prêter le flanc à la critique pour deux raisons. Selon la première, une telle diversité ne correspond pas à l'exigence naturelle d'une interprétation étroite des clauses de restriction des droits et libertés constitutionnels. Le rôle du juge devrait dépasser le simple relevé de présence d'un objectif quelconque. Selon la seconde, l'interprétation large et évolutive de la Charte canadienne, à l'opposé de celle de la Déclaration canadienne⁷⁷, aurait dû se traduire par un filtrage sévère des objectifs avancés.

On constate que la jurisprudence n'a pas été très exigeante à l'égard des objectifs puisque, au rang de ceux-ci, ont été jugés légitimes la promotion de l'excellence universitaire⁷⁸, la réglementation de la profession juri-

74a. *Infra*, section 2.1.3.

75. L. HUPPÉ, « Quelques objectifs législatifs suffisamment importants aux fins de l'article 1 de la Charte », (1991) 51 R. du B. 294.

76. *Id.*, 295-296.

77. *Déclaration canadienne des droits*, précitée, note 39.

78. *Mckinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 281 (j. La Forest).

dique⁷⁹, la neutralisation des conséquences d'un congédiement injuste⁸⁰, voire le maintien de l'ordre et du décorum dans une assemblée législative⁸¹ ou la diminution de déchets dans les rues, des « irritants esthétiques », ainsi que des dangers pour la circulation et les personnes qui effectuent la réparation et l'entretien des poteaux de service public⁸².

Malgré la pertinence de ces critiques, certains objectifs doivent-ils être considérés comme illégitimes en eux-mêmes ? Autrement dit, le magistrat doit-il juger de l'importance des objectifs ? La « commodité administrative⁸³ » ou l'efficacité et le coût économique de l'administration de la justice⁸⁴ sont-ils des objectifs « insuffisants » en eux-mêmes ? Nous verrons plus loin que, pour des raisons de retenue judiciaire, répondre positivement à toutes ces questions ne nous semble pas approprié^{84a}. Surtout dans la mesure où le test subséquent de proportionnalité semble davantage convenir à tout exercice de hiérarchisation des objectifs. Par conséquent, le problème de la diversité des objectifs ne devrait pas, selon nous, trouver de solution à l'intérieur du test de légitimité.

Il n'en est pas de même avec le problème de la multiplicité d'objectifs invoqués au soutien d'une seule loi.

1.2.2 La multiplicité d'objectifs (d'une loi)

La pluralité des objectifs se manifeste d'une deuxième façon : il est fréquemment arrivé dans la jurisprudence canadienne ou européenne que plusieurs objectifs soient avancés par le ministère public au soutien d'une seule et même loi restreignant des libertés publiques garanties. Deux, voire trois, objectifs sont parfois invoqués par les autorités publiques. Au lieu et place d'une énumération laborieuse, voici un tableau de quelques exemples jurisprudentiels :

79. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 13, 187 (j. McIntyre) ; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, 627 (j. La Forest).

80. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1051 (j. en chef Dickson), 1082 (j. Lamer).

81. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

82. *Ramsden c. Ville de Peterborough*, [1993] 2 R.C.S. 1084.

83. *Singh et autres. c. Ministère de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, note 13, 218 (j. Wilson) ; confirmé la même année par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 13, 352, et en 1985 par l'actuel juge en chef Lamer, alors juge puîné, dans *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 518 (j. Lamer).

84. *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, 1390 (j. Lamer).

84a. *Infra*, section 2.3.2.1.

La multiplicité des objectifs

Arrêt	Règle de droit	Objectifs avancés
<i>R. c. Morgentaler</i> , [1988] 1 R.C.S. 30	art. 251 C.cr. : l'avortement est un crime, sauf dans les cas thérapeutiques	1) protection de la vie du fœtus 2) protection de la vie de la mère (j. en chef Dickson, p. 74 ; j. Beetz, p. 122 ; j. Wilson, p. 181)
<i>Andrews c. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 R.C.S. 143	art. 42 <i>Barristers and Solicitors Act</i> (B.C.) : exigence de la citoyenneté canadienne pour l'admission au Barreau de la Colombie-Britannique	« 1. [...] familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes 2. [...] engagement envers la société canadienne. 3. [...] les avocats jouent un rôle fondamental dans le système canadien de gouvernement démocratique, ils devraient avoir la citoyenneté » (j. La Forest, pp. 198-199)
<i>Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta</i> , [1989] 2 R.C.S. 1326	art. 30 <i>Judicature Act</i> (Alberta) : interdiction de la publication d'information sur une instance relative à un mariage	1) sauvegarder la morale publique 2) favoriser l'accès aux tribunaux 3) assurer la protection de la vie privée (j. Cory, pp. 1343-1345)
<i>R. c. Swain</i> , [1991] 1 R.C.S. 933	règles de common law permettant une preuve d'aliénation mentale apportée par le ministère public, ainsi que l'article 542 (2) C.cr.	1) éviter que l'accusé soit traité de façon inéquitable 2) protéger le public contre des malades dangereux (j. en chef Lamer, p. 981)
<i>R. c. Seaboyer</i> , [1991] 2 R.C.S. 577	art. 276 C.cr. : exclusion de la preuve du passé sexuel de la plaignante victime d'agression sexuelle	« [...] abolir l'usage sexiste et dépassé d'utiliser des preuves concernant le comportement sexuel [de la plaignante] » (j. McLachlin, p. 625) « Subsidiairement, [...] favoriser l'équité des procès, [...] inciter au dépôt de plaintes [...] réduire le plus possible l'atteinte à la vie privée de la plaignante » (j. McLachlin, p. 627)

Dickason c. University of Alberta, [1992] 2 R.C.S. 1103

convention collective d'une université prévoyant la retraite obligatoire à 65 ans pour les membres du corps professoral

- 1) promouvoir la permanence et le renouvellement du corps professoral
- 2) assurer la planification et la gestion des ressources humaines
- 3) assurer une retraite dans la dignité
- 4) maintenir l'excellence universitaire
- 5) préserver la liberté académique (j. Cory, p. 1134 ; j. L'Heureux-Dubé, p. 1177)

Le juge se trouve, dans bien des cas, devant plusieurs objectifs prétendus, et il lui incombera d'enrayer la tentation gouvernementale de présenter une pléthore d'objectifs dans le dessein de voiler le regard judiciaire par le nombre. À cet égard, il est symptomatique que, dans l'arrêt *Edmonton Journal*⁸⁵, le juge majoritaire élague deux des trois objectifs pour aboutir à une conclusion de non-justification de la violation de la liberté de la presse⁸⁶, alors que les juges dissidents tiennent chacun de ces trois objectifs pour légitime et concluent à la justification de la violation⁸⁷. La ressemblance avec l'affaire européenne du *Sunday Times*⁸⁸, tant dans les enjeux que dans la démarche, est frappante. En fait, du point de vue des autorités publiques, plus il y a d'objectifs, plus la légitimité de la violation paraît acquise.

Se pose donc la question de la *sélection* des objectifs invoqués au soutien d'une seule règle de droit. Deux situations semblent se distinguer : d'une part, lorsque des objectifs complètement différents s'additionnent ; d'autre part, lorsque des objectifs voisins s'entremêlent.

85. *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

86. *Id.*, 1343-1345 (j. Cory).

87. *Id.*, 1373-1380 (motifs du juge La Forest, dissident en partie, auxquels souscrivent les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka).

88. Affaire *Sunday Times n° 1*, précitée, note 15. En effet, dans ces deux affaires, la liberté de la presse était indûment restreinte dans le cadre d'instances judiciaires, selon les deux cours. Et, de façon identique, les deux cours ont écarté deux des trois objectifs avancés par le ministère public.

1.2.2.1 Les objectifs différents

Par exemple, les objectifs de maintien de services essentiels et de protection des intérêts de tiers étaient avancés au soutien d'une loi qui imposait un processus d'arbitrage obligatoire mettant fin à toute menace de grève ou de lock-out dans l'industrie laitière de la Saskatchewan⁸⁹. Ou encore, les deux objectifs distincts de sauvegarder la morale publique et de favoriser l'accès aux tribunaux étaient prétendument à l'origine d'une loi interdisant la publication d'information sur une instance relative à un mariage⁹⁰. Comme dernier exemple, le gouvernement fédéral, dans la défense de sa loi gelant les salaires de ses fonctionnaires et les négociations salariales, aurait pu ajouter à l'objectif de lutte contre l'inflation celui de lutte contre le déficit budgétaire⁹¹. Pourtant, ces deux objectifs sont bien distincts puisqu'une lutte contre l'inflation peut réussir indépendamment de celle contre le déficit.

Aussi, lorsque des objectifs très différents sont avancés, le juge n'a pas véritablement d'autre choix que d'appliquer le test de légitimité à chacun de ces objectifs⁹², sous réserve d'une incompatibilité entre eux.

