



DATE DOWNLOADED: Sat Jul 27 10:46:02 2024

SOURCE: Content Downloaded from [HeinOnline](#)

Citations:

Please note: citations are provided as a general guideline. Users should consult their preferred citation format's style manual for proper citation formatting.

Bluebook 21st ed.

William A. Schabas & Daniel Turp, *La Charte Canadienne des droits et Libertes et le droit International: les enseignements de la Cour supreme du Canada dans les affaires Keegstra, Andrews et Taylor*, 6 REV. QUEBECOISE dE dROIT INT'l 12 (1989).

ALWD 7th ed.

William A. Schabas & Daniel Turp, *La Charte Canadienne des droits et Libertes et le droit International: les enseignements de la Cour supreme du Canada dans les affaires Keegstra, Andrews et Taylor*, 6 Rev. quebecoise de droit int'l 12 (1989).

APA 7th ed.

Schabas, W. A., & Turp, Daniel. (1989). *La charte canadienne des droits et libertes et le droit international: les enseignements de la cour supreme du canada dans les affaires keegstra, andrews et taylor*. *Revue quebecoise de droit international*, 6(1), 12-25.

Chicago 17th ed.

William A. Schabas; Daniel Turp, "La Charte Canadienne des droits et Libertes et le droit International: les enseignements de la Cour supreme du Canada dans les affaires Keegstra, Andrews et Taylor," *Revue quebecoise de droit international* 6, no. 1 (1989-1990): 12-25

McGill Guide 9th ed.

William A. Schabas & Daniel Turp, "La Charte Canadienne des droits et Libertes et le droit International: les enseignements de la Cour supreme du Canada dans les affaires Keegstra, Andrews et Taylor" (1989) 6:1 Rev quebecoise de droit int'l 12.

AGLC 4th ed.

William A. Schabas and Daniel Turp, 'La Charte Canadienne des droits et Libertes et le droit International: les enseignements de la Cour supreme du Canada dans les affaires Keegstra, Andrews et Taylor' (1989) 6(1) *Revue quebecoise de droit international* 12

MLA 9th ed.

Schabas, William A., and Daniel Turp. "La Charte Canadienne des droits et Libertes et le droit International: les enseignements de la Cour supreme du Canada dans les affaires Keegstra, Andrews et Taylor." *Revue quebecoise de droit international*, vol. 6, no. 1, 1989-1990, pp. 12-25. HeinOnline.

OSCOLA 4th ed.

William A. Schabas & Daniel Turp, 'La Charte Canadienne des droits et Libertes et le droit International: les enseignements de la Cour supreme du Canada dans les affaires Keegstra, Andrews et Taylor' (1989) 6 *Rev quebecoise de droit int'l* 12

Please note: citations are provided as a general guideline. Users should consult their preferred citation format's style manual for proper citation formatting.

Étude

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*.

William A. SCHABAS*

Daniel TURP**

<p>I.- Les approches divergentes de la Cour Suprême du Canada à l'égard du droit international</p> <p>A.- L'influence décisive du droit international dans l'approche majoritaire</p> <p>B.- La prépondérance du droit américain sur le droit international dans l'approche minoritaire</p>	<p>II.- Les fonctions changeantes du droit international à l'égard de la Charte canadienne</p> <p>A.- La confirmation du rôle du droit international dans l'interprétation de la Charte canadienne</p> <p>B.- L'impact nouveau du droit international dans l'analyse en vertu de l'article premier</p>
--	---

Si le recours au droit international des droits de la personne dans l'interprétation et l'application de la Charte canadienne des droits et libertés¹ avait été souhaité par la doctrine canadienne aux lendemains de l'adoption de cette première charte constitutionnelle, l'importance du droit international est désormais confirmée du fait de son utilisation persistante par les tribunaux canadiens et en particulier par le tribunal de plus haute instance, la Cour suprême du Canada.

Ainsi, les tribunaux canadiens ont-ils cité à ce jour des instruments internationaux et de la jurisprudence internationale dans au-delà de 160 décisions rapportées depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne le 17 avril 1982². De ces 160 décisions, 30 émanent d'ailleurs de la Cour suprême du Canada, dont l'enthousiasme n'est point éphémère, car celle-ci a cité le droit international des droits de la personne trois fois en 1985 et 1986, six fois en 1987, cinq fois en 1988, sept fois en 1989 et six fois en 1990.

Cette attitude récente des tribunaux canadiens, et notamment de la Cour suprême, contraste d'ailleurs avec leur

pratique antérieure caractérisée par des renvois très sommaires et peu motivés au droit international, voire même inexacts³, de certains juges qui ont même rejeté à l'occasion la pertinence des instruments internationaux et les décisions adoptées en application de ces instruments⁴. Rares avaient ainsi été les affaires où le droit international des droits de la personne avait eu un effet déterminant sur la décision, le recours au droit international se révélant souvent superficiel et n'étant invoqué que pour corroborer ou confirmer une interprétation autrement admise et justifiée et ne jouant dès lors qu'une fonction éminemment apologétique⁵.

