

L'INFLUENCE DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR LE CONTENTIEUX CANADIEN DES DROITS FONDAMENTAUX

Marie-Laure DUSSART
Allocataire de recherche – Moniteur
GERJC – ILF

Quel remarquable parcours que celui du *code civil napoléonien* et de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ! Ces textes qui ont valeur de droit positif en France ont également depuis plus de deux siècles une aura internationale considérable. Mais ce rayonnement ne semble plus être aujourd'hui l'apanage de ces seuls « monuments » français. La *Convention européenne des droits de l'homme*, adoptée en 1950 par le Conseil de l'Europe, est elle aussi entrée au rang de ces grands textes qui dépassent les frontières.

Le succès de la Convention tient principalement à ce qu'elle reçoit une garantie juridictionnelle, c'est-à-dire « [...] à ce qu'elle ne conçoit pas les préceptes sans leurs sanctions »¹. Pour la première fois, une juridiction internationale, la Cour européenne des droits de l'homme, a pour mission de contrôler le respect de droits et libertés par les ordres juridiques nationaux. L'effectivité de ces droits fondamentaux conventionnels est également assurée par l'abondance des décisions de la Cour et l'interprétation « dynamique »² que font ses juges du document conventionnel. En toute logique, et malgré certaines réticences, un dialogue est né entre les juges de Strasbourg d'une part et les législateurs et les juges nationaux d'autre part.

Plus surprenant, et moins étudiée, est la manière avec laquelle des systèmes juridiques extra-européens saisissent le dispositif conventionnel³. De brillantes études se sont récemment penchées, pour reprendre le terme cher au doyen Escarras, sur la « communicabilité »⁴ des jurisprudences de la Cour suprême américaine et de la Cour européenne⁵. En revanche, depuis le début

¹ R. BADINTER, « Le ministère des droits de l'homme, allocution d'ouverture », in D. TURP et G. A. BEAUDOIN, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, op. cit., p. 18.

² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 8^{ème} éd. 2006, p. 231. Cette démarche vise à « [...] protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » (CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, n° 6289/73, A. 32, § 24), une démarche basée sur l'interprétation évolutive d'un « instrument vivant » (CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avr. 1978, n° 5856/72, A. 26, § 31) dont le contenu s'apprécie « [...] à la lumière des conditions d'aujourd'hui » (*Ibid*, § 31. Cf. aussi CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, A. 31, § 41).

³ En 2002 cependant, un remarquable recueil d'études a comblé quelque peu cette lacune. Cf. J.F. FLAUSS, (dir.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les États tiers*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit et justice », 2002, 162 p.

⁴ J.-CL. ESCARRAS, « Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italiens et français de justice constitutionnelle », *AIJC*, II-1986, p. 15-33.

⁵ E. ZOLLER, « Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des États-Unis sur les droits fondamentaux », *Petites affiches*, 2008 n°112, p. 16 et s. ; J.-F. FLAUSS, « La présence

des années quatre-vingt, la relation transatlantique semble avoir quelque peu oublié le cas du Canada. L'ordre juridique conventionnel apparaît pourtant au juriste canadien comme un modèle à suivre, ou non, à imiter, ou pas, mais dont il tire, toujours, des enseignements. De la littérature juridique qui s'y rapporte, les riches bibliothèques des facultés de droit de la « Belle Province » et des autres entités fédérales n'ont rien à envier à celles de la « Vieille Europe ». La raison en est simple : sans doute peu de traits caractérisent aussi bien la culture canadienne que cette volonté d'aller chercher « au-delà »⁶ les outils qui seront utiles à son propre développement.

En effet, contrairement aux tribunaux américains, souvent réticents à préférer une jurisprudence étrangère plutôt que leur droit national⁷, les juges canadiens et québécois font un emploi de plus en plus habituel du droit international, surtout depuis l'intégration tumultueuse, le 17 avril 1982, de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la Constitution. Avant 1982, le Canada était un Dominion britannique qui ne possédait pas de catalogue de droits fondamentaux constitutionnellement garantis. Jusqu'alors, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (AANB), loi adoptée en 1867 par le Parlement de Westminster, constituait la partie écrite de la Constitution canadienne. Or, les droits et libertés étant protégés, en Grande-Bretagne, par le droit coutumier, par des documents historiques⁸ et par la Constitution britannique, l'Acte de 1867 ne contenait évidemment pas de déclaration de droits.

A ce moment où, dès le début des années soixante-dix⁹, il était question pour le Canada de se doter d'une nouvelle Constitution, et de parachever ainsi son indépendance vis-à-vis du Royaume-Uni, l'adoption d'un catalogue de droits n'apparaissait pas comme une priorité. Cela, d'abord, parce que la *common law* était considérée comme un instrument parfaitement à même de garantir les libertés¹⁰. Cela, ensuite, parce que l'adoption d'une Charte constitutionnelle faisait craindre à un Canada si soucieux de son identité un rapprochement trop étroit avec la culture américaine. Pourtant, avant 1982, la timidité dont avaient fait preuve les tribunaux dans l'interprétation et l'application de la *Déclaration canadienne des droits* soulignait les limites du système¹¹, si bien que la Charte, pour revenir sur ces lacunes, sera finalement intégrée dans la *Loi constitutionnelle de 1982*¹². Permettant au Canada de passer « du système de la

de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, p. 313 et s.

⁶ D. TURP, « Introduction », in D. TURP et G. A. BEAUDOIN, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, op. cit., p. 23.

⁷ S. BREYER, « Inspiration réciproque et droits fondamentaux du point de vue de l'Amérique », *Petites affiches*, 2008, n° 112, p. 36.

⁸ Avant 1867, Les textes principaux en Grande-Bretagne sont : la *Magna Carta* de 1215, la *Petition of Right* de 1628, l'*Habeas Corpus* de 1679, le *Bill of Rights* de 1689, et le *Reform Act* de 1832.

⁹ En 1968, le Premier Ministre, Pierre-Elliot TRUDEAU déposé un livre blanc intitulé : *Une Charte canadienne des droits et libertés*. Les premiers travaux préparatoires sur la Charte datent des années 1970.

¹⁰ M. COHEN, « Towards a Paradigm of Theory and Practice : The Canadian Charter of Rights and Freedoms : International Law Influence and Interactions », (1986) 3 *A.C.D.P.* p. 47 et 60.

¹¹ P. PATENAUDE, « La genèse de la Charte canadienne », in *Les 25 ans de la Charte canadienne des droits et libertés*, 2007, Service de la formation continue du Barreau du Québec. Cf. les arrêts *Curr c. La Reine* (1972) R.C.S. 889 ; *R. c. Drybones*, (1970) R.C.S. 282.

¹² En 1982, le Canada se dote d'une Constitution qui comporte le texte de la *Loi constitutionnelle de 1867* (ancien AANB) et celui de la *loi constitutionnelle de 1982*. La loi constitutionnelle de 1982 contient quant à elle, la *Charte canadienne des droits et libertés* et d'autres dispositions nouvelles.

suprématie parlementaire à celui de la suprématie constitutionnelle »¹³, l'initiative fut couronnée d'un réel succès puisque, dès le lendemain de sa réalisation, la production jurisprudentielle et doctrinale se multiplia.