1.2.2.2 Les objectifs voisins

La sélection des objectifs se complique infiniment si ces derniers sont interreliés ou voisins. Il en était ainsi dans l'affaire *Seaboyer*⁹³ traitant de la constitutionnalité de l'article 276 du *Code criminel* excluant la preuve du passé sexuel de la plaignante victime d'agression sexuelle. La juge McLachlin acceptait de prêter à cet article, entre autres, les objectifs voisins d'« abolir l'usage sexiste et dépassé d'utiliser des preuves concernant le comportement sexuel [de la plaignante]⁹⁴ » et de « réduire le plus possible l'atteinte à la vie privée de la plaignante⁹⁵ ». Pareillement, dans l'affaire *Andrews*⁹⁶, le contrôle en vertu de l'article premier de la Charte

89. *SGDMR c. Saskatchewan*, précité, note 45, 476 (j. en chef Dickson).

90. Ces deux objectifs, avec un troisième relatif à la protection de la vie privée, étaient avancés par le ministère public dans l'affaire *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, précitée, note 85, 1343-1345 (j. Cory).

91. *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424.

92. C'est ce qu'ont fait les juges Dickson et Wilson dans l'affaire *SGDMR c. Saskatchewan*, précitée, note 45, 477-483 (j. en chef Dickson), 486-495 (j. Wilson), et le juge Cory dans l'affaire *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, précitée, note 85, 1343-1345 ; voir aussi *Dickson c. University of Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 1177 (j. L'Heureux-Dubé).

93. *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

94. *Id.*, 625 (j. McLachlin).

95. *Id.*, 627 (j. McLachlin).

96. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 13.

partait des trois objectifs suivants : « 1. [...] familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes. 2. [...] engagement envers la société canadienne. 3. [...] les avocats jouent un rôle fondamental dans le système canadien de gouvernement démocratique, ils devraient avoir la citoyenneté [selon le gouvernement]⁹⁷ ». Ces trois objectifs sont intimement liés. Enfin, les motifs du juge Sopinka dans l'affaire *Butler*⁹⁸ peuvent servir de dernier exemple de similitude entre certains objectifs. Se fondant sur l'article 163 du *Code criminel* qui supprime la liberté de distribution de « matériel » obscène, le juge Sopinka, majoritaire, énumère les objectifs établis par les parties :

L'intimée prétend qu'il existe plusieurs objectifs urgents et réels qui justifient la suppression de la liberté de distribution de matériel obscène. Essentiellement, ces objectifs visent, d'une part, à éviter le préjudice auquel donnent lieu les changements d'attitude antisociaux causés par le fait d'être exposé à du matériel obscène et, d'autre part, à maintenir, dans l'intérêt du public, une « société décente ». Par contre, l'appelant soutient que l'art. 163 vise à faire de l'État le « gardien des mœurs » en matière sexuelle et à imposer des normes subjectives de moralité⁹⁹.

Ces trois objectifs se distinguent-ils vraiment ? Le juge Sopinka peut affirmer que le troisième objectif « n'est plus défendable compte tenu de la *Charte*¹⁰⁰ », il n'en reste pas moins que ces trois objectifs sont très semblables et que le jugement final défendra une certaine conception, même minimale, de la moralité.

Au total, on doit remarquer qu'une des origines de la ressemblance entre objectifs peut provenir du niveau de généralité par lequel la Cour les définit. Par exemple, comme nous l'avons vu précédemment¹⁰¹, nul doute qu'une clause de précompte obligatoire prévue dans une convention collective d'un collège et imposant aux professeurs de verser des cotisations syndicales ait à la fois pour objectif de renforcer le syndicat et de promouvoir la démocratie industrielle. Ou encore, il est effectivement manifeste qu'en matière d'agression sexuelle une injonction de non-publicité du nom de la plaignante vise non seulement à « encourager les victimes

97. *Id.*, 198-199 (j. La Forest) ; la juge Wilson se base aussi sur ces trois objectifs (p. 156) qui avaient été définis préalablement par la juge McLachlin, alors juge en chef de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

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

99. *Id.*, 491-492 (j. Sopinka).

100. *Id.*, 492. Sur cet arrêt, voir J. CAMERON, *loc. cit.*, note 31 ; D.M. MC ALLISTER, « Butler : A Triumph for Equality Rights », (1992) 2 *N.J.C.L.* 118.

101. *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, précité, note 68 ; *supra*, section 1.1.2.2.

d'agression sexuelle à porter plainte¹⁰² », mais aussi à « réprimer le crime et [...] améliorer l'administration de la justice¹⁰³ ».

Devant toutes ces difficultés de sélectionner les objectifs légitimes, on aurait pu s'attendre que la Cour suprême apporte rapidement des éléments de solution. Pourtant, pendant longtemps, de la lecture de la jurisprudence ne pouvait se dégager aucune ligne de conduite en ce qui concerne le test de l'objectif légitime. Cela était d'ailleurs observé en 1991 par M^e Luc Huppé :

La Cour suprême du Canada n'a pas encore énoncé les considérations qui l'amènent à qualifier un objectif de suffisamment important, elle n'a pas dévoilé la méthode qui lui permet d'apprécier la valeur des objectifs législatifs par rapport au degré d'importance requis aux fins de l'article 1 de la Charte. L'approche empirique retenue par la Cour donne l'impression qu'elle ne suit aucune ligne directrice à cet égard, qu'aucun principe n'oriente sa qualification des objectifs législatifs. On chercherait en vain dans la jurisprudence de la Cour une classification quelconque des objectifs qui autorisent les législateurs à enfreindre les droits et libertés des justiciables¹⁰⁴.

Cette lacune méthodologique était d'autant plus étonnante que la Cour suprême est rompue à l'exercice de repérage des objectifs des lois. Toute la jurisprudence concernant le partage des compétences le démontre. En effet, l'interprétation judiciaire des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁵ a souvent buté, et bute encore, sur des chevauchements de compétence (par exemple, dans les relations de travail, la réglementation des échanges ou du commerce, le droit de la famille) ; or, pour répartir ces compétences entre les autorités fédérale et provinciale, le juge doit qualifier l'objectif que poursuit la loi :

En effet, le principe fondamental veut que l'on recherche le « caractère véritable » (pith and substance) de la mesure qu'il s'agit de qualifier, c'est-à-dire la matière sur laquelle celle-ci porte essentiellement, ou encore, ce à quoi elle est « relative » par opposition à ce qu'elle « affecte »¹⁰⁶.

Aujourd'hui encore, en vertu de la Charte, le plaideur n'est pas tout à fait fixé sur la façon de combattre les objectifs avancés. Cependant, à

102. *Canadian Newspapers Co. c. Procureur général du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 122, 130 (J. en chef Lamer).

103. *Ibid.*

104. L. HUPPÉ, *loc. cit.*, note 75, 295 ; le professeur Pierre Béliveau, maintenant juge à la Cour supérieure du Québec, fait des observations dans le même sens : P. BÉLIVEAU, *op. cit.*, note 7, p. 58.

105. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3. Ce sont principalement ces deux articles qui établissent le partage des compétences entre le niveau fédéral et le niveau provincial.

106. J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 325 ; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 7, p. 377.

défaut de réponses fermes, on distingue dorénavant des indices tournant autour de trois grandes questions auxquelles la Cour suprême a dû faire face.

2. Des critères de sélection des objectifs encore vagues

Il est possible de synthétiser la jurisprudence autour de trois situations rencontrées :

- 1) une loi a bien souvent un objectif immédiat au service d'un intérêt public plus général, plus lointain ; elle est donc animée par au moins deux objectifs ;
- 2) une loi peut aussi avoir un objectif aujourd'hui périmé ou, au contraire, actualisable ;
- 3) enfin, il peut être prêté à une loi un objectif fictif, au sens de non prouvé.

À partir de ces trois situations, trois questions de fond se posent : ne faut-il sélectionner qu'un seul des deux objectifs ? L'actualité des objectifs doit-elle être garantie ? Enfin, quel fardeau de preuve de l'objectif doit assumer l'État ?

2.1 L'objectif immédiat et l'objectif général

2.1.1 L'énoncé du problème

Nous avons vu plus haut qu'il est arrivé bien souvent que des objectifs législatifs soient définis étroitement ou au contraire très largement. Les exemples de clause de précompte syndical, de lois concernant l'extradition, de preuve admissible en défense contre une victime d'agression sexuelle et de diffusion de « matériel » obscène ont été passés en revue¹⁰⁷.

Si l'on prend un autre exemple encore, une généralisation se dessine : toute règle de droit comporte deux objectifs au minimum. Ainsi, la *Loi réglementant les produits du tabac*¹⁰⁸ poursuit un objectif immédiat, la réglementation de la publicité sur le tabac, et défend un intérêt public plus général, la protection de la santé publique¹⁰⁹. Il faut ajouter que la plupart du temps ne sont contestées que quelques dispositions d'une loi, non son intégralité. Le magistrat, alors, doit-il tenir compte des deux objectifs

107. *Supra*, sections 1.1.2.2. et 1.2.2.2.

108. *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, c. 20.

109. *Id.*, art. 3. Voir *R.J.R.-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, [1993] R.J.Q. 375 (C.A.Q.).

inévitables, celui général de la loi en cause et celui particulier de la disposition attaquée, ou d'un seul¹¹⁰ ? En tout état de cause, la démarche qui consiste à retenir l'un, dans l'examen du respect du partage des compétences, et l'autre, dans le contrôle en vertu de la Charte, est à tout le moins inconséquente¹¹¹. Si cette attitude est à proscrire, laquelle retenir alors ? Avoir des guides pour la sélection des objectifs est donc nécessaire. Malheureusement, la position de la Cour suprême sur cette question reste hésitante.