* M.A. (Tor.), LL.B. et LL.M. (Mtl), professeur au département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

** LL.L. (Sher.), LL.M. (Mtl), Dipl. Int'l Law (Cantab), Docteur d'État (Paris 2), professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

1 Lois révisées du Canada [L.R.C.] 1985, appendice II, n° 44 [ci-après dénommée la Charte canadienne].

2 Pour une liste de tous les renvois au droit international des droits et libertés dans les décisions rapportées, à jour au 31 juillet 1990, v. W. A. Schabas, *International Human Rights Law and the Canadian Charter: a Manual for the Practitioner*, Toronto, Carswell, 1991. Depuis le 31 juillet 1990, des renvois au droit international des droits et libertés ont été faits dans les affaires suivantes: *Bande indienne de Montana c. Canada*, [1990] 2 C.F. 198; *Canada (Ministre de l'Emploi det de l'Immigration) c. Letshou-Olembo*, [1990] 3 C.F. 45; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, (1991) 77 D.L.R. (4th) 385.

3 Voir par exemple l'affaire *Dowhopoluk v. Martin et al.*, (1971) 23 D.L.R. (3d) 242 (Ont. H.C.) où la Cour refuse de donner effet au droit international en raison du fait que le Canada n'a jamais «ratifié» la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*. Voir également *Mercier c. Commission scolaire Champlain*, J.E. 82-792 (C.S.Qué.) où la Cour confond le Pacte international relatif aux droits civils et politiques avec la Charte internationale des droits de l'Homme. Même la Cour suprême du Canada se trompe dans son emploi du droit international des droits et libertés, car dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4th) 385, 37 C.C.C. (3d) 449, 62 C.R. (3d) 1, 31 C.R.R. 1, 82 N.R. 1, 63 O.R. (2d) 281n, 26 O.A.C. 1, elle décrit erronément le rapport de la Commission européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Paton c. Royaume-Uni* (App. No. 8416/78), (1980) 22 D. & R. 27, 3 E.H.R.R. 408, comme un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme. Sans autre commentaire, la Cour citera ultérieurement ce rapport dans l'affaire *Paton* comme émanant de la Commission européenne des droits de l'Homme dans *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, (1990) 11 C.H.R.R. D/165.

4 Voir les notes du juge en chef Bisson dans *P.G. Québec v. Chaussures Brown's Inc.*, [1987] R.J.Q. 80, 5 Q.A.C. 119, 36 D.L.R. (4th) 374 (C.A.) et du juge Jacques dans *Irwin Toy Ltd. v. A.-G. Québec*, [1986] R.J.Q. 2441, (1986) 32 D.L.R. (4th) 641, 74 C.P.R. (3d) 60, 26 C.R.R. 193 (C.A.), 2456 (R.J.Q.) et les commentaires qu'ils ont suscités chez D. TURP, «*Chronique de Jurisprudence - Droit international public*», (1986) 3 R.Q.D.I. 398-399 et (1987) 4 R.Q.D.I. 461

5 J. WOEHRLING, «Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne - rapport canadien», in A. DE MESTRAL et al. (dir.), *La limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 452.

Ceci tend à expliquer l'intérêt particulier que revêt la trilogie de décisions de la Cour suprême relatives à la propagande haineuse rendues le 13 décembre 1990 dans les affaires *R. c. Keegstra*⁶, *Canada (C.C.D.P.) c. Taylor*⁷ et *R. c. Andrews*⁸. Si ces arrêts présentent des vues contradictoires des juges de la Cour suprême du Canada sur le rôle du droit international dans l'interprétation de la Charte canadienne, il n'est pas exagéré de prétendre que le droit international joue un rôle décisif dans le débat. Le banc se divise en deux dans cette affaire concernant la constitutionnalité de l'article 319(2) du Code criminel, qui prohibe la diffusion de la propagande haineuse.

Le problème est bien posé, parce que le droit international des droits et libertés, composé principalement de traités et de déclarations adoptés suite à la deuxième guerre mondiale, recherche un certain équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs. Ce droit international est sans équivoque quant à l'importance de l'interdiction de la propagande haineuse. Le droit américain, par contre, dont les origines remontent à la lutte contre la couronne d'Angleterre au dix-huitième siècle et qui se caractérise par sa forte orientation en faveur des droits individuels, a donné primauté à la liberté d'expression dans sa confrontation avec la littérature haineuse.

