

L'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982: un contrôle de la loi ou aussi de son application?

François Chevette*

Le premier alinéa de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹ soulève plusieurs intéressantes questions, en particulier celle de savoir si le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois qu'il institue peut être exercé par n'importe quel tribunal, tribunal inférieur et tribunal administratif inclus². Ce n'est toutefois pas sur ce point que nous entendons faire porter notre analyse, mais plutôt sur la question de savoir si ce contrôle, quand il s'exerce en rapport avec la *Charte canadienne des droits et libertés*³, doit servir à censurer la norme elle-même ou s'il doit se limiter, quand la chose est possible, à censurer son application. Trois brefs exemples feront voir de quoi il s'agit⁴.

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

1. Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11. Cet alinéa se lit ainsi: «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit».
2. Comparer à ce sujet D. PINARD, «Le pouvoir des tribunaux administratifs de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels», (1987) 33 *McGill L.J.* 170 et G. PÉPIN, «La compétence des cours inférieures et des tribunaux administratifs de stériliser, pour cause d'invalidité ou d'ineffectivité, les textes législatifs et réglementaires qu'ils ont mission d'appliquer», (1987) 47 *R. du B.* 509; aussi du même auteur «La compétence du Tribunal du travail de juger une loi ineffective (inopérante)», (1988) 48 *R. du B.* 125.
3. Partie I — art. 1 à 34 — de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 1. La *Charte canadienne des droits et libertés*, dans toute référence ultérieure, sera identifiée par l'expression «la Charte».
4. Comme l'indiquent les notes infrapaginales, ces exemples sont tirés d'arrêts, qui seront cependant analysés plus loin.

Imaginons une perquisition sans mandat opérée dans un bureau en vertu d'une loi autorisant, moyennant motifs raisonnables d'y trouver des stupéfiants, la perquisition sans mandat dans tout lieu autre qu'une maison d'habitation. Si un tribunal, à cause du défaut d'exigence d'un mandat, estime pareille loi contraire à l'article 8 de la Charte qui interdit «les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives», devrait-il la déclarer tout simplement invalide ou pourrait-il au contraire décider qu'elle demeure valide et applicable, mais uniquement dans un contexte d'urgence où il était impossible d'obtenir un mandat dans un délai raisonnable avant de procéder à la perquisition⁵?

Imaginons encore une loi autorisant tout policier dans l'exercice de ses fonctions à arrêter un véhicule. Si un tribunal conclut que cette loi, parce qu'elle omet de mentionner les motifs pouvant fonder la décision du policier, autorise des détentions arbitraires⁶, pourra-t-il la déclarer inopérante, sauf dans les cas où le policier arrête un véhicule pour motifs valables⁷?

Imaginons enfin une loi prévoyant une peine minimale d'emprisonnement de sept ans pour crime d'importation de stupéfiants. Si l'on arrive à la conclusion que cette peine minimale, applicable à tout importateur, constitue une peine cruelle et inusitée, pourra-t-on néanmoins l'appliquer à la personne condamnée en l'instance, au motif qu'à l'endroit de ce gros et ancien trafiquant elle n'a pas ce caractère⁸?

En d'autres termes, le régime de sanction établi par l'article 52 est-il un régime de nullité ou est-il au contraire, lorsque celui-ci peut être appliqué, un régime d'inopérabilité circonstancielle⁹?

Avant d'aborder cette question, et comme c'est depuis bien longtemps que s'exerce au Canada le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois, peut-être est-il utile de rappeler les traits principaux de ce contrôle traditionnel (I), traits susceptibles d'influer, que ce soit par attraction ou par répulsion, sur le contrôle judiciaire opéré sous la Charte (II).

5. *Regina c. Rao*, (1984) 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.).

6. L'article 9 de la Charte prévoit: «Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires».

7. *Regina c. Ladouceur*, (1986) 57 C.R. (3d) 45 (C.A. Ont.).

8. *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

9. Il est bien évident que cette inopérabilité circonstancielle n'est pas, il s'en faut, toujours applicable. Dans le cas d'un conflit clair entre la loi et la Constitution, la première doit tout simplement céder. Par exemple *P.G. du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, où il s'agissait d'un conflit en matière de langue d'enseignement entre l'article 23 de la Charte et les articles 72 et 73 de la Charte de la langue française du Québec.

I. Le contrôle traditionnel de constitutionnalité des lois

Il nous semble qu'on résume assez correctement ce mécanisme en en parlant comme d'un contrôle juridictionnel ou de compétence d'abord, ensuite comme d'un contrôle de droit commun, enfin comme d'un contrôle de la validité même de la loi.