2.1.2 La position de la Cour suprême du Canada

Durant le mandat de la juge Wilson à la Cour suprême, une réponse faillit être donnée au problème de la dualité des objectifs. Par sa « méthode contextuelle », la juge Wilson tendait à favoriser l'objectif immédiat de la disposition légale attaquée.

La méthode contextuelle, rappelons-le, a été élaborée dans l'affaire *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*¹¹² de 1989. Il serait vain de paraphraser les propos de la juge Wilson sur la question, tant ils nous semblent limpides :

Des deux façons possibles d'aborder l'application de la Charte, on peut décrire la première comme la méthode abstraite et l'autre comme la méthode contextuelle. Bien que les modes d'application, c'est-à-dire les étapes analytiques à suivre, soient identiques dans chacune, la méthode retenue peut avoir une influence sur le résultat du processus d'équilibrage requis en vertu de l'article premier¹¹³.

La juge Wilson est d'avis que l'une ou l'autre de ces méthodes doit s'appliquer de façon continue, non seulement à la désignation de l'objectif législatif mais aussi et avant tout à la définition du droit menacé en l'espèce. Par la suite, elle jette son dévolu sur la méthode contextuelle qui a pour mérite essentiel de reconnaître l'influence du contexte de chaque espèce

110. Dans l'affaire sur le tabac, les articles 4, 5, 6 et 8 de la loi étaient contestés ; fallait-il retenir les objectifs particuliers de chacun de ces articles qui prohibaient toute forme de publicité du tabac au Canada et réglementaient l'exposition et l'affichage du tabac chez les détaillants, ou l'objectif général de la loi sur la protection de la santé publique ? *R.J.R.-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, précité, note 109, 389 et 390 (J. LeBel).

111. M. Gosselin note que le juge en chef Dickson, dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd.*, précitée, note 13, a été très attentif à cette double qualification de l'objectif législatif. En effet, nier à la *Loi sur le dimanche* un objectif laïc « venait à affirmer qu'une loi ne pouvait viser un objet dans le contexte du partage des compétences et un objet différent dans le contexte des droits garantis en vertu de la Charte et son article 1 » : J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 70.

112. *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 85.

113. *Id.*, 1352 (J. Wilson).

sur la valorisation de la liberté en cause¹¹⁴. En ce qui nous concerne, nous ne nous attarderons sur l'effet de cette méthode que relativement à la désignation des objectifs. Ainsi, nous avons déjà vu que dans l'affaire *Cotroni*¹¹⁵ et dans le *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*¹¹⁶ la juge Wilson avait défini de près les objectifs. Toujours en application de sa méthode, dans l'arrêt *Chaulk*¹¹⁷, elle examine durant 15 pages le bien-fondé de l'objectif présenté par le gouvernement et en arrive à la conclusion que l'article 16 (4) du *Code criminel* ne vise pas une préoccupation urgente, réelle et actuelle. À première vue, il semblerait donc que l'objectif précis de la disposition contestée soit privilégié, comme l'écrivait en 1992 le juge en chef Lamer : « une partie importante de toute analyse contextuelle comporte un examen de l'objet précis de la disposition législative contestée¹¹⁸ ».

114. *Id.*, 1355-1356 (j. Wilson) : « Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier. J'estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents [...] C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. »

115. *États-Unis c. Cotroni*, précité, note 28, 1512 (j. Wilson) ; *supra*, section 1.1.2.2.

116. *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, précité, note 33 ; dans cet arrêt, le juge en chef Dickson (pp. 1134-1135) s'était inscrit dans la même lignée que celle de la juge Wilson : « Comme le juge Wilson, je suis d'avis de qualifier l'objectif de l'al. 195.1.(1)c) de la façon suivante : la disposition vise la sollicitation dans les endroits publics et, à cette fin, tente de supprimer les diverses formes de nuisances sociales qui découlent de l'étalage en public de la vente de services sexuels [...] En interdisant la vente de services sexuels dans les endroits publics, la loi ne tente pas, à tout le moins directement, de traiter le problème de l'exploitation, de la dégradation et de la subordination des femmes, qui font partie de la réalité quotidienne de la prostitution. À mon avis, la loi vise plutôt à empêcher que la sollicitation en vue de se livrer à la prostitution se fasse dans les rues et sous les regards du public. » Notons que, dans son dernier jugement, le juge en chef Dickson prône de nouveau la méthode contextuelle : *R. c. Keegstra*, précité, note 31, 737 (j. en chef Dickson).

117. *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, 1372-1387 (j. Wilson).

118. *R. c. Z. (D.A.)*, [1993] 2 R.C.S. 1025, 1051 (j. en chef Lamer) ; il est nécessaire de préciser que le débat autour de l'analyse contextuelle dans cette affaire était issu de l'article 56 (2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), c. Y-1, qui emploie l'expression suivante : « lorsque le contexte l'exige ».

Aujourd'hui, la Cour suprême, sensible à ce « Discours de la méthode », semble entièrement convertie¹¹⁹. Mais l'effet sur les objectifs de la conversion de la Cour à la méthode contextuelle n'est pas automatique. Aucune affirmation de principe n'est venue guider le justiciable qui voudrait savoir dans quelle mesure l'État peut présenter des objectifs généraux et abstraits en même temps que l'objectif particulier et immédiat de la disposition contestée. Parfois même, l'application de la méthode contextuelle prête à confusion. En effet, faire appel au « contexte » peut signifier élargir encore le contrôle judiciaire. Le contexte ne doit-il comprendre les circonstances de la violation qu'au regard de l'objectif particulier de la disposition contestée, ou, au contraire, au regard de l'objectif de l'ensemble de la législation du domaine de la disposition contestée ? Autrement dit, l'expression même de « méthode contextuelle » pourrait justifier, en ce qui concerne les objectifs, un examen très large de ceux-ci.

Prenons l'exemple de l'affaire *Wholesale Travel Group Inc.*¹²⁰ dans laquelle l'article 37.3 de la *Loi sur la concurrence*¹²¹ fut considéré comme violant l'article 7 de la Charte en ce qu'il opère un renversement de la charge de la preuve d'une publicité fausse ou trompeuse et en ce qu'il exige une rétractation rapide de ladite publicité afin de pouvoir se disculper. Le juge Cory, d'un côté, institutionnalise la méthode contextuelle¹²² et, de l'autre, s'en sert pour élargir l'examen du cadre légal d'une infraction : « Il est manifestement approprié en l'espèce d'utiliser la méthode contextuelle

119. *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, 192 (j. L'Heureux-Dubé), 246 (j. McLachlin); *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, précité, note 67, 225 (j. Cory), 190-191 (j. en chef Lamer qui applique indirectement la méthode contextuelle). Voir aussi les motifs de la juge McLachlin dans *Rocket c. Collège Royal des Chirugiens dentistes*, [1990] 2 R.C.S. 232, 246-247 : « En situant les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l'expression en question. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta* [...] ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection. Toutes les violations de la liberté d'expression ne sont pas également graves. » Voir encore *Seaboyer c. R.*, précité, note 93, 647 (j. McLachlin); *R. c. Zundel*, précité, note 11, 803 (jj. Cory et Iacobucci); *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 98 (j. L'Heureux-Dubé) et 124 (j. McLachlin); *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 438 (j. L'Heureux-Dubé); *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 826-827 (j. L'Heureux-Dubé); *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406, 445 (j. L'Heureux-Dubé); *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, 288 (j. Gonthier); *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701.

120. *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, précité, note 67.

121. *Loi sur la concurrence*, précitée, note 66.

122. *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, précité, note 67, 225 (j. Cory) : « La méthode formulée par le juge Wilson a été citée et approuvée par notre Cour dans plusieurs arrêts récents. »

afin de tenir compte de la nature réglementaire de l'infraction et de sa présence dans un régime plus global de dispositions législatives visant à assurer le bien-être public¹²³. » Alors que le juge en chef Lamer rejette la tentative de la Couronne de présenter un objectif trop large sans pour autant évoquer la méthode contextuelle :

Le ministère public soutient que l'objectif de la Loi est de favoriser la concurrence vigoureuse et loyale. Certes, c'est peut-être bien l'objectif global de la Loi sur la concurrence, mais à mon sens, l'objectif du moyen de défense modifié de la diligence raisonnable qu'énoncent les al. c) et d) est considérablement plus étroit que celui qu'a formulé le ministère public¹²⁴.

Pour terminer sur la confusion possible dans l'application de la méthode contextuelle, il faut citer l'affaire *Symes* dans laquelle la juge L'Heureux-Dubé évoque les limites de cette méthode : « L'application d'une méthode contextuelle différente peut avoir un effet différent qui affecte de façon importante l'issue d'un dossier¹²⁵ ».

123. *Id.*, 226. Confirmé par *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, précité, note 119, 446 et 447 (j. L'Heureux-Dubé).

124. *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, précité, note 67, 190 (j. en chef Lamer) ; même dans l'affaire *R. c. Chaulk*, précitée, note 117, l'application de la méthode contextuelle a conduit finalement la juge Wilson à prétendre, à l'opposé du juge en chef Lamer, que l'ensemble de l'article 16 du *Code criminel* devait être pris en considération, et non l'alinéa 4 seulement (p. 1374).