Dans l'arrêt *Keegstra*, la majorité de la Cour suprême du Canada, par la plume du juge en chef Dickson⁹, fait appel aux instruments internationaux, et cite notamment le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁰, la *Convention internationale pour l'élimination de toutes formes de discrimination raciale*¹¹ et la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*¹² dans le cadre de son examen de la disposition du Code criminel visant à

interdire la propagande haineuse et conclut que cette la disposition constitue une limite raisonnable selon les paramètres de l'article 1 de la Charte canadienne. Elle écarte en revanche la jurisprudence américaine, qui aurait appuyé une déclaration d'inconstitutionnalité de l'article du *Code criminel*.

Madame la juge McLachlin rédige quant à elle l'opinion de la minorité dans *Keegstra*, ses motifs étant appuyés par les juges Sopinka et LaForest¹³. Soulignant les différences d'approches relatives à la liberté d'expression dans les instruments internationaux et la tradition canadienne, elle considère que les autorités américaines offrent de meilleures directives pour l'interprétation et l'application de l'article 2(b) de la Charte.

Cette trilogie d'arrêts de la Cour suprême du Canada constitue un développement majeur dans la jurisprudence relative à l'utilisation du droit international des droits et libertés en droit canadien et québécois et nous donne une occasion d'analyser de façon plus approfondie les principes relatifs à cette utilisation. Notre analyse permettra de constater les approches divergentes de la Cour suprême du Canada à l'égard du droit international (I) et les fonctions changeantes de ce droit international à l'égard de la Charte canadienne (II).

I - Les approches divergentes de la Cour suprême du Canada à l'égard du droit international

Ayant déjà fait les manchettes à travers le Canada, le dossier de James Keegstra est bien connu du grand public. Enseignant d'histoire dans une école publique en Alberta, James Keegstra enseignait un dogme antisémite et fut inculpé pour ce motif en vertu des dispositions relatives à la diffusion de la propagande haineuse contenues au *Code criminel*¹⁴. En soulevant l'inconstitutionnalité de la législation, l'accusé prétendait qu'en interdisant la diffusion de la propagande haineuse, le Parlement du Canada avait porté atteinte à sa liberté d'expression. Sa requête était rejetée en première instance par le juge McKenzie de la Cour du banc de la Reine¹⁵, mais la décision de première instance était renversée par la Cour d'appel d'Alberta¹⁶.

6 [1990] 3 R.C.S. 697 [ci-après dénommée l'affaire *Keegstra*]

7 [1990] 3 R.C.S. 892 [ci-après dénommée l'affaire *Taylor*].

8 [1990] 3 R.C.S. [ci-après dénommée l'affaire *Andrews*].

9 Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier souscrivent aux motifs du juge en chef dans l'affaire *Keegstra* ainsi que dans les affaires *Andrews* et *Taylor*. Il importe de noter que le banc de la Cour suprême dans ces trois affaires était composé de sept juges en raison du fait que le juge Cory avait siégé dans l'affaire *R. c. Andrews*, (1988) 65 O.R. 161, 28 O.A.C. 161, 43 C.C.C. (3d) 193, 65 C.R. (3d) 320, 39 C.R.R. 36, alors qu'il était jugé à la Cour d'Appel de l'Ontario. Les motifs du juge Cory dans *Andrews*, qui font aussi grand état du droit international, sont d'ailleurs endossés sans équivoque par le juge en chef Dickson et la majorité.

10 (1976) 999 Recueil des traités des Nations Unies [R.T.N.U.] 171, [1976] Recueil des traités du Canada [R.T.Can.] n° 47, Recueil des ententes internationales du Québec [R.E.I.Q.] (1984-89) n° 1976 (5), p. 817 [ci-après dénommé le Pacte sur les droits civils]. Le Pacte sur les droits civils a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 et est entré en vigueur le 23 mars 1976. Le Canada a adhéré au Pacte le 19 mai 1976, après avoir obtenu l'assentiment de toutes les provinces canadiennes, et il est entré en vigueur pour le Canada le 19 août 1976.

11 (1969) 660 R.T.N.U. 195, [1970] R.T.Can. n° 28, R.E.I.Q. (1984-89) n° 1978 (8), p. 836 [ci-après dénommé la *Convention contre la discrimination raciale*]. La *Convention* a été adoptée le 21 décembre 1965 par l'Assemblée générale des Nations Unies et elle est entrée en vigueur le 4 janvier 1969. Le Canada a signé la *Convention* le 24 août 1966, l'a ratifiée le 14 octobre 1970 et elle est entrée en vigueur pour le Canada en date du 13 novembre 1970. Le Canada présente des rapports périodiques au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, mais il n'a jamais souscrit à la procédure de communication individuelle prévue par l'article 14 qui est analogue à la procédure de communication au Comité des droits de l'Homme.

12 (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5 [ci-après dénommée la *Convention européenne*].