L'interprétation de la *Charte*, premier catalogue de droits canadien garantis au niveau constitutionnel, apparaissait donc comme une « tâche nouvelle »¹⁴ pour les juges¹⁵, ces derniers voulant se « débarrasser des fantômes restrictifs de la *Déclaration canadienne des droits* »¹⁶ qu'ils considéraient comme un « simple code d'interprétation »¹⁷. A cet effet, les magistrats ont désiré rompre avec les méthodes d'interprétation qui avaient été traditionnellement retenues, car, comme avait insisté l'ancien Juge en Chef Brian Dickson, « l'interprétation d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi »¹⁸. Cette volonté d'innover¹⁹, afin d'offrir à ce « document révolutionnaire »²⁰ toute l'effectivité qu'on attendait de lui, a ainsi conduit les juges à suivre une méthode d'interprétation téléologique. Bien connue dans les pays de tradition dite « civiliste »²¹, cette méthode, désormais applicable à l'ensemble du droit constitutionnel canadien, commande que les droits et libertés garantis par un texte doivent recevoir une interprétation en fonction de leur but, de leur objet ou de leur finalité. Le célèbre arrêt de la Cour suprême *Hunter c. Southam Inc.*²² affirmera de manière explicite, et définitive, l'adoption de ce nouvel outil²³.

Dès lors qu'il fut question d'interpréter les dispositions de la Charte, les juges, conformément à ce que leur suggérait la doctrine, firent appel, après

¹³ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, (§131); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, (§ 72).

¹⁴ *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

¹⁵ Le contrôle de constitutionnalité des lois au Canada est assuré par les tribunaux (même si la Constitution ne leur assigne pas expressément ce rôle), il s'exerce à l'occasion d'un renvoi, d'une requête pour jugement déclaratoire, lors d'une action déclaratoire, ou lors d'un litige mettant en cause, en demande ou en défense, la constitutionnalité d'une mesure législative. Jusqu'à l'adoption de la Charte, le contrôle de constitutionnalité des lois portait essentiellement sur le partage des compétences législatives entre les deux niveaux de gouvernements provincial et fédéral. L'incorporation de la Charte dans la constitution canadienne modifie la vision traditionnelle du droit constitutionnel et le rôle des tribunaux.

¹⁶ S. BEAULAC, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international » (2005), 27 *Supreme Court Law Review* (2d) p. 6. La *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. App. 111 est une loi adoptée par le Parlement fédéral et entrée en vigueur le 10 août 1960.

¹⁷ G. A. BEAUDOIN, « La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux », *The Canadian Bar Review*, vol. LIII, 1975, p. 691.

¹⁸ Le juge DICKSON dans l'affaire *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 (§16).

¹⁹ Aujourd'hui pourtant, la méthode d'interprétation de la Charte ne peut plus être considérée comme vraiment différente de celles applicables en matière de textes législatifs ordinaires étant donnée l'évolution de la méthode d'interprétation des lois. La « méthode moderne » d'interprétation des lois, dans laquelle il faut déterminer l'intention du législateur diffère de l'ancienne règle restrictive de l'interprétation littérale, « utilisée à une époque dans l'histoire du système juridique de la *commun law* ou l'on voyait la législation d'un mauvais oeil » « *Parlement change the law for the worse* » soulignait alors SIR FEDERICK POLLOCK. Cf. S. BEAULAC, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international » (2005), 27 *Supreme Court Law Review* (2d) p. 10.

²⁰ S. BEAULAC, « L'interprétation ... », p. 7.

²¹ Le Canada établit une différence entre la *common law* et les droits civilistes. Pour droit civilistes ont entend droits de tradition romano-germanique.

²² *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, Depuis cette décision, il est établi en droit constitutionnel canadien que la détermination du sens des droits et libertés garanti par la Charte doit procéder à la méthode d'interprétation téléologique.

²³ Dans une décision rendue quelques années après, le juge DICKSON a pu explicitement le confirmer : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313).

quelques hésitations²⁴, au droit international des droits de la personne et au droit européen, ainsi qu'aux enseignements tirés de l'étude comparative du droit constitutionnel. Conscients que ces ordres juridiques ou ces démarches ne les liaient pas, les juges canadiens y ont vu des éléments « pertinents et persuasifs » d'un secours précieux pour l'interprète. La chose était d'autant plus acquise qu'ils inspirèrent le Constituant²⁵. Ainsi, le droit international, le droit européen et le droit américain²⁶ sont depuis lors fréquemment cités²⁷ et utilisés par la jurisprudence canadienne relative aux droits fondamentaux.

Si la proximité géographique, des facteurs historiques, et le système de *common law*²⁸ expliquent spécifiquement les raisons pour lesquelles les tribunaux canadiens citent la jurisprudence américaine, la présence du droit européen au Canada, en revanche, est une véritable énigme, d'autant que « la démarche normale »²⁹ d'un juge, au Canada comme ailleurs, est de se référer à sa propre jurisprudence. Qu'on se place d'un point de vue historique ou strictement normativiste, rien ne semble *a priori* justifier³⁰ que la Convention européenne soit l'instrument étranger le plus cité par la Cour suprême³¹.

Si la référence à la Convention européenne et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans les arrêts rendus par le juge constitutionnel canadien mérite toute l'attention, elle exige aussi prudence et précaution, tant le sujet demande des approfondissements. Pour l'heure, dans un souci didactique, on peut néanmoins tenter de rendre compte des raisons qui expliquent le phénomène (I), et en signaler quelques unes des principales de ses manifestations (II).

²⁴ D. TURP, « Une année d'interprétation de la Charte canadienne des droits et liberté à la lumière du droit international », communication présentée à l'occasion de la session conjointe de la section canadienne de la Commission internationale des juristes et de la section de droit constitutionnel et international de l'Association du barreau canadien du 60e Congrès annuel de l'Association du Barreau canadien, 30 août 1982.

²⁵ E. MCWHINNEY, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms : the lessons of Comparative Jurisprudence », *R. du B. Can.*, 1983, n° 61, p. 55 .

²⁶ Par exemple, dans la célèbre affaire *Hunter c. Southam*, précitée, la Cour suprême intégra en droit canadien les principes élaborés par le plus haut tribunal américain dans l'affaire *Katz c. United States* 389 US 347 ; 88 S.Ct. 507 (1967).

²⁷ Concernant le droit international utilisé, la Cour a cité notamment : la Convention européenne des droits de l'homme, et certains de ses protocoles, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte sociale européenne, le traité de Rome...

²⁸ La *common law* est « un mécanisme d'emprunt et d'influences croisées entre les juridictions appartenant au même système ». La communicabilité est très importante dans la jurisprudence des hautes Cours des États qui pratiquent un droit inspiré de la *common law* anglaise. Cf. G. CANIVET « La pratique du droit comparé par les cours suprêmes, Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences françaises et européennes : en commentaire de l'article de SIR BASIL MARKESINIS et JÖRG FEDTKE le juge en tant que comparatiste », *T.L.R.*, 2005-2006, p. 229.