125. *Symes c. Canada*, précité, note 119, 827 (j. L'Heureux-Dubé). La juge L'Heureux-Dubé cite par la suite la professeure Audrey Macklin commentant cette affaire devant les instances inférieures (il s'agissait en l'espèce d'une avocate voulant déduire fiscalement le coût d'une gardienne d'enfant à la maison à titre de dépense d'entreprise) : « La façon la plus simple de bien saisir les opinions divergentes exprimées par les juges Cullen et Décary relativement aux questions fondées sur la Charte est d'imaginer que les juges ont examiné la situation de Beth Symes à travers des lunettes différentes. Le juge de première instance a vu une femme d'affaires se tenant à côté d'un homme d'affaires. Pour leur part, les juges de la Cour d'appel ont vu une femme professionnelle travaillant à son propre compte à côté d'une femme salariée. Dans le premier scénario, Mme Symes était victime de discrimination pour un motif fondé sur son sexe en contravention de l'art. 15 et méritait d'être traitée de la même façon qu'un homme d'affaires quant à ses dépenses d'entreprise. Dans le second scénario, Mme Symes était favorisée en raison de la catégorie à laquelle elle appartient et trivialisait l'art. 15 de la Charte en tentant d'utiliser son statut de femme d'affaires pour obtenir plus d'avantages que ceux dont bénéficient les femmes salariées. L'essentiel de la proposition du juge Décary est qu'il est absurde de mettre Mme Symes sur un pied d'égalité avec les hommes d'affaires si, ce faisant, elle se trouve dans une position supérieure par rapport aux autres femmes. En d'autres termes, il est préférable que toutes les femmes soient également défavorisées par rapport aux hommes si l'alternative est d'améliorer la situation des femmes les mieux nanties. » (traduction tirée de la page 827 de l'arrêt) ; voir A. MACKIN, « *Symes v. M.N.R. : Where Sex Meet Class* », (1992) 5 *R.F.D.* 498 ; voir, pour commentaires : D.M. MC ALLISTER, « *The Supreme Court in Symes : Two Solitudes* », (1994) 4 *N.J.CL.* 248 ; voir, pour une critique de l'approche contextuelle : R. COLKER, « *Section 1, Contextuality and the Anti-disadvantage Principle* », (1992) 42 *U. Toronto L.J.* 77-112.

En fait, la méthode contextuelle ne fait que rappeler que tout est question de perspective sans dire pour l'avenir de quelle perspective s'inspirer. Or, pour le justiciable, il est important de savoir si l'État n'est pas limité dans la présentation des objectifs dans la mesure où l'objectif général serait plutôt favorable à l'État et l'objectif particulier à l'individu.

2.1.3 Les enjeux de la sélection

Quelle influence exerce le niveau de généralité de l'objectif sur le jugement de constitutionnalité ? L'analyse peut être tout à fait contradictoire. Selon le professeur Hogg, plus l'objectif est défini largement, plus facile sera la conclusion de non-justification de la violation :

If the objective has been stated at a high level of generality, it will be easy to think of other ways in which the wide objective could be accomplished with less interference with the Charter right. If the objective has been stated at a low level of generality, perhaps simply restating the terms of the challenged law, then it will be hard to think of other ways in which the narrow objective could be accomplished with less interference with the Charter right¹²⁶.

Au contraire, certains arrêts révèlent qu'un objectif très large conduit à une conclusion de justification de la violation. En effet, plus l'intérêt public est abstrait, plus il peut justifier l'action de l'État. C'est d'ailleurs ce qu'a sans doute voulu dire le professeur Hogg lorsqu'il écrit : « The higher the level of generality at which a legislative objective is expressed, the more obviously desirable the objective will appear to be¹²⁷. » Dans l'affaire *Cotroni* et dans le *Renvoi relatif au code criminel (Man.)*, chaque fois que le juge distingue un objectif large, la conclusion est de justifier la règle de droit limitative¹²⁸. Il est vrai que, pour ne prendre que l'affaire *Cotroni*, l'objectif de protéger le public canadien contre le crime et de découvrir la vérité semble effectivement propice à excuser bien des violations des droits et libertés¹²⁹. À l'opposé, la répression du crime transfrontalier est un objectif particulier qui est moins susceptible d'excuser n'importe quelle violation¹³⁰.

126. P.W. HOGG, « Section 1 Revisited », (1991) 1 R.N.D.C. 1, 5 ; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 7, p. 868 ; l'auteur s'appuie principalement sur deux arrêts : *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, et *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 13.

127. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 7, p. 868.

128. *États-Unis c. Cotroni*, précité, note 28, 1501 (J. La Forest) ; *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, précitée, note 33, 1194 (J. Lamer) ; et dans l'affaire *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, précitée, note 67, le juge en chef Lamer, majoritaire, refuse de se laisser entraîner vers une définition trop large de l'objectif pour conclure à la non-justification de la règle de droit (p. 190).

129. *États-Unis c. Cotroni*, précité, note 28, 1486 (J. La Forest).

130. *Id.*, 1516 (J. Wilson).

Prenons un autre exemple. Dans l'arrêt *Rodriguez*¹³¹, les juges majoritaires ont attribué à l'article 241 b) du *Code criminel* l'objectif général de protéger et de préserver le respect de la vie humaine¹³². Ils en ont conclu que cet article qui interdit en fait l'aide au suicide serait justifié même s'il violait l'article 15 de la Charte¹³³. À l'opposé, la juge McLachlin voyait l'objectif plus étroit d'éliminer la crainte d'abus du suicide assisté légalisé « et que puissent être ainsi tuées des personnes qui n'ont pas véritablement ni librement consenti à mourir¹³⁴ ». Selon le juge en chef Lamer, lui aussi dissident, il s'agissait de protéger les personnes vulnérables contre les pressions ou la contrainte visant à les amener à se donner la mort¹³⁵. La juge McLachlin et le juge en chef Lamer aboutissent tous deux à la non-justification de l'article 241 b) en vertu de l'article premier de la Charte. Il se vérifie donc qu'un objectif précis mène souvent à la non-proportionnalité de l'atteinte. Il est souvent favorable à l'individu alors que l'objectif général l'est à l'État.

Ainsi, les partisans d'une interprétation stricte de l'article premier de la Charte devraient encourager une définition précise de l'objectif en tenant peu compte de l'objectif général, et inversement. Pour l'avenir, il s'agirait donc de déterminer quelle place revient à chacun des deux objectifs, tout en sachant qu'éliminer l'un des deux n'est pas souhaitable, car les deux sont peu ou prou pertinents au litige.

2.2 L'objectif périmé et l'objectif actuel

La question de l'évaluation des objectifs dans le temps a été résolue en grande partie par la Cour suprême. Des arrêts *Big M Drug Mart*¹³⁶, *Edmonton Journal*¹³⁷ et *Irwin Toy*¹³⁸, qui fournissent l'essentiel de la matière de la partie 2.2, se dégagent trois règles :

- 1) un objectif actuel ou moderne ne peut remplacer l'objectif historique de la loi en cause ;
- 2) certains objectifs législatifs, valides à la date d'adoption de la loi contestée, peuvent être aujourd'hui périmés ;

131. *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 72.

132. *Id.*, 613 (j. Sopinka).

133. *Id.*, 615 (j. Sopinka).

134. *Id.*, 625 (j. McLachlin).

135. *Id.*, 558 (j. en chef Lamer) ; voir, pour commentaires : G.D. CHIPEUR et D.M. MAXWELL, « *Rodriguez v. British-Columbia (Attorney General)* : Where Judges Fear to Tread », (1993) 4 *N.J.C.L.* 123.

136. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 13.

137. *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 85.

138. *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, précité, note 31.

- 3) il est possible de prouver l'importance d'un objectif législatif en produisant des preuves postérieures à la date d'adoption de la loi contestée.

2.2.1 Les objectifs historiques

Concernant la première règle, l'affaire *Big M Drug Mart*¹³⁹ de 1985 a été suffisamment commentée pour ne pas revenir sur tous ses détails. Rappelons simplement que le juge en chef Dickson a écarté un objectif laïc, à savoir l'intérêt de la famille, invoqué par la Couronne au soutien de la *Loi sur le dimanche*¹⁴⁰ qui imposait le repos dominical. Selon le juge en chef, le législateur visait à l'époque un objectif religieux lorsqu'il a adopté cette loi en 1906. Le gouvernement ne peut aujourd'hui prétendre que la loi a un objectif laïc¹⁴¹. La volonté du législateur s'évalue à la date où il a voté la loi. Cette position rejette catégoriquement la théorie de l'« objet changeant », importée du droit américain¹⁴².

2.2.2 Les objectifs périmés

En deuxième lieu, dans l'affaire *Edmonton Journal*¹⁴³, le juge Cory a réfuté un des trois objectifs prétendus pour motif d'obsolescence. En effet, l'objectif de protection de la morale que visait la *Judicature Act*¹⁴⁴ albertaine, en interdisant la divulgation de toute information sur une instance relative au mariage, pouvait être légitime en 1935, certes, mais plus aujourd'hui. L'objectif d'antan est aujourd'hui périmé¹⁴⁵. Le juge Sopinka, dans ses motifs dans l'affaire *Butler*¹⁴⁶, confirme la possibilité pour un objectif d'être périmé ; en l'espèce, l'objectif de favoriser une conception parti-

139. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 13.