Contrôle de compétence

C'est le contexte, colonial d'abord, fédéral ensuite, qui explique traditionnellement le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois au Canada. Du moment en effet où un parlement n'est pas pleinement compétent pour légiférer, soit parce que c'est le parlement d'une colonie ayant des pouvoirs législatifs délégués et limités, ou parce que le fédéralisme fait en sorte qu'il partage sa souveraineté avec un autre, des risques d'invalidité de la loi pour excès de juridiction — ou *ultra vires* — se font jour, que la tradition canadienne a toujours permis d'alléguer devant les tribunaux¹⁰.

Certes un tel contrôle a servi dans le passé, encore qu'indirectement, à protéger les libertés publiques. C'est ainsi par exemple qu'on a parfois invoqué, à l'encontre de lois provinciales oppressives et limitant la liberté d'expression, la compétence fédérale sur le droit criminel¹¹. Mais c'était moins la liberté d'expression en tant que telle que le fait que le délit d'opinion relevait depuis longtemps du droit criminel, de compétence fédérale exclusive, qui fondait pareil argument. D'où l'on voit que le contrôle traditionnel de constitutionnalité au Canada repose sur la compétence ou la juridiction.

Or le contrôle de constitutionnalité basé sur la Charte n'a pas à ce point ce caractère, car «la Charte énonce des règles de fond: elle garantit aux personnes le respect de certains droits et libertés. Son objet ne paraît pas être de prescrire des procédures ou d'autoriser l'adoption de règles de droit. Le conflit entre la loi ordinaire et la Charte appartient formellement à la catégorie des conflits de lois ou de normes

10. Sous l'empire de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 1867, R.-U., c. 3, et jusqu'à l'adoption de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le contrôle judiciaire de constitutionnalité découlait de l'article 2 de cette loi britannique intitulée *Colonial Laws Validity Act*, 1865, R.-U., c. 63. Cet article se lisait ainsi: «Toute loi coloniale qui est ou qui sera contraire aux dispositions d'une loi quelconque du Parlement relative à la colonie à laquelle cette dernière peut s'appliquer [en l'occurrence la *Loi constitutionnelle de 1867* et ses amendements...] sera considérée comme subordonnée à tels loi, ordre ou règlement, et sera et restera nulle et inopérante en tant qu'elle est ainsi contraire, mais non pas autrement».

11. Art. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir F. CHEVRETTE et H. MARX, «Uniformité et efficacité des garanties en matière de libertés publiques», (1979) 20 C. de D. 95.

plutôt qu'à la catégorie des conflits *résultant d'un défaut d'habilitation*¹².

Contrôle de droit commun

Entendons par là qu'à la différence de ce qui se passe en certains autres pays, en France par exemple, le contrôle judiciaire de constitutionnalité est au Canada un contrôle a posteriori, c'est-à-dire qu'il s'exerce sur les lois en vigueur¹³, et de caractère absolument général en tel sens qu'on le déclenche sur action ou sur exception, en demande ou en défense, au civil ou au pénal. Tout cela est évidemment bien connu.

L'exigence d'un intérêt à poursuivre en matière constitutionnelle a été très considérablement assouplie ces dernières années par la jurisprudence, encore qu'il déborderait le cadre de notre propos d'analyser ces assouplissements. Mais la nécessité d'un intérêt demeure, à des fins de poursuite. Elle n'existe toutefois pas, et n'a d'ailleurs jamais existé, en rapport avec la disposition constitutionnelle sur laquelle on fonde la contestation de la loi elle-même. Concrètement, cela veut dire qu'une corporation ou personne morale n'a point besoin d'établir qu'elle a ou n'a pas de croyance religieuse pour pouvoir alléguer que la loi en vertu de laquelle on la poursuit est contraire à la liberté de religion, garantie par l'article 2b) de la Charte¹⁴. De la même façon, un médecin poursuivi pour avortement illégal peut fort bien alléguer que la loi fondant cette poursuite est inconstitutionnelle parce que contraire «à la vie, à la liberté et à la sécurité», garanties par l'article 7 de la Charte, des femmes enceintes, et non à sa vie, à sa liberté et à sa sécurité personnelles¹⁵.

Il en fut toujours ainsi en contexte *d'ultra vires* ou de défaut de compétence, puisque par définition ce n'était jamais le justiciable, mais plutôt le gouvernement prétendument compétent, qui se trouvait bénéficiaire de l'incompétence alléguée. Et il se peut que ce soit sous cette influence que le justiciable n'ait pas non plus à se trouver bénéficiaire du droit ou de la liberté de la Charte qu'il invoque.

12. P.A. CÔTÉ, «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés», (1984) 18 *R.J.T.* 106, 115. Les italiques sont de nous. Cette étude, dont nous reparlerons plus loin, constitue une analyse remarquable du problème faisant l'objet de cet article.

13. Il faut faire une exception pour la procédure de renvoi ou de demande d'avis consultatif, qui peut porter sur un simple projet de loi, voire sur une question abstraite.