²⁹ B. GENEVOIS, « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux », *Petites affiches*, 2008, n°112, p. 15.

³⁰ W. A. SCHABAS, « Le droit européen des droits de la personne dans la jurisprudence canadienne et québécoise », *R.Q.D.I.*, 1991-1992, p. 198.

³¹ D. TURP, « le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : un bilan jurisprudentiel », *R.J.T.*, 1984, p. 360. En 1984, la convention avait été citée dans 29 des 48 décisions de l'ensemble des tribunaux canadiens utilisant le droit international. A l'heure actuelle, elle a été expressément citée dans une cinquantaine de jugements de la Cour suprême. Tandis que Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou la Déclaration universelle des droits de l'homme ont été tous les deux cités moins de quarante fois. Depuis 1982, la Cour suprême comptabilise environ 485 décisions rendues en matière de Charte. cf. site de la Cour suprême.

I. Les fondements théoriques d'une réception : l'élaboration d'une communicabilité

La Charte canadienne et le droit international des droits de l'homme entretiennent des liens de parenté étroits. Si, en effet, et conformément à ce que lui suggérerait une doctrine unanime³², les tribunaux canadiens utilisent des normes de droit international afin de les assister dans l'interprétation de la Charte (B), c'est parce que certaines dispositions de la Charte en sont issues³³ (A).

A. Une source d'inspiration dans l'élaboration de la Charte : la possibilité d'une utilisation

Le recours au droit comparé et au droit international des droits de l'homme dans l'interprétation de la Charte devait être, dans un premier temps, expliqué, justifié et légitimé par les juges³⁴. Ce débat théorique a beaucoup intéressé la doctrine³⁵ et les juges dans les années suivant la naissance de la Charte³⁶, même si les interrogations qu'il a générées ont aujourd'hui, pour l'essentiel, trouvé leurs réponses.

En effet, la position habituelle³⁷ prise par les tribunaux veut qu'ils ne soient pas liés par les normes du droit international, notamment celles issues des traités, en vertu du schéma dualiste qui gouverne la matière³⁸. Autrement dit, les traités internationaux n'étant pas directement contraignants, ils doivent être incorporés en droit interne pour être applicables. L'applicabilité de la Convention est encore plus improbable dans la mesure où elle n'est évidemment pas ratifiée par le Canada, et qu'elle ne peut pas l'être. Pourtant, nonobstant les limites inhérentes à l'utilisation du texte européen et à ses instruments, les tribunaux canadiens ont réussi à les utiliser.

³² M. LEBEL, « L'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés au regard du droit international des droits de la personne – Critique de la démarche suivie par la Cour suprême du Canada », (1988) 48 *R. du B.* 743;

³³ Cf. par exemple : M. COHEN et A. BAYEFSKY, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Public International Law », (1983) 61 *R. du B. can.* 265 et B. DICKSON, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms : Context and Evolution », in G.-A. BEAUDOIN et E. MENDES, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1996, p. 1.

³⁴ Lors de l'adoption de la Charte, la doctrine estimait que le recours au droit international des droits de l'homme serait possible grâce à la transposition en droit constitutionnel de l'ancienne démarche utilisée par les tribunaux en matière législative : la présomption de conformité au droit international³⁴. En appliquant cette méthode, le juge pouvait utiliser le droit international comme outil interprétatif des règles de nature législatives. Deux conditions devaient toutefois être remplies, à savoir l'ambiguïté du texte de la norme interne et l'existence d'une volonté législative de donner un effet juridique à la norme internationale en question. Cette méthode, trop rigide, n'a pas été récupérée par les juges de la Cour suprême dans l'interprétation de la nouvelle Charte.

³⁵ S. BEAULAC, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont "liés" par le droit international », (2004) 38 *R.J.T.* 359

³⁶ 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 », in D. TURP ET G. A. BEAUDOIN, (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, op. cit., p. 92-111.

³⁷ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Dans cette décision, le jugement de la majorité a été interprété comme ouvrant la voie à l'utilisation des traités internationaux qui n'ont pas été mis en œuvre en droit interne.

³⁸ En revanche, les normes coutumières obéissent à un schéma moniste, et n'ont donc pas besoin d'être incorporées pour entrer en vigueur au Canada. Cf. par exemple : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1.

Aujourd'hui, si le recours aux instruments internationaux lors du contrôle de constitutionnalité de la loi est un fait avéré qui n'a plus besoin de justifications, et si le débat théorique, dès lors, est substantiellement délaissé, il n'est pas inutile pourtant, puisque l'on ne fait pas partie du « sérail »³⁹, d'y revenir dessus.

Les juges canadiens avaient déjà pour habitude, lors de ce contrôle, d'utiliser la jurisprudence américaine⁴⁰ ou celle des pays du Commonwealth⁴¹. Des raisons historiques, on l'a dit, expliquent aisément ce phénomène. En revanche, les tribunaux canadiens étaient moins à l'aise lorsqu'ils avaient recours au droit international et européen des droits de l'homme, comme en témoigne, ainsi que le rapportent deux Professeurs québécois, une pratique « caractérisée par des renvois très sommaires et peu motivés [...], voire même inexacts »⁴². Un exemple particulièrement révélateur de cet embarras, même relatif, nous est donné par l'arrêt *R. c. Mongentaler* que la Cour suprême a rendu en 1988⁴³. Dans les motifs de cet arrêt, la Haute Juridiction décrit le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Paton c. Royaume-Uni* comme un arrêt de la Cour européenne. Sans se déjuger, elle corrigera cependant son erreur l'année suivante, dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*⁴⁴, en rendant à la Commission la paternité de son travail⁴⁵.

Même maladroitement, la Cour suprême n'a pourtant jamais renoncé à cette utilisation. La raison principale de cette persévérance, de cet attachement, est que la Convention européenne a directement inspiré les rédacteurs de la Charte canadienne⁴⁶. Le contexte dans lequel la Charte vît le jour apparaît ainsi comme le « motif général de recours au droit international »⁴⁷. Les auteurs parlent de « contexte d'énonciation »⁴⁸, ou de « contexte d'adoption »⁴⁹ : le fait que les instruments internationaux aient orienté l'œuvre du Constituant lors de l'élaboration de la Charte justifie le recours au droit international lors de son interprétation. Ce rôle joué par la Convention dans la réforme constitutionnelle de 1982 a été avancé à plusieurs reprises par les juges. En 1984, le Professeur Turp, après une étude systématique des arrêts rendus par les tribunaux canadiens depuis l'adoption de la Charte, dénombrait trois éléments qui, selon

³⁹ E. ZOLLER, « Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des États-Unis sur les droits fondamentaux », *Petites affiches*, 4 juin 2008, n° 112, p. 26.