140. *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, c. L-13.

141. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 13, 331, 353 (j. en chef Dickson).

142. *Id.*, 335 : « la théorie de l'objet changeant contraste nettement avec les notions fondamentales qui se sont formées dans notre droit au sujet de la nature de l'« intention du législateur ». L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque. » Confirmé dans *R. c. Butler*, précité, note 98, 494 (j. Sopinka), et dans *R. c. Zundel*, précité, note 11, 761 (j. McLachlin).

143. *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 85.

144. *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1.

145. « Premièrement, on a dit que la loi [...] avait pour but de sauvegarder la morale publique. C'était certainement la raison principale de son adoption en 1935. Ce but doit cependant être examiné de nouveau en regard des normes actuelles et on ne peut plus dire que cet objectif demeure pertinent dans la société d'aujourd'hui » : *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 85, 1343 (j. Cory).

146. *R. c. Butler*, précité, note 98.

culière de la moralité « n'est plus défendable compte tenu de la *Charte*¹⁴⁷ ». Aussi, dans les motifs de la juge McLachlin dans l'arrêt *Zundel*¹⁴⁸, une raison principale explique le défaut exceptionnel d'objectif légitime de l'article 181 du *Code criminel* : l'anachronisme¹⁴⁹. En effet, l'objectif de cet article qui punit la divulgation volontaire de fausses nouvelles remonte au XIII^e siècle : « préserver l'harmonie politique dans le pays en empêchant les gens de faire de fausses insinuations contre le monarque et les autres personnes au pouvoir¹⁵⁰ ». Aujourd'hui, il est impossible de déterminer, selon la juge McLachlin, la raison de la survie de cet article au cours du XX^e siècle¹⁵¹. Il est intéressant de noter enfin que dans l'affaire *Big M Drug Mart*, où il s'agissait aussi d'un objectif périmé datant de 1906, et dans l'affaire *Zundel* les textes « anachroniques » avaient fait l'objet de recommandation de modification pour le premier et d'abolition pour le second de la part de la Commission de réforme du droit du Canada¹⁵².

2.2.3 Les objectifs actualisables

Toutefois, cela n'empêche pas d'apporter une preuve soulignant l'importance actuelle de l'objectif que visait déjà une loi dans le passé :

Pour démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer a posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la loi à l'origine [...]. Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse¹⁵³.

Ainsi, des études sur l'influence de la publicité sur les enfants postérieures à la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁵⁴ peuvent être valablement apportées à son soutien¹⁵⁵. De même, les motifs du juge

147. *Id.*, 492 ; sur ce thème de la défense de la moralité publique par l'État, voir encore *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, 504 (j. Sopinka) ; *supra*, section 1.2.2.2.

148. *R. c. Zundel*, précité, note 11.

149. *Id.*, 764, 777 (j. McLachlin).

150. *Id.*, 763 (j. McLachlin).

151. *Id.*, 745 (j. McLachlin) : « Bien que l'infraction constituant à diffuser de fausses nouvelles ait été abolie en Angleterre en 1887 et qu'elle ne subsiste pas aux États-Unis, elle a été adoptée au Canada dans le *Code criminel*, 1892. On ne connaît pas la raison pour laquelle l'infraction a été conservée au Canada. Scott laisse entendre que ce ne fut peut-être rien de plus qu'un oubli, personne au Canada n'étant au courant que la disposition anglaise avait été abolie quatre ans auparavant ».

152. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 13, 335 et 336 (j. en chef Dickson) ; *R. c. Zundel*, précité, note 11, 764 (j. McLachlin).

153. *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, 984 (j. en chef Dickson).

154. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

155. *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, 984 (j. en chef Dickson).

Sopinka dans l'affaire *Butler*¹⁵⁶ reflètent le souci d'actualité des objectifs légitimes¹⁵⁷. Dans cet arrêt, comme l'avait décidé le juge en chef Dickson dans *Big M Drug Mart*¹⁵⁸, il n'est pas question de changer l'objectif historique de la règle de droit en cause, mais, si l'objectif est toujours le même, il peut se lire à la lumière des conditions d'aujourd'hui¹⁵⁹.

En conclusion, ces trois règles qui méritent confirmation ne devraient pas soulever de difficultés majeures¹⁶⁰. Elles concourent toutes trois à l'actualité des objectifs avancés, à une interprétation évolutive des valeurs de la Charte. Par conséquent, même en termes de résultats, le test de l'objectif légitime a au moins le mérite d'éliminer les objectifs périmés ainsi que des objectifs nouveaux substitués aux anciens en l'absence d'intervention significative du législateur. Qu'en est-il maintenant de l'objectif qui ne présente aucun lien réel avec la violation constatée ?

2.3 L'objectif prouvé et l'objectif raisonnable

En 1986, le juge en chef de la Cour suprême exigeait que les objectifs se rapportent « à des préoccupations urgentes et réelles¹⁶¹ ». S'il est indiscutable aujourd'hui que l'urgence n'est plus une condition de légitimité¹⁶², qu'en est-il du caractère réel, autrement dit de la preuve de l'objectif ?

156. *R. c. Butler*, précité, note 98.

157. *Id.*, 498 (j. Sopinka) : « Enfin, je tiens à faire remarquer que l'industrie pornographique florissante rend la préoccupation encore plus urgente et réelle qu'au moment où la disposition attaquée a été adoptée pour la première fois. »

158. *Supra*, section 2.2.1.

159. « L'interdiction de ce matériel obscène était fondée sur la conviction qu'il avait un effet nocif sur les personnes qui le voyaient et, par conséquent, sur l'ensemble de la société. Notre compréhension des préjudices causés par ce matériel a évolué considérablement depuis lors ; toutefois, cela ne déroge pas au fait que l'objet de ce texte législatif demeure, comme c'était le cas en 1959, la protection de la société contre les préjudices découlant de l'exposition au matériel obscène » : *R. c. Butler*, précité, note 98, 494 et 495 (j. Sopinka).

160. Notons cependant la dissidence des juges Cory et Iacobucci dans l'arrêt *R. c. Zundel*, précité, note 11 : à l'aide des articles 15 et 27 de la Charte (pp. 814-819), l'objet législatif, qui remonte à des considérations féodales de protection des grands du royaume (p. 819), est redéfini ; *supra*, section 2.2.2 ; en fait, les juges dissidents contredisent la conclusion du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 13, lorsqu'ils redéfinissent l'objectif et affirment ceci (p. 820) : « Les siècles ont passé et les formes de gouvernement ont changé, mais le texte législatif continue d'avoir un but et un effet salutaires. »

161. *R. c. Oakes*, précité, note 4, 139 (j. en chef Dickson).

162. La diversité des objectifs validés par la Cour suprême fait disparaître en elle-même la condition d'urgence ; *supra*, section 1.2.1.

2.3.1 L'énoncé du problème

Le fardeau de la preuve est à la charge des autorités publiques en vertu de l'article premier de la Charte. Il leur faut donc prouver que ce qui est contesté est bien une règle de droit, que celle-ci est animée par un objectif légitime et que l'atteinte aux garanties de la Charte est proportionnelle à l'intérêt public poursuivi. Mais, concernant l'objectif, quel est le fardeau de preuve que supportent les autorités publiques ? En théorie, trois possibilités s'ouvrent ici, de la moins exigeante à la plus contraignante.

En premier lieu, le gouvernement pourrait n'être astreint qu'à un fardeau de présentation de l'objectif. Dans cette hypothèse, la Couronne dans l'affaire de l'interdiction de la publicité sur le tabac pourrait ne faire que présenter le problème de santé dû au tabac, l'objectif général étant l'amélioration de la santé publique¹⁶³.

En deuxième lieu, la preuve d'un lien rationnel entre les moyens pris par la règle de droit et l'objectif est envisageable. Cela correspondrait à un fardeau de persuasion. Il faudrait prouver dans ce cas que l'interdiction de la publicité du tabac est susceptible d'avoir un effet réducteur sur la consommation de cigarettes et que cette dernière a un effet négatif sur la santé. À ce stade, on passe donc de la preuve de l'objectif à celle des effets de la règle de droit par rapport à l'objectif. Cela permet de vérifier que l'État invoque des objectifs qui sont vraiment en relation avec la règle de droit contestée.

En troisième et dernier lieu, le juge pourrait contrôler l'importance des objectifs, ce qui signifierait que la Couronne devrait présenter nécessairement une preuve de la priorité sociale de l'objectif poursuivi. Une appréciation qualitative de l'objectif interviendrait dans ce cas. Le troisième niveau de preuve bouleverse les standards de la preuve au Canada et ne détermine pas vraiment ce que devrait faire la Couronne pour y satisfaire. Pourtant, quelques opinions de juges de la Cour suprême semblent l'avoir appliqué.

2.3.2 La position de la jurisprudence

La Cour suprême ne s'est jamais contentée du premier niveau de preuve. La simple présentation d'un objectif législatif ne suffit pas. Dès l'arrêt *Oakes*, la Cour a posé le principe suivant :

La norme de preuve aux fins de l'article premier est celle qui s'applique en matière civile, savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités [...] Néanmoins, le critère de la prépondérance des probabilités doit être appliqué rigoureusement [...]