14. *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 312 à 316. Voir cependant l'opinion plus nuancée du juge McIntyre, par ailleurs dissident, dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, 1084-1085.

15. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

Contrôle de la validité de la loi

S'agissant, comme on l'a vu, d'un contrôle de compétence ou de juridiction, il s'ensuit que la loi attaquée avec succès est frappée de nullité, et *ab initio*, c'est-à-dire depuis le moment de son adoption puisque l'autorité législative qui en fut l'auteur n'avait pas le pouvoir de l'adopter au moment où elle l'a fait. Il s'ensuit aussi que la qualification de cette loi sera surtout axée sur l'objet qu'elle poursuivait quand elle vit le jour, davantage que sur ses effets contemporains. L'exemple de la Loi fédérale sur le dimanche est frappant à cet égard. En effet, la Cour suprême n'a pas accepté que cette loi, d'inspiration religieuse au départ, soit aujourd'hui qualifiée par référence à ses aspects séculiers¹⁶.

Mais ces quelques lignes directrices font en pratique l'objet de plusieurs tempéraments. Évoquons-en trois.

Si l'invalidation d'une loi emporte en théorie son annulation rétroactive, celle-ci n'a pas pour effet d'enlever toute autorité aux jugements déjà rendus et aux décisions déjà prises en application de cette loi¹⁷. Et lorsqu'il y a quelques années la Cour suprême déclara inconstitutionnelle cette célèbre loi manitobaine de 1890 qui avait abrogé le français comme langue officielle de la province et décrété l'unilinguisme anglais, il lui fallut bien trouver une rationalisation pour éviter de conclure que tout ce qui s'était fait dans la seule langue anglaise au Manitoba depuis la fin du siècle dernier était juridiquement inexistant¹⁸!

La technique de la divisibilité constitue un autre assouplissement à l'idée selon laquelle l'invalidation d'une disposition législative entraîne sa complète disparition. Si cette disposition est divisible, soit matériellement — dans le sens qu'on peut n'y effacer que certains mots pour que le problème constitutionnel disparaisse¹⁹ —, soit fonctionnellement

16. *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, *supra*, note 14, p. 331. L'avoir qualifiée de loi séculière aurait pu éviter de la déclarer inopérante, comme l'a fait la Cour suprême, parce que contraire à la liberté de religion. En revanche, cela lui aurait fait perdre son fondement au titre du partage des compétences, puisque c'est en tant que loi de caractère religieux qu'elle avait comme support la compétence fédérale sur le droit criminel. Voir F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel*, P. U. Montréal, 1982, p. 722. On notera que, dans le processus de qualification de la loi à des fins de partage des compétences, les effets de celle-ci, par opposition à son objet, sont loin d'être sans importance et peuvent servir à invalider une loi dont l'objet est en apparence valide. Voir ce qu'écrit à ce sujet le juge Dickson — il n'était pas encore juge en chef — dans l'arrêt *Big M. Drug Mart Ltd.*, p. 331; aussi F. CHEVRETTE et H. MARX, p. 300 à 310.

17. Il déborderait le cadre de cet article d'analyser cette difficile question, qui fait appel à diverses notions complexes, par exemple l'autorité de chose jugée, la théorie du pouvoir apparent, l'officier *de facto*.

18. *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

19. *Union Colliery Co. c. Bryden*, [1899] A.C. 580, où une loi provinciale interdite aux jeunes, aux femmes et aux Chinois de travailler dans les mines fut jugée invalide

— dans le sens qu'il est possible, en interprétant restrictivement certains mots, de soustraire les champs interdits de son domaine d'application²⁰ —, on évitera de l'invalider en son entier, à condition toutefois qu'on estime que le législateur n'aurait pas refusé d'édicter la partie restante sans la partie manquante²¹.

Autre assouplissement, rarement utilisé en droit canadien: celui de l'inapplicabilité circonstancielle. Le fameux arrêt *Saumur*²² nous en fournit une illustration. Un règlement municipal interdisait de distribuer dans les rues de la ville de Québec tout livre, brochure ou circulaire, sans obtention au préalable de la permission écrite du chef de police. Des témoins de Jéhovah en contestèrent la constitutionnalité et le juge Kerwin trancha ainsi le litige: «Si l'on s'en tient au litige présentement soumis à notre examen, les motifs qui précèdent ne justifient pas que l'on déclare ledit règlement *ultra vires* de la cité de Québec puisque, si l'on ne peut l'attaquer par ailleurs, ce règlement peut s'appliquer dans d'autres cas et dans d'autres circonstances; toutefois, ils justifient certainement que l'on déclare que ce règlement ne doit pas aller jusqu'à interdire à l'appelant, en sa qualité de membre des témoins de Jéhovah, de distribuer dans les rues de Québec tout livre, pamphlet...»²³.