⁴⁰ Cf. *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, 898.

⁴¹ Cf. pour une référence au droit australien : *Ross c. Registraire de véhicules automobile*, (1975) 1 R.C.S. 5.

⁴² W. A. SCHABAS, D. TURP, « La Charte canadienne des droits et libertés et le droit international : les enseignements de la Cour suprême du Canada dans les affaires Keegstra, Andrews et Taylor », *R.Q.D.I.*, 1989-1990, p. 12.

⁴³ *R. c. Mongentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

⁴⁴ *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

⁴⁵ W. A. SCHABAS, D. TURP, « La Charte canadienne ... », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶ Cette méthode n'a rien d'étonnant en droit canadien. Le professeur P-A. COTE soulignait que c'est un « principe largement admis, que dans l'interprétation d'un texte législatif, on peut prendre en considération l'interprétation donnée au texte qui a pu servir de modèle au législateur ». P-A. COTE, *Interprétation des lois*, Cowansville, ed. Yvon Blais, 1982, p. 488.

⁴⁷ D. TURP, « le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : un bilan jurisprudentiel », *R.J.T.*, 1984, p. 363.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 364.

⁴⁹ J. WOEHLING, « Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne - rapport canadien - », in, A. DE MESTRAL *et al.* (dir.). *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Cowansville, ed. Yvon Blais, 1966.

les interprètes judiciaires, soulignaient ce lien et plaidaient en faveur d'une « communicabilité » des deux ordres juridiques : la similarité du langage entre la Charte et la Convention⁵⁰, le recours aux travaux parlementaires qui évoquaient la Convention, et la référence aux ébauches qui avaient abouti au texte adopté et qui, comme les travaux parlementaires, faisaient référence au document européen.

Mais les tribunaux ont rapidement dépassé la stricte influence directe de la Convention pour évoquer, de manière beaucoup plus diffuse, l'influence du « contexte international »⁵¹ existant lors de l'élaboration de la Charte. Ici, ce n'est pas tant parce que les traces de la Convention se trouvent dans les travaux parlementaires que son utilisation est permise, ou parce que les langages employés se ressemblent, mais parce que les deux normes supra-législatives coïncident. La Convention est là, à sa portée, et le juge canadien, tout simplement, ne s'interdit pas de l'utiliser. Pour reprendre l'expression utilisée par la Cour suprême, « la Charte canadienne n'est pas un phénomène isolé [...]. Elle s'inscrit dans le cadre du mouvement universel visant à promouvoir le respect des droits de la personne »⁵². Que des traités internationaux lient ou non le Canada, qu'ils aient ou non influencé, même directement, le Constituant canadien ne détermine pas le degré de leur utilisation par l'interprète judiciaire. C'est là une posture progressiste qu'il est rarement donné de constater chez un juge national⁵³. Très vite après l'adoption de la Charte, les tribunaux canadiens ont utilisé à leur gré la jurisprudence européenne pour interpréter les dispositions de la Charte en offrant⁵⁴, ou non⁵⁵, des justifications à cela⁵⁶.

B. Une source d'interprétation de la Charte : la valeur d'une utilisation

Le droit international peut donc être utilisé par les tribunaux canadiens⁵⁷, la Cour suprême ayant rappelé à plusieurs reprises que « [...] les

⁵⁰ Cf. *R. c. King*, (1984) 31 Alta. L.R. (2d) 253, 260-261 (Alta. Q.B.) ; *Regina c. Red Hot Video Ltd.*, (1984) 6 C.C.C (3d) 331, 352 (B.C. Prov. Ct.).

⁵¹ D. TURP, « Le recours... », *op. cit.*, p. 367.

⁵² Opinion dissidente du juge BELZI de la Cour d'appel de l'Alberta cité dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. ; Dans la version anglaise de l'arrêt, la formule est : « *Charte was not conceived and born in isolation* ».

⁵³ Pour l'étude de ces « phases d'ouverture vers l'extérieur et de repli sur soi », cf. SIR B. MARKESINIS, « Le droit étranger devant le juge américain et le juge français », communication devant l'Académie des sciences morales et politiques, séance du lundi 13 mars 2006.

⁵⁴ *Public Service alliance of Canada c. The Queen*, Fed. T.D., T-9206-82, 21 mars 1984 ; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673 ; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁵⁵ *Borowski c. Attorney General of Canada et al.*, (1984) 1 W.W.R. 15, 27 (Sask. Q.B.).

⁵⁶ La justification proposé dans un arrêt de la Cour supérieure du Québec par le juge DESCHENE dans l'affaire *Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec*, (1982) C.S. 673 est originale mais inexacte, il estime que les décisions de la Cour européenne qu'il cite dans son analyse sont des précédents.

⁵⁷ La Cour suprême avait dans le passé énoncé la règle de l'ambiguïté. Le recours au texte international était possible uniquement en cas d'ambiguïté du texte à interpréter, cf. *Daniels c. The Queen*, (1968) R.C.S. 517. Dans la même décision, elle précise que l'application de la règle est peu fréquente. Aujourd'hui, la règle ne s'applique plus, une ambiguïté ou une difficulté n'est pas nécessaire pour avoir recours au droit international. cf. par exemple : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

tribunaux *peuvent* faire appel au droit international pour dégager le sens de la Constitution du Canada »⁵⁸, sans qu'ils y soient pourtant formellement obligés⁵⁹.

C'est dans une opinion dissidente formulée sous un arrêt rendu en 1987 par la Cour suprême du Canada⁶⁰, que l'ancien Juge en Chef Brian Dickson a précisé pour la première fois la fonction du droit international des droits de l'homme dans l'interprétation de la Charte. A cette occasion, il a pu établir une différence entre les textes internationaux auxquels le Canada a adhéré, mais qui n'ont pas encore été transposé en droit interne, et les textes en vertu desquels le Canada est un État tiers.

Dans la première hypothèse, classique en droit international, un État, le Canada, est partie à plusieurs conventions internationales sur les droits de la personne, et il s'est donc obligé, (malgré l'absence –temporaire ?- de transposition), à assurer, à l'intérieur de ses frontières, la protection de certains droits et libertés fondamentaux : « il faut présumer, en général, que la Charte accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifié en matière de droits de la personne »⁶¹.

Dans la seconde hypothèse, le Juge en Chef indique que les ressemblances entre les dispositions de la Charte et les conventions internationales relatives aux droits de l'homme auxquelles le Canada n'a pas adhéré (comme la Convention européenne) sont telles que la jurisprudence des organes chargés d'interpréter ces instruments est « pertinente et persuasive » en droit canadien. La ressemblance entre les dispositions de la Charte et des instruments internationaux « [...] confère une importance considérable aux interprétations de ces instruments par les organes décisionnels, tout comme les jugements des tribunaux américains portant sur le *Bill of Rights* ou ceux des tribunaux d'autre ressorts sont pertinents et peuvent être persuasifs. L'importance de ces instruments, pour ce qui est d'interpréter la Charte, va au-delà des normes élaborées par des organes décisionnels en vertu de ces instruments et touche ces instruments mêmes »⁶². Ainsi, l'ensemble des sources du droit international des droits de la personne doivent être prises en compte lorsqu'il s'agit d'interpréter la Charte, et la Cour suprême perçoit donc le droit international à titre d'élément interprétatif lors de l'interprétation de la Charte.