163. *R.J.R.-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, précité, note 109.

[U]n degré très élevé de probabilités sera, pour reprendre l'expression de Lord Denning, « proportionné aux circonstances » [...] [la preuve] doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la Cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction¹⁶⁴.

D'autre part, la Cour a toujours affirmé la nécessité d'un lien rationnel depuis l'arrêt *Oakes*. Mais, comme l'a démontré récemment la professeure Danielle Pinard, une analyse de la preuve en matière constitutionnelle est difficile à faire¹⁶⁵. Elle est en effet variable selon l'objet en question qui sera souvent rattaché à un « fait social » pour lequel les règles traditionnelles de preuve sont inadéquates. Nous nous contenterons ici d'observer les hésitations de la Cour sur la preuve de l'objectif dans le cadre de l'article premier sans nous soucier de la cohérence par rapport aux théories de la preuve.

Il semble possible de formuler quelques propositions :

- si on exclut la question de l'actualité de l'objectif, jamais un arrêt de la Cour suprême ne s'est conclu sur la non-justification de la règle de droit limitative en raison de l'impossibilité de prouver un objectif législatif légitime ;
- cependant, de rares opinions révèlent une appréciation de la valeur sociale intrinsèque de l'objectif, une appréciation qualitative (2.3.2.1) ;
- certaines autres opinions rejettent la preuve de l'objectif pour manque de rationalité mais sans se référer au critère du « lien rationnel » (2.3.2.2) ;
- enfin, dans certaines matières, telles que la publicité télévisuelle ou la moralité publique, on assiste à un relâchement du critère du « lien rationnel », ce qui a pour conséquence d'admettre des objectifs simplement raisonnables (2.3.2.3).

2.3.2.1 De rares opinions révèlent une appréciation de la valeur sociale intrinsèque de l'objectif, une appréciation qualitative

Il s'agit en tout premier lieu des affaires déjà rencontrées à propos de l'actualité des objectifs. Nous avons vu que certains objectifs, dont la défense de préceptes religieux chrétiens¹⁶⁶ ou de la moralité publique¹⁶⁷, ont été rejetés dans certaines circonstances. Une appréciation qualitative s'est manifestée alors. Quelques autres opinions font de même, surtout en

164. R. c. *Oakes*, précité, note 4, 137 et 138.

165. D. PINARD, *loc. cit.*, note 22, 401.

166. R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 13.

167. R. c. *Butler*, précité, note 98 ; *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 85.

ce qui concerne l'objectif de « commodité administrative » ou, autrement dit, d'efficacité des lois.

Prenons par exemple l'affaire *SGDMR c. Saskatchewan*¹⁶⁸, dans laquelle, rappelons-le encore une fois, la législature de la Saskatchewan était intervenue dans un conflit privé de travail sous prétexte, entre autres, qu'il fallait assurer l'approvisionnement continu d'une denrée essentielle, le lait en l'espèce. Plusieurs objectifs étaient avancés dont celui d'éviter un préjudice financier. La juge Wilson estima que le préjudice, pourtant chiffré, n'était pas assez « grave¹⁶⁹ », donc que l'objectif n'était pas valable¹⁷⁰ (outre la mise en doute de l'exactitude de l'évaluation¹⁷¹). Ce raisonnement, nous semble-t-il, substitue directement l'appréciation judiciaire de l'opportunité d'intervenir à l'opportunité législative. En d'autres termes, à partir de combien de milliers de dollars le législateur aurait-il pu intervenir ? Déjà dans l'affaire *Singh*¹⁷², la commodité administrative n'avait pas été considérée comme un objectif suffisamment important pour la juge Wilson : « Les garanties de la *Charte* seraient certainement illusoires s'il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative¹⁷³. » Dans l'arrêt *Lee*¹⁷⁴, enfin, la juge Wilson réaffirma en dissidence que l'objectif d'efficacité et de réduction des coûts de l'administration de la justice n'est pas suffisamment important pour primer nombre de droits énoncés dans la *Charte*¹⁷⁵. L'importance de l'objectif en soi est directement mise en cause dans cette opinion, ce que refuse de faire la majorité de la Cour. Cette dernière, sous la plume du juge Lamer, alors juge puîné, décida que l'article 526.1 du *Code criminel* qui fait en sorte que l'inculpé faisant défaut de comparaître à son procès devant jury est réputé avoir renoncé au jury est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* malgré la violation de l'article 11 f). Non seulement le gouvernement, au moyen d'affidavits d'administrateurs judiciaires, apportait-il la preuve du coût des procès par jury et notamment du coût de la convocation des

168. *SGDMR c. Saskatchewan*, précité, note 45.

169. *Id.*, 493 (j. Wilson).

170. *Id.*, 494.

171. *Id.*, 492.

172. *Singh c. Ministère de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, note 13.

173. *Id.*, 218 (j. Wilson). Confirmé la même année par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 13, 352 ; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, précité, note 83, 518 (j. Lamer).

174. *R. c. Lee*, précité, note 84.

175. *Id.*, 1420 (j. Wilson) : « Bon nombre des droits énoncés dans la *Charte* et d'autres droits sont incompatibles avec cette préoccupation à l'égard de l'efficacité et du coût. La réduction des inconvénients et des coûts administratifs ne représente pas, à mon avis, un objectif suffisamment important pour primer un droit constitutionnel aussi vital que celui dont il s'agit en l'espèce. »

jurés¹⁷⁶, mais aussi le coût à prendre en considération devait être, selon la majorité, un coût global comprenant les inconvénients des individus jurés et la confiance et la crédibilité dans le système judiciaire¹⁷⁷. Sur ce point, il semble donc que la juge Wilson se soit risquée sur une avenue délicate, celle du jugement qualitatif de l'objectif, et que là encore une différence de perspective de l'objectif explique la différence des conclusions.

Si les propos de la juge Wilson ne manquent pas de sagesse eu égard à la valeur constitutionnelle des droits à protéger, le magistrat peut-il interdire certains motifs au législateur ? Répondre positivement serait prendre résolument parti pour une politique judiciaire non retenue et exposerait le juge à la critique d'illégitimité de son action. Cela est d'autant plus inutile que, en vertu du test de proportionnalité proprement dit, le juge peut se permettre une marge de manœuvre plus grande, compte tenu du parapluie rhétorique sous lequel il peut abriter sa subjectivité. Par exemple, il aurait été plus concevable, sur le plan de la retenue judiciaire, de dire que l'atteinte au droit au procès avec jury était disproportionnée par rapport au faible coût de la convocation d'un jury et au fait qu'il y ait peu de non-comparutions à la sélection des jurés. Ou encore que l'intervention législative était disproportionnée par rapport au préjudice économique peu élevé qu'auraient subi les producteurs laitiers. Certes, le résultat reste le même, mais il nous semble que ces derniers arguments sont moins attentatoires à la souveraineté législative que la remise en cause directe des objectifs législatifs. La hiérarchisation des objectifs devrait se faire indirectement par l'intermédiaire de la proportionnalité, non par la censure directe de certains d'entre eux.

Rappelons enfin qu'il est indéniable que ces quelques opinions ne reflètent pas la tendance majoritaire de la Cour. D'ailleurs, la jurisprudence ultérieure a fait une large place aux considérations d'efficacité de la législation¹⁷⁸.

176. *Id.*, 1418 (j. Wilson).

177. *Id.*, 1391 (j. Lamer).

178. Les arrêts de la Cour suprême postérieurs à 1988 reflètent, outre un relâchement des critères de l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, note 9, le succès de considérations d'« efficacité » de la législation : voir *R. c. Thomsen*, précité, note 20, 655 (j. Le Dain) ; *Canadian Newspapers Co. c. Procureur général du Canada*, précité, note 102, 133 (j. Lamer) ; *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, précité, note 31, 995 (j. en chef Dickson) ; *États-Unis c. Cotroni*, précité, note 28, 1494 (j. La Forest) ; *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, précité, note 33, 1137 et 1138 (j. en chef Dickson), 1197 (j. Lamer) ; *R. c. Chaulk*, précité, note 117, 1341 (j. en chef Lamer) ; sur ce dernier arrêt, voir les commentaires du professeur D. STUART, *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, Scarborough, Carswell, 1991, pp. 14-17 ; voir aussi P.W. HOGG, *op. cit.*, note 7, p. 873 et suiv. ; *supra*, note 31.

2.3.2.2 D'autres opinions rejettent l'objectif pour manque de rationalité mais sans se référer au critère du lien rationnel

Il arrive en effet que certains objectifs n'aient pas été admis dans des opinions dissidentes, concurrentes, voire majoritaires, faute de preuve de l'effet de la règle de droit sur l'objectif à atteindre. Le point commun de ces opinions est d'aboutir à ce résultat avant même d'avoir abordé l'étape subséquente du lien rationnel. Ainsi, l'objectif n'est pas légitime car il est sans rapport avec la règle de droit contestée.