En quoi ces traits, rapidement esquissés, du contrôle traditionnel de constitutionnalité des lois au Canada sont-ils susceptibles d'exercer une influence sur le contrôle de constitutionnalité sous la Charte?

II. Le contrôle de constitutionnalité sous la Charte

Faut-il conserver le modèle qui précède, ou faut-il au contraire en changer et abandonner la sanction de nullité ou d'*ultra vires*, au double motif que l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* parle de lois inopérantes et non de lois frappées de nullité²⁴, et que la Charte énonce

quant à ces derniers, vu la compétence fédérale exclusive sur les étrangers (art. 91(25) L.c. de 1867); *Renvoi concernant la validité de l'article 5(a) de la Loi de l'industrie laitière*, [1949] R.C.S. 1, où une loi fédérale prohibant la margarine fut invalidée, sauf quant à la prohibition de l'importation de ce produit.

20. *McKay c. La Reine*, [1965] R.C.S. 798, où un règlement municipal interdisant toute affiche sur les résidences fut, pour des motifs constitutionnels, jugé inapplicable à la publicité électorale fédérale.

21. Sur la technique de la divisibilité, voir F. CHEVRETTE et H. MARX, *op. cit.*, *supra*, note 16, p. 310 et 311.

22. *Saumur c. Cité de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299.

23. *Id.*, p. 322. Quatre juges auraient déclaré le règlement valide, quatre autres l'auraient déclaré invalide. Le neuvième juge, le juge Kerwin, a disposé du litige de la façon qu'on a vue.

24. Comparer sur ce point l'article 52 à l'article 2 du *Colonial Laws Validity Act*, reproduits respectivement *supra*, aux notes 1 et 10. On notera que l'article 52 n'est pas, bien entendu, applicable qu'à la Charte; il s'applique à toute la Constitution. On notera aussi que la version anglaise de cet article parle, non pas de loi «inoperative», mais de loi «of no force or effect», et qu'elle précise que cette sanction ne sera appliquée à une loi incompatible avec la Constitution que «to the extent of the inconsistency». Il est curieux que le texte français ait omis cette précision.

des normes de contenu, appelant une sanction plus souple que celle applicable à une simple norme de compétence ou d'habilitation²⁵?

Sans doute est-il nécessaire, avant toute chose, de mieux conceptualiser le problème qui se pose en reprenant les exemples donnés au tout début de cet article et en en ajoutant d'autres. Cela fait, on verra le type de solution qui peut lui être apporté, par une approche formelle d'abord, ensuite par une approche fonctionnelle.

Conceptualisation du problème

Dans tous les cas, on est face à un texte de loi qui fait problème par rapport à l'une ou l'autre garantie de la Charte. Et la question est de savoir si, pour décider de son caractère opérant ou inopérant, on est autorisé à prendre en compte les circonstances de son application.

Une loi autorisant une perquisition sans mandat peut-elle être jugée conforme à l'article 8 de la Charte parce qu'elle a été opérée en fait en contexte d'urgence et alors qu'il était impossible d'obtenir un mandat²⁶? Un pouvoir discrétionnaire d'arrêter des véhicules peut-il ne pas être arbitraire au sens de l'article 9 de la Charte quand il s'exerce en fait pour un motif valable²⁷? Une peine peut-elle être en elle-même cruelle et inusitée au sens de l'article 12 et ne pas l'être à l'endroit de la personne condamnée en l'instance²⁸? Une loi qui impose le huis clos pour tout procès de jeunes délinquants peut-elle être jugée contraire à la liberté de la presse (art. 2 de la Charte) et demeurer applicable quand le contexte, par exemple une affaire de mœurs, le justifie²⁹? Une loi qui

25. P.A. CÔTÉ, *supra*, note 12. Dans son importante étude, l'auteur avance encore d'autres raisons pour que soit délaissé le régime de nullité ou d'*ultra vires*.

26. *Supra*, note 5, arrêt où l'on retient cette solution. Comme il n'y avait pas d'urgence dans la présente affaire, le juge Martin, de la Cour d'appel de l'Ontario déclara inopérant l'article 10(1)(a) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1, qui autorise la perquisition sans mandat dans tout lieu autre qu'une maison d'habitation.

27. *Supra*, note 7. Dans cet arrêt, le juge Tarnopolsky conclut que ce pouvoir est valide, mais qu'il ne doit pas être utilisé par les policiers «except upon the basis of some reasonable, articulate cause or some other basis that accords with the provisions of the Charter» (p. 75). Et il précise: «This Court is not undertaking a legislative function by requiring the power to be exercised in a manner that does not violate the Charter» (p. 75). On notera que subséquemment la Cour suprême a décidé qu'un tel pouvoir discrétionnaire était contraire à l'article 9 de la Charte mais qu'il était racheté par son article 1. *R. c. Hufsky*, (1988) 84 N.R. 365.