13 Les motifs de la juge McLachlin sont appuyés par les juges Sopinka et LaForest. Le juge La Forest ne se prononce pas sur une des questions, à savoir si la disposition viole la présomption d'innocence et donc l'article 11(d) de la *Charte canadienne*. Comme la présente étude se limitera aux questions relatives à la liberté d'expression garantie par l'article 2(b) de la *Charte* (le juge La Forest se ralliant à l'opinion de la juge McLachlin sur cette question), nous ne nous attarderons pas sur cet autre aspect de ses motifs.

14 L.R.C. 1985, c. C-46, et en particulier le paragraphe 319(2) qui se lit comme suit:

«319 (2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomenté volontairement la haine contre un groupe identifiable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

15 *R. c. Keegstra*, 20 juillet 1985, décision non-rapportée de la Cour du banc de la Reine d'Alberta.

16 *R. c. Keegstra*, (1980) 60 Alta L.R. (2d) 1, 87 A.R. 177, 43 C.C.C. (3d) 150, 65 C.R. (3d) 289, 39 C.R.R. 5, [1988] 5 W.W.R. 211 (C.A.).

L'affaire *Andrews* traite des questions identiques. Toutefois, dans *Andrews*, la Cour d'Appel d'Ontario est arrivée à une conclusion opposée de celle de la Cour d'appel d'Alberta et a ainsi trouvé le paragraphe 319(2) du *Code criminel* conforme à la Constitution¹⁷.

Dans l'affaire *Taylor*, la question de la propagande haineuse est abordée sous un angle quelque peu différent. Ainsi, l'accusé Taylor avait diffusé des messages racistes par l'entremise d'un enregistrement téléphonique et avait refusé d'obtempérer à une ordonnance de la *Commission des droits de la personne* rendue en vertu du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne des droits de la personne*¹⁸. Il fut, par la suite, condamné pour outrage au tribunal par la Cour fédérale du Canada¹⁹ et a invoqué l'alinéa 2(b) de la Charte canadienne à l'encontre de sa condamnation pour outrage au tribunal. Mais son argument fondé sur l'alinéa 2b) était rejeté par la Cour fédérale du Canada, tant en première instance qu'en appel²⁰, et la constitutionnalité du paragraphe 13 (1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ainsi confirmée.

Un aspect particulier de l'affaire *Taylor* est le fait que celui-ci avait présenté une communication au Comité des droits de l'Homme, en application du *Protocole facultatif* se rapportant au *Pacte international relatif aux droits civils*²¹. Devant le Comité des droits de l'Homme, M. Taylor alléguait que le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne des droits de la personne* était contraire à l'article 19 du *Pacte*, garantissant la liberté d'expression, et que le Canada était par conséquent en violation de ses obligations internationales. Sans décider du fond de la question, le Comité déclarait, en application de l'article 3 du *Protocole facultatif*, la communication irrecevable au motif que celle-ci était « incompatible avec les dispositions du *Pacte* ». Le Comité des droits de l'Homme affirmait à cet égard :

[...] les opinions que M. [Taylor] cherche à diffuser par téléphone constituent nettement une incitation à la haine raciale ou religieuse que le Canada est tenu d'interdire en vertu du paragraphe 2 de l'article 20 du *Pacte*. Le Comité estime donc qu'en ce qui concerne cette affirmation, la communication est incompatible avec les dispositions du *Pacte*, au sens de l'article 3 du *Protocole facultatif*.²²

17 R. c. *Andrews*, supra note 9.

18 S. C. 1976-77, c. 33, devenu L.R.C., c. H-6. Le paragraphe 13 (1) se lit ainsi:

Constitue un acte discriminatoire le fait pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe identifiable pour un motif de distinction illicite.

19 *Commission des droits de la personne c. Taylor et Western Guard Party*, (1984) 6 C.H.R.R. D/2595.

20 *Commission des droits de la personne c. Taylor et Western Guard Party*, [1987] 3 C.F. 593, 37 D.L.R. (4th) 577, 29 C.R.R. 222, 78 N.R. 180, 9 C.H.R.R. D/4929.

21 (1976) 999 R.T.N.U. 187, [1976] R.T.Can. n° 47.R.E.Q. (1984-89) no. 197615, p.817 [ci-après dénommé le *Protocole facultatif*].

22 J.R.T. et le *W.G. Party c. Canada* (No. 104/1981), COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Sélection des décisions*, vol. 2, p. 25 (Doc. N.U. CCRP/C/OP/2), (1984-85) 2 A.C.D.P. 357, (1984) 5 C.H.R.R. D/2097.

Il est peut-être aussi important de noter ici qu'en vertu de ses obligations en vertu de la *Convention contre la discrimination raciale*, le Canada doit soumettre des rapports périodiques au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Or, dans les rapports récents, afin de justifier son respect de l'article 4 de la Convention, le Canada a fait état des poursuites dans les affaires *Keegstra*, *Andrews* et *Taylor*²³.