Dans l'arrêt *Edmonton Journal*¹⁷⁹, que nous avons déjà examiné¹⁸⁰, un des arguments présentés par la Couronne tendait à démontrer que l'interdiction albertaine de publication d'information sur une instance matrimoniale, garantissant l'anonymat des justiciables, favorisait l'accès à la justice. Le juge Cory n'accepte pas cet objectif prétendu, car, constate-t-il, les statistiques montrent que les taux de divorce sont pareils au Canada d'un océan à l'autre. Dans les autres provinces, même sans une telle loi, les gens n'hésitent pas à recourir à la justice pour divorcer¹⁸¹. Il est donc faux de dire que l'accès à la justice est facilité par une telle loi. La règle de droit n'a donc pas de lien avec l'objectif. Celui-ci est hors de propos.

Dans l'affaire *Chaulk*¹⁸², la constitutionnalité de l'article 16 (4) du *Code criminel* était mise en doute. Cet article prévoit le renversement du fardeau de preuve d'aliénation mentale sur l'accusé ainsi qu'un fardeau de persuasion et non de simple présentation. Ce renversement et ce poids de la preuve constituent-ils une violation de la présomption d'innocence de l'article 11 d) de la Charte ? Le juge en chef Lamer et la juge Wilson sont d'accord pour répondre à cette question par l'affirmative. Mais, en vertu de l'article premier, les opinions divergent, comme l'exprime la juge Wilson :

En d'autres termes, mon collègue restreint l'objectif recherché par le gouvernement à un objectif procédural dans le cadre du procès. Il voit le par. 16(4) comme « une pure règle de preuve dont l'objectif est de dispenser la poursuite de l'énorme difficulté de prouver que l'accusé est sain d'esprit, de façon à ce qu'on puisse le trouver coupable » (p. 1337). Il n'identifie aucune préoccupation urgente et réelle à laquelle cela a effectivement donné lieu. En réalité, la disposition est une mesure préventive destinée à prévenir un problème qui pourrait surgir en l'absence de ce renversement du fardeau de la preuve¹⁸³.

179. *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 85.

180. *Supra*, notes 85, 113, 143.

181. *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 85, 1343 et 1344 (j. Cory).

182. *R. c. Chaulk*, précité, note 117.

183. *Id.*, 1373 (j. Wilson).

La juge Wilson, après avoir défini l'objectif plus concrètement, en vérifie le bien-fondé. L'objectif précis serait le suivant : « éviter que des personnes tout à fait saines d'esprit qui ont commis des crimes échappent à la responsabilité criminelle en soulevant une défense peu fondée d'aliénation mentale¹⁸⁴ ». Dans un deuxième temps, pour vérifier la rationalité de l'objectif, il convient de répondre à la question suivante : est-il possible pour une personne saine d'esprit de soulever une défense peu fondée d'aliénation mentale ? Autrement dit, est-il facile de simuler la folie ? D'après l'expérience américaine, britannique et canadienne, la réponse psychiatrique est négative¹⁸⁵. Alors, sans même remettre en cause le mécanisme de renversement de la preuve, pourquoi exiger un fardeau de persuasion plutôt que de présentation ? Il n'existe pas de fondements prouvés à cet article du *Code criminel* puisque la folie ne se simule pas. En conclusion, « [l']intimée, pour les motifs dont nous avons déjà traités, n'a pu établir que le par. 16(4) du *Code criminel* visait une préoccupation urgente et réelle qui existe à l'heure actuelle¹⁸⁶ ». Dans cet exemple, la rationalité de l'objectif lui-même est mise à l'épreuve. Il faut en déduire *a fortiori* que la règle de droit est sans effet sur l'objectif.

Il y a encore l'affaire *Mckinney*¹⁸⁷ dans laquelle la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, refuse de considérer que l'objectif d'excellence des universités soit de nature à justifier une politique de retraite obligatoire à 65 ans en l'absence de preuve probante¹⁸⁸. Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*¹⁸⁹, la juge McLachlin, concurrente, a récusé, faute de preuve, l'objectif prêté à un règlement¹⁹⁰ interdisant toute publicité ou sollicitation dans l'aéroport de Dorval, à Montréal :

Lorsqu'il impose cette restriction, le gouvernement n'a pas vraiment d'autre but que d'affirmer — bien plus sous forme d'article de foi que de proposition logique — qu'un aéroport ne constitue pas un lieu convenable pour ce genre de communication [pancartes, dépliants publicitaires de nature politique]. Sa Majesté n'a indiqué aucun élément de la fonction ou de l'objectif d'un aéroport qui soit incompatible avec la conduite des intimés. Il s'ensuit que sa Majesté n'a pas

184. *Id.*, 1372.

185. *Id.*, 1375-1387.

186. *Id.*, 1387.

187. *Mckinney c. University of Guelph*, précité, note 78.

188. *Id.*, 426 (J. L'Heureux-Dubé) : L'« incapacité peut se manifester à n'importe quelle étape et la présomption de l'incapacité d'enseigner à 65 ans n'est pas bien fondée ». D'ailleurs, « Qu'en est-il des juges nommés par le fédéral, dont l'âge de la retraite est fixé à 75 ans ? » (p. 428).

189. *Comité pour la République du Canada c. Canada*, précité, note 119.

190. *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373.

fait la preuve de l'existence d'un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Charte¹⁹¹.

Plusieurs observations peuvent être faites à partir de ces quelques cas. En premier lieu, on retrouve ici le souci du juge en chef Dickson exprimé dans l'arrêt *Oakes* que l'objectif prétendu corresponde bien à des préoccupations réelles. On constate en second lieu que ces quelques opinions se caractérisent par le contrôle des effets supposés de la règle de droit, contrôle qui devrait ressortir en toute orthodoxie du critère du lien rationnel selon lequel « les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question¹⁹² ». Pourtant il n'apparaît pas du tout incongru d'étudier ces effets à l'intérieur du test des objectifs : si la règle de droit est sans effet sur l'objectif, c'est donc que l'objectif est « hors de propos¹⁹³ ». Un objectif hors de propos ne peut être légitime. Il ne peut être de nature à justifier une restriction des droits et libertés constitutionnels. Dans le même sens, on peut ajouter qu'il semble plus logique que le contrôle de la rationalité législative (c'est-à-dire des effets de la règle de droit) soit incluse dans le test des objectifs plutôt que dans le test subséquent de proportionnalité, car fondamentalement la rationalité et la proportionnalité sont des notions très différentes¹⁹⁴. C'est pour cette raison

191. *Comité pour la République du Canada c. Canada*, précité, note 119, 250 (j. McLachlin).

192. *R. c. Oakes*, précité, note 4, 139 (j. en chef Dickson).

193. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 13, 204 (j. La Forest).

194. La rationalité juridique prête à une interprétation qui se rapproche d'une idée de rapport logique, d'enchevêtrement mécanique, ou encore de lien de cause à effet, sans aucune connotation de raisonabilité ou de proportionnalité. C'est ainsi qu'elle est comprise dans certains arrêts de la Cour suprême, par exemple : « Nul ne contestera que la restriction d'activités politiques partisans [imposée à des fonctionnaires fédéraux] a un lien rationnel avec l'objectif du maintien de la neutralité de la fonction publique » : *Osborne c. Conseil du trésor du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 69, 98 (j. Sopinka) ; ou encore, le juge en chef Lamer, dans l'affaire *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, applique rigoureusement le volet du lien rationnel en prenant expressément soin de ne pas le laisser dévier vers celui de l'atteinte minimale (p. 982) : « Bien que cette façon d'atteindre le premier objectif puisse présenter certains problèmes et ne soit peut-être pas idéale, elle constitue tout de même un moyen logique d'atteindre l'objectif souhaité » ; voir encore l'arrêt *Ramsden c. Ville de Peterborough*, précité, note 82, 1105 (j. Iacobucci), à propos d'un règlement municipal interdisant l'affichage sur toute propriété publique : « L'objectif du règlement est urgent et réel. Ce règlement cherche à éviter la présence de déchets dans la rue, les irritants esthétiques, ainsi que les dangers pour la circulation et les personnes qui effectuent la réparation et l'entretien des poteaux de service public. De même, l'interdiction totale a un lien rationnel avec ces objectifs. En interdisant complètement l'affichage, on se trouve à éviter la présence de déchets dans la rue, les irritants esthétiques et les dangers connexes. »

qu'il nous faut déborder du cadre du test de l'objectif pour aborder brièvement celui du lien rationnel¹⁹⁵.

2.3.2.3 Une tendance générale au relâchement du test du lien rationnel justifie des objectifs simplement raisonnables

Dans certaines matières, la Cour suprême applique le critère du lien rationnel différemment de ce qui avait été énoncé dans l'arrêt *Oakes*¹⁹⁶. Il s'agit de la moralité publique, de la publicité télévisuelle et de la retraite obligatoire¹⁹⁷.

Les cas de retraite obligatoire prévue à un certain âge dans des politiques de gestion du personnel d'hôpitaux ou d'établissements d'enseignement témoignent de la difficulté d'application du critère du lien rationnel¹⁹⁸. En effet, pour que la preuve du lien rationnel soit satisfaisante, il faudrait établir qu'il existe véritablement une relation de cause à effet entre l'excellence des compétences du personnel et l'âge. Sans cette preuve, le bien-fondé de l'obligation de prendre sa retraite à 65 ans devient aléatoire par rapport à l'objectif d'excellence.