28. *Supra*, note 8. Dans cet arrêt, le juge Le Dain confesse que cette question, qu'il aborde à l'inverse en se demandant si l'on pourrait déclarer la peine valide quitte à la rendre inopérante dans des cas particuliers, lui a «causé beaucoup de difficultés» (p. 1112). Il rejette en fin de compte une solution de ce genre, «ne serait-ce qu'en raison de l'incertitude qu'elle créerait et des effets préjudiciables que pourrait avoir, dans des cas particuliers, la présomption de la validité ou de l'applicabilité de ladite disposition» (p. 1112).

29. C'est ce qu'on a décidé dans *Re Edmonton Journal and Attorney-General of Canada*, [1983] 4 C.C.C. 59, 69 (B.R. Alta). Par contre, la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. c. Southam Inc.*, (1983) 34 C.R. (3d) 27, 42, a rejeté cette possibilité, disant que la loi était soit valide soit invalide.

octroie des pouvoirs de perquisition sans prévoir les garanties requises pour que ceux-ci ne soient pas abusifs au sens de l'article 8 peut-elle demeurer applicable si elle n'est pas incompatible avec ces garanties et s'il reste possible que celles-ci soient respectées dans les faits³⁰? Une présomption statutaire *prima facie* contraire à la présomption d'innocence garantie par l'article 11(d) de la Charte peut-elle demeurer opérante parce que les faits en litige ne la rendent pas déraisonnable³¹?

La question est donc de savoir s'il est de bonne politique judiciaire d'éviter de censurer, en vertu de la Charte, le texte même de la loi et de réserver la sanction à son application, les circonstances de celle-ci pouvant faire conclure à son effectivité ou à son ineffectivité en l'instance. Problème difficile, auquel on peut être tenté d'apporter une solution formelle.

Solution formelle

Elle consisterait à concevoir la résolution du conflit entre la Charte et la loi comme un processus d'excision ou de gommage de la norme conflictuelle, le rôle du juge devant s'arrêter là et ne pouvant l'amener à faire des ajouts, dans les cas où c'est par ses carences que la loi contrevient à la Charte. Or pareille solution ne résiste pas à l'analyse, au simple motif que l'ajout de normes fait partie de l'arsenal le plus classique du contrôle judiciaire et que la soustraction de normes est souvent aussi problématique que le fait d'en ajouter.

À titre d'exemples d'ajouts judiciaires, à la suite de carences n'entraînant pas l'invalidation de la loi, qu'on songe au droit à l'audition, que le juge lit depuis bien longtemps comme implicitement présent dans le texte³², ou encore au droit à l'interprète³³ ou à l'avocat³⁴. Tout

30. La Cour suprême, dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 169, a rejeté pareille solution. «Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives».

31. Par exemple la présomption selon laquelle tout possesseur de stupéfiants a l'intention d'en faire commerce, même si elle est en elle-même déraisonnable, peut-elle cesser de l'être quand l'accusé est trouvé en possession d'une grande quantité de stupéfiants? On semble avoir rejeté cette solution dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 142, où le juge en chef Dickson fait sienne la conclusion du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario, selon laquelle l'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* était inopérant et qu'il n'y avait pas lieu de le reformuler en l'appliquant cas par cas.

32. Pour ne prendre que cet exemple classique, c'est la technique à laquelle la Cour suprême a eu recours dans *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Commission des relations ouvrières*, [1953] 2 R.C.S. 140. Voir aussi *Lourey et Lepper c. La Reine*, [1974] R.C.S. 195, où il fut décidé, en application de l'article 2(e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III — qui consacre le droit à l'audition — qu'un accusé avait le droit d'être entendu avant l'imposition de sa sentence.

33. *P.G. Ontario c. Reale*, [1975] 2 R.C.S. 624, où l'on a jugé que l'article 2(g) de la *Déclaration* garantissait à l'accusé les services d'un interprète à toutes les phases de son procès.

34. *La Reine c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, où l'on a appliqué l'article 10(b) de la Charte.

dépendant du texte, le même résultat peut être obtenu par la soustraction de mots³⁵. Mais il faut bien se rendre compte que cette dernière n'a rien de bien plus simple que l'autre. Un exemple le montrera. Si l'on conclut qu'une disposition législative prescrivant que l'affichage public et la publicité commerciale doivent se faire *dans la langue officielle seulement* contrevient à la liberté d'expression, faut-il effacer la mention dans son ensemble ou l'unique mot *seulement*, la langue officielle demeurant, en cette dernière hypothèse, d'usage obligatoire sans que soit prohibé l'emploi d'une autre langue³⁶?