Avant même que la Cour suprême du Canada ne soit saisie des affaires *Keegstra*, *Andrews* et *Taylor*, le droit international des droits et libertés avait donc commencé à exercer un impact sur le contentieux qui allait être porté devant la plus haute instance juridictionnelle canadienne. Mais, à l'égard de ce droit international, les juges de la Cour suprême du Canada auront des approches fort divergentes, la majorité conférant une influence décisive au droit international (A) et la minorité préférant le droit américain au droit international (B).

A.- L'influence décisive du droit international dans l'approche majoritaire

Les trois décisions concernant la propagande haineuse ont été rendues à la toute fin de la période de six mois alloués par la *Loi sur la Cour suprême* pour la rédaction de jugements par le juge en chef Dickson après sa retraite officielle. Il s'agit d'un véritable testament du juge en chef et ces trois arrêts enrichissent un corpus jurisprudentiel qui doit beaucoup au juge Dickson, lequel aura joué un rôle déterminant dans l'interprétation de la Charte canadienne. Il n'est certainement pas sans importance que ces trois derniers arrêts ont trait à l'article 1^{er} de la Charte et qu'ils mettent l'accent sur la fonction du droit international des droits et libertés en droit constitutionnel interne. Au sujet de l'article premier de la Charte, le juge en chef Dickson déclarera d'ailleurs :

Notre Cour a maintes fois confirmé le cadre analytique établi dans l'arrêt *Oakes*, et pourtant on s'induit dangereusement en erreur si l'on voit dans l'article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme n'offrant rien d'autre qu'une dernière chance à l'État de justifier des incursions dans le domaine des droits fondamentaux...dans le droit constitutionnel de notre nation, cet article joue un rôle infiniment plus riche, un rôle de grande envergure et d'extrême raffinement...Dans le texte de l'article premier se trouvent réunies les valeurs et les aspirations de la société canadienne.²⁴

Dans cette trilogie, la Cour s'est posée plusieurs questions, dont deux revêtent d'un intérêt particulier pour nous :

Est-ce que l'article 319 (2) du *Code criminel* (et l'article 13(1) de la Loi, dans l'affaire *Taylor*) est conforme à l'article 2(b) de la Charte?

23 Dixième rapport du Canada, *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1990, par. 24; *Neuvième rapport du Canada, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1988, par. 42, 43 et 44; *Huitième rapport du Canada, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1986, par. 39, 41 et 181.

24 *Keegstra*, p. 735.

Sinon, est-ce que l'article 319 (2) du *Code criminel* (et l'article 13(1) de la Loi, dans l'affaire *Taylor*) peut être sauvé par la clause limitative de l'article premier de la Charte?

En ce qui concerne la première question, les juges majoritaires et minoritaires s'entendent pour dire qu'il y a violation de la liberté d'expression. Il y a lieu de noter que les défenseurs de la législation ont plaidé que l'article 2(b) ne pouvait pas être étendu afin de couvrir la propagande haineuse, qui constitue une incitation à la violence, mais la Cour rejette cet argument. Tous les membres de la Cour s'entendent ainsi pour dire que la propagande haineuse est une forme d'expression couverte par la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la Charte canadienne. Selon le juge en chef Dickson, le débat relatif à la constitutionnalité est mieux situé dans le contexte de l'article premier :

Je crois cependant que l'article premier de la Charte convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs et j'estime que les arrêts antérieurs de notre Cour concernant la liberté d'expression étayaient cette conclusion. Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier.²⁵

L'étude de la question se poursuit donc avec l'analyse de l'article premier, où l'État est chargé de démontrer que la disposition en question représente une limite raisonnable dans une société libre et démocratique. Le juge en chef nous rappelle que le cadre d'analyse de la Cour a été établi dans l'affaire *Oakes*²⁶ et prévoit une analyse en deux volets. Dans un premier volet, il faut établir que la mesure en question vise «un objectif qui traduit une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique». Dans un deuxième volet, il faut évaluer la proportionnalité entre l'objectif et la mesure contestée, aux buts visés. Ce deuxième volet comprend trois étapes:

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter 'le moins possible' atteinte au droit ou à la liberté en question [...]. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme 'suffisamment important.

Cette analyse, parfois difficile à comprendre et à appliquer, peut aussi se résumer, selon le juge en chef Dickson, dans l'expression «société libre et démocratique». D'ailleurs, le juge en chef met en garde contre une application rigide ou formaliste de l'analyse de l'affaire *Oakes*, une mise en garde qui n'empêchera pourtant pas, comme nous allons

voir, la Cour de l'appliquer avec une rigidité et un formalisme certains.

Qu'en est-il donc de cette «société libre et démocratique»? D'où devraient émaner les modèles et les précédents?