En matière de moralité publique, la recherche du lien rationnel présente le même problème. Elle conduit inéluctablement à se poser la question suivante : comment prouver que la législation pénale en matière de moralité publique peut réellement prévenir un préjudice moral dont souffrirait la société ? En fait, comment prouver le préjudice et, de là, le lien causal ? Deux arrêts de la Cour suprême ont traité de cette question en ce qui a trait à la propagande haineuse et à l'obscénité. À propos de la justification de l'interdiction de communication publique de propos haineux¹⁹⁹, le juge en chef Dickson écrivait qu'« il est manifestement difficile

195. Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que le contrôle des effets fait partie de l'analyse en vertu de l'article premier de la Charte et l'incidence du positionnement de ce contrôle dans le raisonnement global n'est sans doute pas significative.

196. *R. c. Oakes*, précité, note 4, 139 (j. en chef Dickson) : « Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. »

197. Le domaine des présomptions en droit criminel fait aussi l'objet d'une application particulière du test du lien rationnel ; la Cour suprême s'intéresse davantage à la rationalité de la présomption en elle-même qu'au lien unissant l'objectif légitime à la présomption ; voir *R. c. Oakes*, précité, note 4 ; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10 ; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3.

198. *Mckinney c. University of Guelph*, précité, note 78 ; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451 ; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, précité, note 34 ; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 ; *Dickason c. University of Alberta*, précité, note 92.

199. *Code criminel*, précité, note 51, art. 319 (2).

d'établir l'existence d'un lien causal entre une déclaration donnée et la haine pour un groupe identifiable²⁰⁰ ». Effectivement, comment démontrer que cette interdiction de communiquer, qui viole la liberté d'expression, va favoriser l'harmonie sociale ? Ou, inversement, comment prouver que les messages de haine ont une influence sur la société ? Supporter le fardeau de prouver le lien entre l'interdiction et l'objectif poursuivi n'est pas facile. Cela reviendrait à exiger de l'État la preuve de l'efficacité de sa législation. Le juge en chef Dickson n'est pas allé jusque-là et a admis l'existence du lien rationnel en l'espèce. Cette lecture assouplie du « lien rationnel » a pour conséquence d'admettre des objectifs raisonnables à défaut de rationnels.

Le juge Sopinka, rencontrant la même difficulté, a conclu dans le même sens à propos d'une disposition du *Code criminel* interdisant la diffusion de matériel obscène :

Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il *est raisonnable de supposer* qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance²⁰¹.

Dans l'affaire *Dickason*²⁰², le juge Sopinka est encore plus explicite :

[...] il est souvent difficile, voire impossible, d'établir de la façon habituelle qu'une mesure donnée atteindra effectivement son objectif. Par conséquent, si le législateur (fédéral ou provincial) ou un organisme gouvernemental avait un motif raisonnable de conclure que la mesure atteindrait son objectif, cela permet ordinairement de conclure à l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et l'objectif gouvernemental. Par conséquent, bien que le gouvernement n'ait pas pu établir que la publicité de jouets à la télévision avait un effet manipulateur sur les enfants, ni que la propagande haineuse favorisait la haine contre un groupe identifiable, ni que la pornographie causait du tort aux femmes, l'existence d'une preuve suffisante sur laquelle le législateur pouvait raisonnablement se fonder pour adopter la loi contestée dans la poursuite de son objectif permettait de la sauvegarder²⁰³.

Enfin, bien qu'il soit posé en termes différents, le problème est identique en ce qui concerne le contrôle de l'État sur la publicité télévisuelle. Cela ressort de l'arrêt *Irwin Toy*²⁰⁴ sur l'interdiction de la publicité destinée aux enfants de moins de 13 ans, comme le rappelle plus haut le juge Sopinka, mais aussi de l'arrêt plus récent de la Cour d'appel du Québec qui

200. *R. c. Keegstra*, précité, note 31, 776 (j. en chef Dickson).

201. *R. c. Butler*, précité, note 98, 502, (j. Sopinka) ; l'italique est de nous. Plus loin, aux pages 503 et 504, le juge Sopinka s'en remet à la raisonabilité du législateur pour déterminer qu'un tel lien rationnel existe.

202. *Dickason c. University of Alberta*, précité, note 92.

203. *Id.*, 1196.

204. *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, précité, note 31.

traite de l'interdiction légale de la publicité sur les produits du tabac²⁰⁵. Dans quelle mesure cette interdiction est-elle liée à l'objectif de protection de la santé publique ? Le juge LeBel, majoritaire, reconnaît que l'utilité de cette loi se discute, notamment en ce que de semblables expériences en pays étrangers n'ont pas amené une réduction de la consommation du tabac : « Dans l'ensemble, il me paraît que l'on se trouve devant une mesure législative dont l'utilité se discute, certes. Elle représente un choix politique et implique une expérience dont seul l'avenir permettra de dégager les conclusions²⁰⁶. » Mais, s'inspirant des arrêts de la Cour suprême sur la propagande haineuse et l'obscénité, le juge LeBel conclut que l'action législative repose néanmoins sur une « base raisonnable²⁰⁷ ». Le juge Brossard ne partage pas cette opinion dans sa dissidence : « Force est donc de conclure que la partie appelante n'aurait pas établi, de façon prépondérante, l'existence d'un lien rationnel, même au niveau d'une simple possibilité, entre publicité et consommation des produits du tabac²⁰⁸. »

Finalement, une reformulation du critère du lien rationnel transparaît dans ces différents domaines. Il devient simplement « raisonnable de supposer » que le législateur a vu dans son action normative un lien rationnel avec l'objectif qu'il s'était fixé. Il n'est plus nécessaire que les mesures adoptées soient « soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question²⁰⁹ », ni, donc, pour l'État, d'établir une preuve du lien rationnel en vertu de la prépondérance des probabilités. Une autre façon d'établir ce constat est de dire que des objectifs simplement raisonnables sont admis en vertu de l'article premier.

Il est vrai qu'exiger de l'État la preuve *a priori* de l'efficacité de son action normative constituerait un frein, sinon un empêchement, à toute initiative. C'est pourquoi le juge LeBel, de la Cour d'appel du Québec, s'en remet à l'avenir pour juger de l'utilité de la disposition anti-publicité du tabac²¹⁰.

205. *R.J.R.-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, précité, note 109 ; voir D. PIRARD, *loc. cit.*, note 22, 401.

206. *R.J.R.-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, précité, note 109, 400 (j. LeBel).

207. *Ibid.*

208. *Id.*, 438 (j. Brossard).

209. *R. c. Oakes*, précité, note 4, 139 (j. en chef Dickson).

210. *R.J.R.-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, précité, note 109, 400 (j. LeBel).

Conclusion

Plusieurs constats peuvent être dressés du précédent examen de la jurisprudence de la Cour suprême sur les objectifs. Premièrement, il est peu contestable que la définition des objectifs représente un enjeu certain pour l'ensemble du contrôle judiciaire de proportionnalité ; deuxièmement, évaluer les objectifs de façon cohérente est un exercice difficile à cause de leur pluralité et de l'obligation de retenue judiciaire ; troisièmement, la jurisprudence de la Cour est plus ou moins fixée selon le problème rencontré : concernant l'actualité des objectifs, des jalons jurisprudentiels clairs et cohérents garantissent que les droits constitutionnels ne peuvent pas être restreints au nom de valeurs anachroniques ou périmées, mais aussi que certains objectifs toujours valables peuvent faire l'objet d'une preuve d'actualisation ; en revanche, concernant les deux objectifs qu'une règle de droit comporte au minimum, l'un général, l'autre particulier, la Cour n'a pas encore donné de ligne directrice pour savoir dans quelle hypothèse tel objectif prévaudra sur l'autre ; il faut ajouter à cela qu'aucun barrage n'a été posé à la diversité des objectifs présentés ; enfin, la Cour n'exige plus un objectif urgent et réel mais seulement raisonnable, dont la rationalité peut être potentielle sans être prouvée. Au total, l'État peut continuer à présenter nombre d'objectifs raisonnables, différents ou voisins au soutien d'une règle de droit limitative, à l'exception de ceux qui sont anachroniques ou périmés.

Ainsi, dans l'ensemble du contrôle de proportionnalité, le test des objectifs a été profondément révisé depuis son élaboration, comme celui final de l'atteinte minimale. Les exigences se sont amenuisées et les standards convergent vers le « raisonnable », malgré la rhétorique formelle et rituelle de l'arrêt *Oakes*. Pour l'ensemble du contrôle de proportionnalité, il est de plus en plus difficile au constitutionnaliste de se repérer dans le cumul des standards de raisonnabilité. C'est sans doute ce cumul qui engendre le plus de doutes aujourd'hui sur la teneur du contrôle de proportionnalité²¹¹.

211. Dès 1987, le professeur François Chevrete émettait une critique d'« appauvrissement de la conceptualisation » à l'encontre de l'interprétation de l'article premier de la Charte : F. CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) 21 *R.J.T.* 463, 489. Pour une critique dans le même sens mais plus récente et dans le contexte précis de la liberté d'expression, voir J. CAMERON, *loc. cit.*, note 31, 1144-1146. La proportionnalité allemande connaît la même critique de nivellement, selon M. Xavier Philippe dans chapitre consacré à la notion de proportionnalité en droit étranger : X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, coll. « Science et droit administratif », Paris, Economica, 1990, p. 46.