D'où l'on voit que la soustraction n'a rien de beaucoup plus certain que l'ajout et que ce n'est pas du côté de semblable distinction que la solution se trouve!

Solution fonctionnelle

En la matière, le professeur Pierre-André Côté³⁷ a élaboré une conceptualisation beaucoup plus riche, à solide fondement théorique. Selon lui, la Charte n'étant pas un instrument d'habilitation mais un ensemble de normes de fond, la sanction à sa violation n'en est pas une de nullité mais d'ineffectivité. En d'autres termes, le conflit entre la Charte et la loi peut, selon le professeur Côté³⁸, être analysé, dans les cas qui s'y prêtent — ce qui exclut les cas où les deux textes sont tout à fait inconciliables — comme se situant au niveau des effets de la loi, sans remise en question de son texte, l'ineffectivité n'advenant que dans la seule mesure de l'incompatibilité entre la Charte et un effet donné de la loi.

Axée sur les effets au lieu de l'être sur les textes, cette solution, infiniment souple, n'oblige pas à scruter l'intention du législateur, fait disparaître les délicats problèmes de rétroactivité et maintient la loi en existence, qui peut ainsi être le cas échéant corrigée sans nécessité de réadoption³⁹.

35. *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, où la Cour a déclaré inopérants, en vertu de l'article 7 de la Charte, les mots d'une disposition législative qui restreignaient le droit à l'audition des personnes revendiquant le statut de réfugié. Le juge Beetz est arrivé au même résultat en appliquant l'article 2(e) de la *Déclaration*.

36. Voir *P.G. du Québec c. Chaussure Brown's Inc.*, [1987] R.J.Q. 80 (C.A.).

37. Dans son étude précitée, *supra*, note 12.

38. Nous écrivons «peut» et non «doit», car l'auteur n'opte pas fermement pour cette solution, encore qu'on perçoive que ce soit celle qu'il paraît privilégier.

39. Voir par exemple *Ontario Film and Video Appreciation Society c. Ontario Board of Censors*, (1983) 34 C.R. (3d) 73 (C. div. Ont.), où le régime ontarien de censure de cinéma, jugé inopérant, aurait pu retrouver sa validité par l'adoption de règlements qui lui auraient fait perdre son caractère purement discrétionnaire. La Cour d'appel de l'Ontario a toutefois opté pour une conclusion d'invalidité pure et simple. Voir: (1984) 38 C.R. (3d) 271. L'exemple est tiré de l'étude du professeur Côté, *supra*, note 12, p. 117 et 118. Celui-ci nous rappelle que la technique de l'inopérabilité circonstancielle fut utilisée sous la *Déclaration canadienne des droits* (p. 109 et 114).

Mais laissons parler son auteur des désavantages de pareille solution. «Pourtant, l'ineffectivité ne va pas sans inconvénients. La méthode empirique qu'elle requiert pour la détermination des exigences de la Charte, le processus de cas par cas qu'elle permet et même qu'elle impose parfois se paient d'une certaine incertitude juridique dont le justiciable risque de faire les frais»⁴⁰. Autant il serait regrettable, selon nous, que les tribunaux écartent par principe la technique de l'ineffectivité, autant sa souplesse excessive rend nécessaire qu'on en balise l'usage. De quelle façon?

Pour pallier à l'incertitude dont il vient d'être fait état, on peut envisager de n'avoir recours à cette technique que dans les cas où il est possible d'établir à l'avance et avec une relative précision ce qui peut préserver l'applicabilité de la norme et ce qui peut la rendre inapplicable. Comparons à cet égard les arrêts *Rao* et *Saumur*, dont il a été précédemment question⁴¹. Dire, comme dans le premier cas, que la perquisition sans mandat est abusive, sauf quand elle est opérée en contexte d'urgence, nous paraît établir une distinction circonstancielle claire entre les cas où la norme est opérante et ceux où elle ne l'est pas. Ce n'est plus vrai lorsque, comme dans l'arrêt *Saumur*, on conclut qu'un règlement interdisant la distribution d'imprimés dans les rues est valide mais inapplicable à un témoin de Jéhovah. Car en ce dernier cas le critère d'inapplicabilité est tout simplement inexistant et aucun individu ni aucun groupe ne sait s'il y est soumis ou non. En ce sens le règlement, parce que dissuasif, aurait dû être tout simplement invalidé. Et c'est probablement à juste titre que fut invalidé le régime ontarien de censure du film, trop d'incertitude entourant les compléments à y apporter pour qu'il retrouve son effectivité⁴².