Il en ressort, comme l'a souligné un auteur canadien, que ces méthodes permettent « [...] une grande interaction entre les instruments internationaux de protection des droits de la personne et le droit interne canadien [...] »⁶³, ou comme le montre le Président Genevois, que l'ouverture de systèmes juridiques « [...] sur des droits venus d'ailleurs est propice à des échanges féconds »⁶⁴, dès

⁵⁸ *Suresh c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 3, REJB 2002-27423 (C.S.C.) (par. 60), nous soulignons.

⁵⁹ Cf. par exemple : S. BEAULAC, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont “liés” par le droit international », (2004) 38 *R.J.T.* 359.

⁶⁰ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

⁶¹ *ibid.*, § 59,

⁶² *ibid.*, § 58,

⁶³ S. BEAULAC, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international » *Supreme Court Law Review*, (2005), 27 (2d) p. 33.

⁶⁴ B. GENEVOIS, « L'inspiration réciproque... » , *op.cit.*, p. 15 .

lors que l'on a bien intégré la précaution que le Professeur Zoller a si justement livrée : « rien n'est plus périlleux pour les non-initiés que de parler du "dialogue des juges", de ces échanges d'idées et de l'inspiration commune qui, par-delà les frontières et même les océans, peuvent guider deux ou plusieurs juridictions l'une par rapport à l'autre. Que peut savoir du sérail celui qui n'en fait pas partie ? »⁶⁵.

II. La mise en œuvre d'une réception : la détermination du contenu des droits fondamentaux canadiens

Permise, l'influence de la Convention a pu se manifester dans le contentieux canadien des droits fondamentaux. Et si elle a pu réellement se concrétiser (B), c'est que les juges de la loi canadienne ont su se saisir des méthodes que la Cour européenne, avant eux, a pu développer (A).

A. La communicabilité d'une méthode : les limites juridictionnelles des droits fondamentaux

De nombreux catalogues de droits fondamentaux contiennent des limitations et dérogations aux droits garantis. La Charte canadienne, influencée par les textes internationaux, ne fait pas ici figure d'exception. En la matière, les rédacteurs de la Charte n'ont pas suivi le modèle américain proclamant le caractère absolu des droits⁶⁶, et ont préféré, à l'opposé, l'approche de la Convention européenne. Pourtant, contrairement au document de 1950, la clause limitative de l'article premier de la Charte est unique et applicable à l'ensemble des droits énoncés. Innovation au sein des États du Commonwealth⁶⁷, cette clause l'est tout autant « [...] dans la brève histoire des chartes ou des déclarations de droit au Canada »⁶⁸. Un large pouvoir d'appréciation est en effet confié au juge, ce qui est « [...] inhabituel dans un système juridique de tradition anglo-saxonne »⁶⁹. Aux termes de l'article premier de la *Charte*, les droits et libertés 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* ».

La Convention européenne prévoit également des limitations possibles aux droits fondamentaux, mais ces restrictions, spécialisées, sont précisées pour chaque droit. Le second paragraphe de l'article 10, relatif aux limites de la

⁶⁵ E. ZOLLER, « Le dialogue... », *op. cit.*, p. 26.

⁶⁶ Aux États-Unis, les tribunaux ont dû développer une théorie jurisprudentielle complexe des « limites raisonnables ». Dans le cadre de l'application du XIV^e Amendement la Cour suprême utilise trois « niveau » de contrôle ce qui lui permet d'être plus ou moins sévère selon le droit affecté et le motif de distinction en cause (*strict scrutiny*, *minimal scrutiny* et *intermediate scrutiny*). Cf. J. WOEHLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *RTDH*, 1993, p. 389

⁶⁷ Dans aucun pays du Commonwealth possédant un catalogue de droits fondamentaux on ne trouve de clause limitative d'application générale. Cf. A. MOREL, « La clause limitative de l'article 1 de la charte canadienne des droits et libertés : une assurance contre le gouvernement des juges », *R. du B. can.*, vol. 6, 1983, p. 85.

⁶⁸ A. MOREL, « La clause limitative... », *op. cit.*, p. 82.

⁶⁹ W. A. SCHABAS, « le droit européen des droits de la personne dans la jurisprudence canadienne et québécoise », *R.Q.D.I.*, 1991-1992, p. 200.

liberté d'expression, a fortement influencé les rédacteurs de la Charte. Trois conditions à ces limitations y sont posées⁷⁰ : leur légalité (« prévues par la loi »), leur nécessité (« qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique ») et la légitimité de leur but. La ressemblance avec la clause limitative de la Charte est manifeste. Pourtant, les énoncés ne sont pas totalement identiques, puisque l'article premier de la Charte pose la *raisonnabilité* des limites, quand la Convention exige leur *nécessité*. Loin d'être de simples divergences de style, ces différences emportent des conséquences non négligeables.

En effet, comme il est couramment admis outre-Atlantique, si le constituant canadien a fait le choix de se distinguer sur ce point du texte européen, c'est, signe de l'héritage britannique de la souveraineté parlementaire, qu'il a voulu offrir au législateur un pouvoir d'appréciation discrétionnaire très important, plus important en tous les cas que ne semblait, pour eux, lui offrir la lettre européenne. Car, dans la gradation du contrôle juridictionnel, et pour la doctrine canadienne, le contrôle de la raisonnable de la loi est moins intense que celui de sa nécessité, c'est-à-dire de sa rationalité⁷¹. Or, cette hiérarchie est contestable dans la mesure où, en France comme ailleurs⁷², le contrôle de la raisonnable est assimilé, sinon à un contrôle de l'opportunité des choix législatifs, au moins à davantage qu'un examen de leur rationalité.

Lorsque la Cour européenne doit examiner la conformité d'une limite portée par un État membre à un droit fondamental conventionnel, c'est-à-dire lorsqu'elle doit en dire la *nécessité*, elle met en œuvre un contrôle de la proportionnalité entre l'atteinte qu'elle représente pour ce droit ou cette liberté et le but qu'elle a entendu mettre en œuvre. La Cour a d'ailleurs souvent souligné que l'adjectif « nécessaire » n'est pas synonyme d'« indispensable », et qu'il n'a pas non plus la souplesse des termes tels qu'« admissible », « normal », « utile », « raisonnable » ou « opportun »⁷³. Contrairement au concept de *nécessité*, celui de *raisonnable* n'appelle ainsi pas de contrôle de proportionnalité : il n'implique *a priori* pas que les restrictions imposées soient

⁷⁰ J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2007, pp. 762-765.

⁷¹ 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 », in D. TURP et G.-A. BEAUDOIN, (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1986, p. 99.