La jurisprudence américaine a joué un rôle important dans l'interprétation de la *Déclaration canadienne des droits*²⁷, surtout dans le domaine dans des affaires relevant du droit criminel et pénal. Les liens géographiques, économiques, politiques et culturels entre le Canada et les États-Unis sont importants et, certains prétendent qu'avec l'avènement de la Charte canadienne et de l'*Accord de libre-échange canado-américain*, ces liens s'intensifient. Le système juridique américain, au moins en ce qui concerne le droit public, s'inspire, comme le droit canadien, du modèle britannique. Cependant, le renvoi au droit américain comme modèle d'une «société libre et démocratique» conduit inexorablement à la conclusion que l'article 319(2) du *Code criminel* est inconstitutionnel. Quant à la pertinence du droit américain, sujet que le juge en chef qualifie d'«aspect subsidiaire qui est néanmoins crucial pour trancher le présent pourvoi», celui-ci affirme :

Ceux qui attaquent la constitutionnalité du par. 319(2) s'appuient fortement sur la jurisprudence relative au premier amendement en soupesant les libertés et les intérêts qui s'opposent dans le présent pourvoi, ce qui est compréhensible puisque l'opinion courante est que la criminalisation de la propagande haineuse viole le Bill of Rights.²⁸

Or, «nous devons examiner le droit constitutionnel américain d'un oeil critique»^{28bis}, dit le juge en chef Dickson, ajoutant que «le Canada et les États-Unis ne sont pas en tout point pareils et les documents consacrant les droits de la personne dans nos deux pays n'ont pas naissance dans des contextes identiques»²⁹.

À l'appui de cette opinion, il cite d'ailleurs le juge LaForest dans *R. c. Rahey* :

Bien qu'il soit naturel et même souhaitable que les tribunaux canadiens renvoient à la jurisprudence constitutionnelle américaine pour chercher à dégager le sens des garanties prévues par la Charte qui ont leurs équivalents dans la Constitution des États-Unis, ils devraient prendre soin de ne pas établir trop rapidement un parallèle entre des constitutions établies dans des pays différents à des époques différentes et dans des circonstances très différentes.³⁰

Même s'il ne les cite pas, plusieurs autres prononcés récents de la Cour suprême vont dans le même sens. Par exemple, Madame la juge Wilson, dans ses motifs dans l'affaire *McKinney*, rendus quelques jours à peine avant les arrêts de la trilogie, le 6 décembre 1990, écrit ce qui suit:

Le Bill of Rights des États-Unis est en grande partie le fruit d'une révolution. Ne pouvant tolérer les injustices qu'il estimait être commises contre lui par

²⁵ *Keegstra*, p. 734.

²⁶ *R. v. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 24 C.C.C. (3d) 321, 50 C.R. (3d) 1, 26 D.L.R. (4th) 200, 53 O.R. (2d) 719n, 65 N.R. 87, 19 C.R.R. 308, 14 O.A.C. 335.

²⁷ L.R.C. 1985, Appendice III.

²⁸ *Keegstra*, p. 738 (Dickson).

^{28bis} *Id.*, p. 740

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, 33 C.C.C. (3d) 289, 75 N.R. 81, 33 C.R.R. 279, 57 C.R. (3d) 289, 78 N.S.R. (2d) 183, 193 A.P.R. 183, 39 D.L.R. (4th) 481, à la page 639 (R.C.S.).

les Britanniques, le peuple américain est resté très méfiant à l'égard des États forts. La Constitution américaine consacre la croyance du peuple américain qu'à moins d'être strictement contrôlé, l'État est un grand danger pour la liberté individuelle. Son but premier, formulé dans l'ensemble de ses dispositions, est contre "l'action de l'État". Le Canada ne partage pas cette histoire.³¹

Dans l'affaire *R. c. Askov*, le juge en chef Lamer et le juge Wilson parlent de «différences entre l'économie» et «la structure» du droit constitutionnel américain et canadien³².

Dans l'affaire *Keegstra*, le juge en chef Dickson explique par ailleurs en détail le bien-fondé de son rejet du modèle américain. Il analyse la jurisprudence américaine et en identifie les contradictions. Mais sa conclusion la plus importante demeure la suivante :

[...] l'application de la Charte à la disposition législative contestée en l'espèce fait ressortir d'importantes différences entre les perspectives constitutionnelles canadienne et américaine. J'ai déjà traité de façon assez détaillée du rôle spécial que joue l'article premier dans la détermination de l'étendue de la protection donnée par les droits et libertés garantis dans la Charte. L'article premier n'a pas d'équivalent aux États-Unis.³³

En effet, il n'y a pas de clause de limitation dans le *Bill of Rights*, même si les tribunaux américains ont élaboré des limitations jurisprudentielles par rapport à ce qui est, à première vue, une protection absolue et illimitée des droits et libertés. En revanche, cette proclamation absolue des droits et libertés, et notamment de la liberté d'expression qu'on retrouve au Premier amendement de la Constitution américaine, a donné lieu à une interprétation particulièrement étroite et restrictive des limitations permises.