Cette exigence d'une ligne de démarcation assez précise entre les zones d'applicabilité et les zones d'inapplicabilité poursuit deux objectifs. D'abord elle protège la liberté et la sécurité de l'individu, ensuite elle évite que le juge, confronté à un trop large éventail d'hypothèses possibles, en vienne à réécrire tout simplement la loi. On dira que c'est ce que le juge Martin a fait dans l'arrêt *Rao*, en ajoutant au texte l'exigence qu'on en use seulement quand l'urgence fait en sorte qu'un mandat ne peut être obtenu. Mais on peut voir les choses d'une toute autre façon. L'exception de l'urgence est en un sens si précise que c'est dans l'article 8 de la Charte que, par interprétation, on peut la lire⁴³.

40. *Supra*, note 12, p. 130.

41. *Supra*, notes 5 et 22.

42. *Supra*, note 39.

43. C'est très exactement ce que décida subséquemment la Cour suprême dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 161. Notons qu'il est curieux que dans *Regina c. Noble*, (1984) 16 C.C.C. (3d) 146 (C.A. Ont.), le même juge Martin ait refusé de reconnaître cette même exception d'urgence à propos de l'utilisation des mandats

On ne réécrit pas la loi en concluant que le policier qui perquisitionne sans mandat en vertu d'un texte l'autorisant à le faire ne viole pas l'article 8 quand il le fait en cas d'urgence. On dira aussi que le citoyen, faute de texte, ne sait pas si la perquisition est légale ou pas, s'il doit s'y soumettre ou s'il peut y résister. Or il le sait parce que la Constitution le dit: et quant à l'existence ou l'inexistence de l'urgence, il n'en est bien souvent pas si mauvais juge, sauf en ce qui a trait à la difficulté d'obtenir un mandat, qu'il ne peut contrôler de toute façon, que la loi en traite ou non.

En tout cas, s'il y a ajout de normes dans l'arrêt *Rao*, il s'agit d'un ajout qui, par sa précision, s'apparente à ceux, évoqués plus haut, concernant le droit à l'audition, à l'avocat ou à l'interprète. Quand la Constitution énonce des règles très précises, rien ne fait obstacle à ce que ce soit le juge qui les insère lui-même dans la loi qui les omet. La situation de l'affaire *Hunter c. Southam Inc.*⁴⁴ était complètement différente. On y demandait à la Cour, ce à quoi elle s'est refusée à juste titre, d'interpréter la loi conformément à une série détaillée de standards, ce qui revenait en pratique à la réécrire.

La nécessité de définir à l'avance une certaine catégorie de conduites, de comportements ou de circonstances pour pouvoir faire usage de la technique de l'ineffectivité s'impose surtout pour les normes applicables à la phase policière, car c'est là qu'opère l'effet de dissuasion⁴⁵. Elle garde aussi sa pertinence à la phase judiciaire. Alors même que la loi prescrit le huis clos pour tout procès de jeunes délinquants, peut-on, au nom de la liberté de presse, ne la juger opérante que lorsque l'ordre public ou la morale le justifie⁴⁶? Probablement pas. Non point pour le motif formel qu'il faut substituer aux mots «doit se tenir à huis clos» les mots «peut se tenir à huis clos», mais en raison de l'imprécision des critères d'applicabilité, qui peuvent aller de la protection des mœurs à celle de l'enfant ou de sa famille. Encore qu'une réponse catégorique à cette question n'aille pas de soi, tant le huis clos fait depuis longtemps l'objet de la politique judiciaire.

Un peu de la même façon, la question de savoir si une présomption statutaire *prima facie* déraisonnable peut cesser de l'être en raison des

de main-forte. C'est probablement qu'il s'agissait ici de maisons d'habitation, mais certains passages du jugement (p. 168, 169, 172) sont difficiles à saisir.

44. Voir note précédente, p. 168 et 169.

45. Dans l'arrêt *Ladouceur*, *supra*, notes 7 et 27, le juge Tarnopolsky a-t-il eu raison de refuser de déclarer la loi invalide? Probablement, selon nous. Dans un cas comme le cas présent, le simple fait de préciser que l'ordre d'arrêter un véhicule doit être émis «pour motif» semble délimiter correctement les circonstances d'applicabilité et d'inapplicabilité, vu l'extrême variété des raisons pouvant fonder un tel ordre. Il en irait différemment du pouvoir de prohiber, «pour motif», la diffusion de livres et journaux et la tenue de manifestations.

46. *Supra*, note 29.

faits du litige⁴⁷ est difficile à résoudre. D'un côté, les faits de cette nature sont si variés et spécifiques à chaque affaire que la ligne de démarcation entre l'applicabilité et l'inapplicabilité ne se conçoit pas abstraitement. En revanche, la question est au plus haut point du ressort judiciaire et le juge, en fonction de la preuve et de toutes les circonstances, est fort bien placé pour en décider. Mais à la réflexion on constate que le problème est ailleurs. En effet une présomption statutaire déraisonnable viole l'article 11(d) de la Charte et ne peut, aux termes de l'article 1, être rachetée que par une règle de droit. Or les faits d'une affaire n'en sont pas. Pour le même motif, une peine cruelle et inusitée ne peut cesser de l'être à cause des faits de l'affaire et du passé du délinquant⁴⁸.