⁷² F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, Paris – Aix-en-Provence, coll. « Droit public positif », 1997, p. 160 ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica – PUAM, Paris – Aix-en-Provence, coll. « Droit public positif », 1990, p. 179 ; G. ZAGREBELSKY, « Su tre aspetti della ragionevolezza », in Corte costituzionale, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale : riferimenti comparatistici* (Actes du séminaire d'études tenu à Rome au Palais de la Consulta les 13 et 14 octobre 1992), Milan : Giuffrè, 1994, p. 179-192 ; J.-C. ESCARRAS et L. FAVOREU, « Conseil constitutionnel et ragionevolezza : d'un rapprochement improbable à une communicabilité possible », in Corte costituzionale, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale : riferimenti comparatistici*, op. cit., p. 211-220 et p. 221-228 ; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Naples : Editoriale scientifica, 2007, 93 p.

⁷³ CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n° 5493/72, § 48 ; citation reprise notamment dans CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 Novembre 1991, Série A217 ; CEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76 ; *Young, James and Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, n° 7601/76 ; 7806/77 § 63 ; A. MOREL, « La clause limitative... », op.cit., p. 82.

proportionnées au but poursuivi. « Ce qui est exagéré, comme ce qui est insuffisant, n'est pas pour autant déraisonnable »⁷⁴.

Soumis à l'influence de leurs voisins américains dans l'élaboration de leurs standards, ou, pour reprendre le terme anglo-saxon, de « test », les tribunaux canadiens avaient pourtant, avant l'adoption de la Charte, défini en droit administratif la notion de « déraisonnable ». Pour être qualifiée de déraisonnable, une conduite ou une décision doit être ainsi telle qu'elle constitue un acte qu'aucune personne de bon sens, placée dans les mêmes circonstances, n'aurait posé. Ou encore, l'acte déraisonnable est celui qui est manifestement fait de mauvaise foi⁷⁵.

Tout juste après l'adoption de la Charte, et puisqu'ils s'étaient autorisés à consulter la jurisprudence de leurs homologues de Strasbourg, des juges canadiens⁷⁶ éprouvèrent certaines difficultés devant la différence de terminologie entre « nécessaire » et « raisonnable ». Contrairement aux orientations livrées par les rédacteurs de la Charte, la Cour suprême, dans l'affaire *Oakes*⁷⁷, n'a pas conféré au terme « raisonnable » la portée qu'ils avaient entendu lui donner. Ce faisant, elle n'a pas appliqué à l'article premier de la Charte les règles que la jurisprudence avait élaborées en droit administratif. Si, en effet, le contrôle qu'elle a opéré à cette occasion⁷⁸ est bien formellement un contrôle de la raisonnable, puisque la lettre de la Charte se réfère à ce terme, il est surtout, matériellement, – et c'est là l'essentiel – un contrôle de la nécessité tel que le met en œuvre la Cour européenne : le raisonnement tenu par les juges d'Ottawa se signale tout entier par l'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte qu'il examine. Un auteur y aura vu une « raisonnable assez exigeante »⁷⁹...

Le « test » de proportionnalité, tel qu'élaboré par le juge Dickson, comporte trois éléments cumulatifs qui se rapprochent de la méthode suivie à Strasbourg, même s'il s'en est distingué un temps par l'utilisation qui en a été faite. Pour apprécier la légitimité constitutionnelle d'une atteinte législative à un droit fondamental, le juge canadien va tout d'abord apprécier le « lien rationnel » de la mesure et du but poursuivi, c'est-à-dire leur adéquation, en

⁷⁴ A. MOREL, « La clause limitative... », *op.cit.*, p. 94.

⁷⁵ Cf. notamment : *Kruse v. Johnson*, (1898) 2 Q.B. 91, pp. 98-100.

⁷⁶ *Reich c. College of Physicians and surgeons of the province of Alberta* (no. 2), (1984) 8 D.L.R. (4th) 696.

⁷⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 ; La Cour a jugé dans l'arrêt *Oakes* que l'article 8 de la Loi sur les stupéfiants qui édicte qu'un individu qui est trouvé en possession de drogue (même d'une infime quantité) est présumé vouloir en faire trafic, viole le principe de la présomption d'innocence protégé par l'article 11d) de la Charte.

⁷⁸ Le test a pour la première fois été mentionné dans l'arrêt *Big M Drug Mart*. Mais c'est lors de l'arrêt *Oakes*, que les juges ont interprété la notion de « limites raisonnables » et donné le cadre analytique d'utilisation de l'article premier. Pour pouvoir l'utiliser, une analyse en deux temps s'impose. I- Il faut d'abord démontrer le caractère déraisonnable de l'atteinte au(x) droit(s) garanti(s) : (Si aucune restriction ne peut être démontrée, l'analyse s'arrête là.) II- :1- Démontrer l'existence d'un *objectif* suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit. ; Que les préoccupations du législateur soient urgentes et réelles ; 2- Que les moyens employés pour atteindre cet objectif soient raisonnables et que leur justification puisse se démontrer : application du test de proportionnalité, trois conditions cumulatives : a) Les mesures doivent avoir un lien *rationnel* avec l'objectif en question ; b) les moyens employés portent *atteintes le moins possible* aux droits et libertés ; c) les effets préjudiciables de la règle de droit doivent être *proportionnel* à l'objectif poursuivi par la règle et aux effets bénéfiques qu'engendre son application (Critère reformulé dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835).

⁷⁹ W. A. SCHABAS, « Le droit européen... », *op.cit.*, p. 201.

s'interrogent sur la capacité ou l'aptitude de la première à mettre en œuvre le second. Le juge va ensuite apprécier le caractère « minimal » de l'atteinte et la « proportionnalité spécifique entre les effets préjudiciables de la mesure et l'objectif législatif », ce dernier critère pouvant se rapprocher de la proportionnalité « au sens strict » que les juridictions constitutionnelles examinent habituellement. La question de « l'atteinte minimale » constitue, elle, le « cœur »⁸⁰ du test, et va être à l'origine d'une certaine dérive du modèle canadien de contrôle de constitutionnalité en matière de droits fondamentaux.

En effet, dans l'affaire *Oakes*, le juge canadien a imposé au législateur de trouver le moyen qui soit « [...] de nature à porter *le moins possible* atteinte au droit ou à la liberté en question »⁸¹. Cela s'explique sans doute par la volonté, puisque le contrôle était nouveau, de rendre ce dernier le plus étroit possible afin de garantir, parallèlement, la plus grande effectivité qu'il soit aux nouveaux droits et libertés établis par la Charte. On peut aussi penser que la Cour d'Ottawa voulut uniformiser, au risque de l'appauvrir, la jurisprudence constitutionnelle permise par son modèle diffus de contrôle. Mais ce critère ne laissait aucune marge d'appréciation au législateur, car il amenait, au contraire, systématiquement la Cour à lui substituer ses propres choix, ou « [...] du moins, à indiquer à ce dernier quelles mesures seraient le plus souhaitables »⁸². Comme a pu l'écrire le Professeur Woehrling, il s'agissait là, ni plus ni moins, d'un « contrôle de l'opportunité politique »⁸³. Cette maladresse fut vraisemblablement à l'origine d'une évolution jurisprudentielle de ce critère destinée à lui donner plus de souplesse⁸⁴. Dans les arrêts qui suivirent, les magistrats canadiens, et au premier rang desquels le juge La Forest, adoptèrent notamment le concept de « marge de manœuvre raisonnable »⁸⁵ à la disposition du législateur, concept qui résonne, désormais, comme un écho à celui de « marge nationale d'appréciation » développée par la Cour européenne.