L'article premier de la Charte canadienne emprunte à un autre modèle, celui des instruments internationaux de protection des droits et libertés. Le contexte dans lequel ont été élaborés ces derniers instruments internationaux comprend une interdiction de la propagande haineuse et une reconnaissance assez généralisée qu'une telle restriction à la liberté d'expression est nécessaire dans une société libre et démocratique.

Le juge en chef, toujours à la première étape de l'analyse élaborée dans l'affaire *Oakes*, se fonde sur trois sources principales: les études gouvernementales faites dans le but de prohiber la propagande haineuse, l'interdiction de cette propagande par le droit international, et d'autres dispositions pertinentes de la Charte, notamment l'article 15 (l'égalité) et l'article 27 (le multiculturalisme). En ce qui a trait à la deuxième de ces sources, le juge en chef Dickson affirme d'ailleurs:

D'une manière générale, les obligations internationales assumées par le Canada en matière de droits de la personne reflètent les valeurs et principes propres à une société libre et démocratique et donc les valeurs et principes qui sous-tendent la Charte elle-même (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987]

1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, à la p. 348). De plus, le droit international des droits de la personne et les engagements du Canada dans ce domaine prennent une pertinence particulière dans l'appréciation, en vertu de l'article premier, de l'importance de l'objectif visé par le législateur.³⁴

Le juge Dickson mentionne aussi que, comme la Cour suprême a décidé dans *Staight Communications c. Davidson*³⁵, des valeurs reconnues internationalement comme des droits et libertés méritent une place plus importante dans la hiérarchie de l'article premier de la Charte.

Or, souligne le juge en chef Dickson, le droit international des droits et libertés a attaché une grande importance à la suppression de la discrimination. Il affirme que cette préoccupation à l'égard de la discrimination explique l'inclusion d'articles interdisant la propagande haineuse dans les instruments internationaux, et en particulier dans la *Convention contre la discrimination raciale*³⁶ et le *Pacte sur les droits civils*³⁷. À l'égard de ce dernier instrument, le juge en chef rappelle également qu'une communication contre le Canada au Comité des droits de l'Homme alléguant une violation de l'article 19 du Pacte a été déclaré irrecevable.

Le juge Dickson a également fait référence à la *Convention européenne des droits de l'Homme*, dont l'article 10 énonce la liberté d'expression, mais dans laquelle on ne retrouve pas d'interdiction expresse de la propagande

³⁴ *Id.*, p. 750.

³⁵ [1989] 1 R.C.S. 1038, 59 D.L.R. (4th) 416, 93 N.R. 183, 89 C.L.L.C. 14,031, 26 C.C.E.L. 85, 40 C.R.R. 100, aux pages 1056-57, R.C.S.).

³⁶ L'article 4 de la *Convention contre la discrimination raciale* se lit comme suit:

Les États parties condamnent toute propagande et toute organisation qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales; ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tout acte de discrimination, et, à cette fin, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme et des droits expressément énoncés dans l'article 5 de la présente Convention, ils s'engagent notamment:

(a) à déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tout acte de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement;

³⁷ L'article 19 du *Pacte sur les droits civils* stipule :

1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.
2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.
3. L'exercice des libertés publiques au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :
 - a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
 - b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, ou de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

L'article 20 du *Pacte* déclare:

1. Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi.
2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.

³¹ *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 343.

³² *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, à la p. 1250-1251 (Lamer) et p. 1253 (Wilson).

³³ *Keegstra*, p. 743 (Dickson).

haineuse³⁸. Le juge en chef souligne par ailleurs les ressemblances entre le paragraphe 10 § 2 de la Convention européenne et l'article premier de la Charte canadienne. Il mentionne aussi qu'en dépit de l'absence d'une interdiction formelle de la propagande haineuse dans la Convention européenne, la Commission européenne des droits de l'Homme a toujours considéré que la liberté d'expression ne comprend pas un droit de diffuser de la propagande haineuse³⁹.

Dans son énumération, le juge en chef Dickson aurait pu mentionner la *Convention américaine des droits de l'Homme*⁴⁰, un instrument qui mérite une attention particulière au Canada depuis que celui-ci est devenu membre de l'Organisation des États Américains en janvier 1990⁴¹. La Convention américaine prévoit, à son article 13, la liberté de pensée et d'expression de façon comparable à celle du *Pacte*, et elle ajoute, au paragraphe 13 § 5, une interdiction de la propagande haineuse⁴². Le juge en chef aurait également pu citer l'article 3 de la *Convention pour la prévention et la*

*répression du crime de génocide*⁴³, qui est, selon plusieurs à l'origine de l'interdiction de la propagande haineuse.