D'où l'on voit que plus les garanties de la Charte seront interprétées en termes absolus, avec pour conséquence de fréquents recours à l'article 1, moins on pourra faire usage de la technique de l'opérabilité circonstancielle.

Observons pour conclure que les tribunaux paraissent à ce jour préférer la solution de la validité ou de l'invalidité de la norme⁴⁹, pour des motifs de tradition, peut-être même parce que l'économie générale de la Charte la suggère. Ils ont peut-être raison, encore que nous soyons d'avis qu'à ce stade-ci de l'évolution de cet important instrument constitutionnel, aucun autre type de sanction, quand il est approprié, ne devrait être par principe écarté. Il est des questions qu'à un moment donné on a intérêt à laisser ouvertes.

Ce qui paraît en revanche certain, c'est qu'en deçà de toute question d'opportunité et de toute considération de politique judiciaire — ce dont il fut question plus haut —, la sanction d'inopérabilité ou d'ineffectivité s'imposera inéluctablement en certaines affaires. Pour prendre un exemple connu, si l'on conclut qu'une loi sur la fermeture des commerces le dimanche, quoique valide, enfreint la liberté de religion de certaines personnes et n'est pas rachetée par l'article 1, la solution

47. *Supra*, note 31.

48. Dans l'arrêt *Rao*, *supra*, note 5, le juge Martin observe à la toute fin de son jugement que la présomption statutaire de possession pour fins de trafic de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient carrément à l'article 11(d) de la Charte, d'où son invalidité, alors que la perquisition sans mandat dans un lieu autre qu'une résidence n'est pas en irréductible conflit avec l'article 8. Il procède donc par voie d'interprétation de ce dernier, sans recourir à l'article 1. Par contre le juge Tarnopolsky dans l'arrêt *Ladouceur*, *supra*, note 7, juge le pouvoir discrétionnaire d'arrêter des véhicules contraire à l'article 9, non racheté par l'article 1, tout en concluant qu'il n'est pas invalide mais exerçable pour motifs valables. Il est difficile de concevoir qu'une norme soit rachetée par des faits, alors que l'article 1 exige pour ce faire une règle de droit. Mais tel n'est probablement pas le sens du jugement, plutôt axé sur l'idée que la loi conservait une zone valide d'opérabilité.

49. Voir notamment les notes 29, 30, 31 et 39.

logique sera de la déclarer inopérante quant à eux⁵⁰. Et qu'y a-t-il d'incohérent ou de choquant pour l'esprit à ce qu'une loi valide soit inapplicable à un individu, parce que la lui appliquer équivaldrait, vu les particularités de sa situation, à le punir cruellement⁵¹ ou à le priver de son droit à une défense pleine et entière⁵²?

50. C'est ce que fit le juge Tarnopolsky dans *R. c. Videoflicks Ltd.*, (1984) 48 O.R. (2d) 395 (C.A. Ont.). En Cour suprême, la loi fut jugée valide. Voir *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713. Mais le juge en chef Dickson se demande si, dans l'hypothèse où elle ne l'aurait pas été, le «redressement» au profit de ces personnes dont la liberté de religion se serait trouvée enfreinte aurait dû être accordé en vertu de l'article 52 ou de l'article 24 (p. 784). Il nous semble qu'un raisonnement en termes d'inopérabilité ou d'ineffectivité est plus simple et plus approprié. N'est-ce pas celui retenu par le juge Wilson, dans son opinion dissidente dans cette affaire (p. 811)? Comme on l'a vu plus haut, on peut contester la validité d'une loi en s'appuyant sur une garantie de la Charte dont on n'est pas bénéficiaire. Cependant il va de soi que la garantie doit bénéficier à celui qui l'allègue aux fins d'établir que la loi ne lui est tout simplement pas applicable. Voir à ce sujet la remarque du juge Dickson dans l'arrêt *Big M. Drug Mart Ltd.*, *supra*, note 14, p. 315.

51. *Regina c. Rogers*, (1987) 2 W.C.B. (2d) 27 (C.A.T.N.O.), à propos de la confiscation d'une arme de quelqu'un qui vivait de chasse.

52. *Re Seaboyer and the Queen*, (1987) 61 O.R. (2d) 290 (C.A. Ont.), où les limites, prévues au Code criminel, à la possibilité de mettre en preuve la conduite sexuelle passée du plaignant (art. 246.6 et 246.7) furent assouplies en l'instance pour garantir à l'accusé le droit à une défense pleine et entière.