En matière de limites aux droits fondamentaux, le contrôle de proportionnalité, tel qu'il est pratiqué au Canada, est maintenant au cœur de l'office juridictionnel. La majorité des lois invalidées l'ont été en fonction de ce standard, et la Cour européenne, d'une certaine manière, y aura trouvé une part de responsabilité.

B. La communicabilité d'une protection : l'exemple de la liberté d'expression

L'intérêt du sujet aurait exigé que soient considérés l'ensemble des droits et libertés fondamentaux canadiens, la manière avec laquelle leur garantie juridictionnelle a pu évoluer au contact d'exemples, voire de modèles, étrangers,

⁸⁰ J. WOEHRLING, « La Cour suprême du Canada... », *op. cit.*, p. 397.

⁸¹ *Ibid.* p. 394.

⁸² *Ibid.* p. 394.

⁸³ *Ibid.* p. 385.

⁸⁴ *R. c. Edwards Book and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Dès cet arrêt, la Cour va créer un modèle « atténué » de l'atteinte minimale en fonction nombreux critères de modulation, moins sévères que l'original.

⁸⁵ *Ibid.*, § 183. Le juge LA FOREST : « [...] en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées. Bien entendu, ce qui est raisonnable variera avec le contexte. On doit tenir compte de la nature de l'intérêt brimé et du régime législatif qu'on veut implanter ».

et observer en particulier comment l'influence de la Cour européenne a joué sur le développement de leur protection depuis 1982. La nécessité est là, mais elle ne sera que partiellement comblée car, à n'en considérer qu'un seul, le contentieux de la liberté d'expression témoigne, sans doute plus qu'un autre, éloquemment de ce dialogue des juges européens et nord-américains.

Jusqu'à l'adoption de la Charte canadienne, les contours de la liberté d'expression étaient incertains. Ne recevant pas d'inscription constitutionnelle, elle était soumise aux « [...] caprices des parlements et législatures canadiens, le tout en conformité avec le principe de souveraineté parlementaire »⁸⁶. Certes, elle avait bien été appréhendée ou évoquée par les tribunaux canadiens, mais uniquement dans sa dimension politique, c'est-à-dire « [...] dans sa version instrumentale, à titre d'accessoire au fonctionnement des institutions »⁸⁷. Ayant eu l'occasion de la cerner en 1938, la Cour suprême aura trouvé en elle « le souffle de vie de la démocratie parlementaire »⁸⁸. En outre, si la *Déclaration canadienne* garantissait bien la liberté de parole, les juges de la rue Wellington, faute de contestation sur ce fondement, ne se prononcèrent jamais sur sa portée et son contenu.

Corrigeant cette lacune et devenant ainsi un des « piliers centraux »⁸⁹ de la Charte de 1982, l'article 2 b) consacre désormais les libertés de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression à un rang constitutionnel. L'unicité de la clause limitative explique, on l'a vu, que la disposition ne contienne pas de limitations formelles. Dès lors, depuis une vingtaine d'années, la liberté d'expression a pu connaître des transformations substantielles, au gré des avancées et des contradictions jurisprudentielles. Et à cet égard, le droit international et le droit américain ne furent pas sans soutien pour le juge canadien qui, encore aujourd'hui, ne manque pas de citer en la matière les derniers arrêts de la Cour européenne et de la Cour suprême américaine. Il a d'ailleurs très régulièrement la possibilité de le faire puisque, depuis 1982, près d'une centaine d'affaires ont été soumises à la Cour, ce qui correspond à environ 20% du contentieux constitutionnel canadien⁹⁰. Néanmoins, il a fallu attendre 1988 et les arrêts *Ford c. québec*⁹¹, *Slaight communications inc. c. Davidson*⁹² et surtout *Irwin Toy Ltd. c. Québec*⁹³ pour que la Cour suprême dresse enfin les contours, jusqu'alors indécis, de la liberté d'expression.

Historiquement et culturellement proche des États-Unis, mais étroitement influencé en la matière par les instruments internationaux et européens, le Canada, dans cette tâche, devait trouver sa voie. C'est là

⁸⁶ W. A. SCHABAS, D. TURP, « La Charte canadienne des droits et libertés et le droit international : les enseignements de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Keegstra*, *Andrews* et *Taylor* », *R.Q.D.I.*, 1989-1990, p. 23.

⁸⁷ Y. DE MONTIGNY, « Les rapports difficiles entre la liberté d'expression et ses limites raisonnables », *Revue générale de droit*, 1991, vol. 22, p. 131.

⁸⁸ *Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act*, [1938] S.C.R. 100. Dans la version anglaise : « [...] the practice of [...] free public discussion of public affairs [...] is the breath of life for parliamentary institutions ».

⁸⁹ P. GARANT, « Constitution et liberté d'expression, Canada », *AIJC*, 2007, p. 147.

⁹⁰ *Ibid.* p. 147.

⁹¹ *Ford c. québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

⁹² *Slaight communications inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S.

⁹³ *Irwin toy ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

simplement une manifestation ou une réalisation juridique de l'identité canadienne. Sa réception du contenu d'un message particulier, l'incitation à la haine et au négationnisme, témoigne de l'entrecroisement des influences américaines et européennes. La diversité, voire l'opposition, de ces influences et leur force rend le cas du Canada particulièrement séduisant à l'observation, tant la différence est nette entre les conceptions, d'un bord et de l'autre de l'océan, du discours haineux et négationniste. En la matière, incontestablement, « la permissivité du juge américain à l'égard du discours raciste ne peut que surprendre le juriste européen »⁹⁴.

Alors que, même si la liberté de presse ou de parole n'est pas absolue outre-Atlantique⁹⁵, le Premier Amendement de la Constitution américaine interdit au législateur d'adopter une loi restreignant la « *Free Speech* »⁹⁶, la Convention européenne prévoit expressément, dans son article 10, la possibilité de limiter cette liberté aux trois conditions énoncées plus haut. La Cour de Strasbourg a pu même s'appuyer sur l'article 17 de la Convention pour établir que l'incitation à la haine raciale soit exclue de la protection de l'article 10 de la Convention⁹⁷ lorsque « [...] le discours ne peut s'intégrer dans un débat démocratique »⁹⁸. A l'inverse, aux États-Unis, la Cour suprême a reconnu la possibilité d'organiser, par exemple, un mouvement ouvertement raciste⁹⁹.

Au début des années quatre-vingt-dix, la trilogie *Keegstra*¹⁰⁰, *Andrews*¹⁰¹ et *Taylor*¹⁰², tous rendus le même jour, apportent de riches précisions sur le contenu de la liberté d'expression et sur le rôle de la Convention européenne dans le contentieux canadien des droits fondamentaux¹⁰³. Dans ces trois jugements, la Cour suprême avait à se demander si une disposition du Code criminel interdisant la diffusion de la propagande haineuse constituait, ou non, une limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte. La division des juges se cristallisa alors sur le rôle à donner au droit international des droits de l'homme, car celui-ci joua, là, « [...] un rôle décisif dans le débat »¹⁰⁴. Du choix de l'un ou de l'autre des modèles américain ou européen découlait en effet le degré de protection que le Canada souhaitait offrir à l'une des manifestations de la liberté d'expression. Quand, derrière la future Juge en Chef McLachlin, les partisans d'une vision extensive puisaient dans l'exemple américain le soutien de leur argumentation, ceux d'une limitation plus étroite trouvaient, avec le

⁹⁴ P-F. DOCQUIR, *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis*, Bruylant, Bruxelles, coll. « droit et justice », 2007, p. 14.

⁹⁵ A partir de 1919, des techniques de contrôle ont été élaborées par les juges américains. Cf. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Cf. K. ALONSO, *Schenck V. United States: Restrictions on Free Speech*, Enslow Publishers, 1999, 128 p.

⁹⁶ Premier Amendement de la Constitution américaine : « Le Congrès ne fera aucune loi [...] qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse [...] ».

⁹⁷ CEDH, *Ibrahim Aksoy c. Turquie*, 10 oct. 2000, n° 28635/95, 30171/96 et 34535/97, § 63.

⁹⁸ M. OETHEIMER, « La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine », *RTDH*, n° 69/2007, p. 70.

⁹⁹ *National Socialist Party v. Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

¹⁰⁰ *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

¹⁰¹ *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870.

¹⁰² *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

¹⁰³ cf. W. A. SCHABAS, D. TURP, « La Charte canadienne... », *op.cit.*, pp. 12-25.

¹⁰⁴ W. A. SCHABAS, D. TURP, « La Charte canadienne... », *op. cit.*, p. 13.

Juge en Chef Dickson, dans la Convention européenne, et dans d'autres instruments convergents, le fondement d'une déclaration de constitutionnalité de la loi. Récemment confirmée par un jugement très médiatisé¹⁰⁵, l'issue du débat – la majorité se ralliant à la dernière opinion, considérée comme un « testament »¹⁰⁶, que Brian Dickson rédigea à la tête de la Cour – est presque secondaire tant le rôle des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux, au premier rang desquels la Convention européenne, paraît avoir commandé aux esprits.

Surprenante lorsqu'on imagine sa possibilité, riche lorsqu'on se penche sur son étendue et son enracinement, l'influence de la Convention européenne sur le contentieux canadien des droits fondamentaux exige que puisse être, en Europe ou au Canada, menés à bien d'autres développements. Car, à y regarder de près, elle n'est finalement que la moitié d'un sujet. Non pas, chose acquise, qu'il faille souligner les lacunes d'une contribution, mais s'autoriser, pour finir, à en inverser les termes, et s'interroger alors sur l'influence, plus réelle que supposée, de la Charte canadienne sur la Convention européenne. L'âge de l'une et de l'autre de ces normes en interdirait l'idée si les démarches adoptées par leurs interprètes, « dynamique » ici et « ouverte » là-bas, ne la laissait entrevoir.

Depuis la fin des années quatre-vingt-dix en effet, il est donné à constater une apparition de références à la jurisprudence constitutionnelle canadienne dans le contentieux européen des droits de l'homme. Certes, là encore, le phénomène est plus large puisqu'il concerne aussi, peut-être surtout, la présence de la jurisprudence américaine¹⁰⁷, mais cette dernière ne doit pas complètement le dissimuler. On peut comprendre que, devant affirmer l'identité d'un contentieux et se légitimer auprès des États membres, la Cour européenne fut longtemps réticente à admettre formellement une utilisation, sous quelle que forme que ce soit, de la jurisprudence des États tiers, et plus généralement celle des pays de *common law*, au premier chef desquels se trouve, évidemment, les États-Unis. Quarante ans d'existence, cependant, lui auront donné une « [...] maturité suffisante qui [l']autorise à se montrer plus réceptive[...] aux influences extérieures »¹⁰⁸.

Les juges de Strasbourg ont déjà fait part, à une dizaine reprises¹⁰⁹, des solutions que leurs homologues d'Ottawa avait pu, avant eux, trouver aux contentieux qui se présentaient. Certaines d'entre elles sont particulièrement significatives de la maturité atteinte par ce dialogue des juges suprêmes, dans la mesure où la Cour européenne, plus qu'ailleurs, s'est appuyée longuement sur l'exemple canadien. La chose n'aurait pas été si remarquable si la Cour,

¹⁰⁵ *R. c. Krymowski*, 2005 CSC 7, [2005] 1 R.C.S. 101.

¹⁰⁶ W. A. SCHABAS, D. TURP, « La Charte canadienne... », *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁷ J.-F. FLAUSSE, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *RTDH*, n° 62/2005, p. 313-331.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 325.

¹⁰⁹ CEDH, *Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, 2 septembre 1998, n° 65/1997/849/1056. Cf. l'opinion dissidente commune des juges SPIELMANN, PEKKANEN et VAN DIJK : « Nous sommes enclins à partager l'opinion de la Cour suprême canadienne [...] » (§ 5). En 2002, cf. CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n° 2346/02, § 74 ; CEDH, *Allan c. Royaume-Uni*, 5 nov. 2002, n° 48539/99, § 51. En 2003, cf. CEDH, *Appleby e. a. c. Royaume-Uni*, 6 mai 2003, n° 44306/98, § 31. En 2004, cf. CEDH, 4^{ème} ch., *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, 30 mars 2004, n° 74025/01, § 25, et CEDH, *Vo c. France*, 8 juillet 2004, n° 53924/00, § 64.

parfois même sa formation la plus solennelle, ne l'avait pas qualifié de « jurisprudence pertinente »¹¹⁰. A son tour, la formule résonne comme un écho à celle employée par le *Chief Justice* Dickson près de vingt ans auparavant¹¹¹, annonçant désormais à ceux qui voudront bien y prêter une oreille attentive que si l'influence des deux cours n'est pas égalitaire, elle est désormais, qu'on le veuille ou non, réciproque.

¹¹⁰ CEDH, G. Ch., *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), 6 octobre 2005, n° 74025/01, §16 ; 35-37 ; 46 ; 75 ; 80. Cf. aussi l'opinion dissidente commune aux juges WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER et JEBENS (§ 5) ; CEDH, 3^{ème} ch., *Morris c. Royaume-Uni*, 26 février 2002, n° 38784/97 ; § 33.

¹¹¹ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act* (Alb.), *op. cit.* (notes 24 et 60).