En conclusion, le juge en chef Dickson affirme :

Le fait que la communauté internationale ait agi collectivement pour condamner la propagande haineuse et pour obliger les États parties à la CEDR [la Convention contre la discrimination raciale] et au PICCP [le Pacte sur les droits civils] à prohiber ce genre d'expression, vient souligner l'importance de l'objectif qui sous-tend le par. 319 (2) et des principes d'égalité et de la dignité intrinsèque des personnes, qui se manifestent aussi bien dans les droits internationaux de la personne que dans la Charte.⁴⁴

Par conséquent, selon la majorité, l'article 319(2) du *Code criminel* rencontre la première étape du test *Oakes*. En ce qui concerne la deuxième étape, à savoir la proportionnalité, le juge en chef Dickson explique qu'il y a un lien rationnel entre la législation en question et le but visé, qu'elle pose une atteinte minimale à la liberté d'expression, et que les effets de la législation ne sont pas en dehors de toute proportion avec le but de la législation.

La réponse à la deuxième question posée à la cour est donc également affirmative. L'article 319(2) du *Code criminel* constitue ainsi une limite raisonnable à la liberté d'expression dans une société libre et démocratique et il est conforme à la constitution. Cette conclusion ne pourra être partagée par trois juges de la Cour qui se laisseront davantage influencer par le droit américain que par le droit international dans leur approche.

B- La prépondérance du droit américain sur le droit international dans l'approche minoritaire

En guise d'introduction aux motifs des juges minoritaires, madame la juge McLachlin, qui écrit au nom des juges Sopinka et LaForest, formule certains commentaires généraux de nature philosophique et historique concernant la liberté d'expression. Selon, elle la liberté d'expression est une valeur fondamentale, mais elle n'est pas absolue puisque le « législateur peut légitimement porter atteinte à la liberté d'expression dans un cas où les risques inhérents à cette liberté l'emportent sur sa valeur »⁴⁵.

Jusqu'à ce point, il n'y a pas de désaccord entre la majorité et la minorité. Mais quelle perspective faut-il privilégier sur la question de la limitation de la liberté d'expression: la perspective américaine ou la perspective du droit international? Selon le juge McLachlin:

La garantie de liberté d'expression, à la différence de certains autres droits conférés par la Charte (p. ex., l'art. 8 de la Charte) ou contrairement aux garanties analogues énoncées dans la *Convention européenne des droits de l'Homme* et dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, n'est assujettie à aucune limitation découlant de son texte même. La garantie de liberté d'expression dans ces documents autorise explicitement une grande variété de restrictions à cette liberté restrictions que la personne invoquant le droit à la

38 L'article 10 de la *Convention européenne* se lit comme suit:

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

39 *Felderer c. Suède*, (1986) 8 E.H.R.R. 91; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, (App. No. 9235/81), (1982) 29 D.R.194; *Lowes c. Royaume-Uni*, (App. no. 13214/87), le 9 décembre 1988, non-rapporté; *Glimmerveen c. Pays-Bas*, (1979) 4 E.H.R.R. 260.

40 S.T.O.É.A. n° 36.

41 Le Canada n'a ni signé, ni ratifié la *Convention* à ce jour, mais sa ratification de la *Charte de l'Organisation des États américains* entraîne pour le Canada l'obligation de respecter les normes de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme* et l'assujettit au mécanisme de communication individuelle relatif à la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme* : voir à ce sujet T. BUERGENTHAL, R. NORRIS et D. SHELTON, *Protecting Human Rights in the Americas : Selected Problems*, 3rd rev. ed., Kehl, N.P. Engel, 1990, pp. 3-5.

42 L'article 13 § 5 se lit comme suit:

Sont interdits par la loi toute propagande en faveur de la guerre, tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse, qui constituent des incitations à la violence, ainsi que toute autre action illégale analogue contre toute personne ou tout groupe de personnes déterminées, fondée sur des considérations de race, de couleur, de religion, de langue ou d'origine nationale, ou sur tous autres motifs.

43 (1951) 78 R.T.N.U. 277, [1949] R.T.Can. n° 27, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1948, signée par le Canada le 28 novembre 1949, entrée en vigueur internationalement le 12 janvier 1951 et pour le Canada le 2 décembre 1952. L'article 3 stipule ce qui suit:

Seront punis les actes suivants:

...
c) L'incitation directe et publique à commettre le génocide.

Le génocide est défini à l'article 2:...

...1. Dans la présente convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

...

...b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe.

44 *Keegstra*, p. 754-755 (Dickson).

45 *Id.*, p. 807 (McLachlin).

libre expression doit respecter. La garantie canadienne de la liberté d'expression, au contraire, est plus globale. La disposition prévoit une garantie très large et toute expression bénéficie à première vue d'une protection.⁴⁶

L'argument de la juge McLachlin paraît ainsi textuel. Il s'agit d'abord de comparer le texte de l'article 2(b) de la Charte canadienne avec ses équivalents dans les instruments internationaux, tels le Pacte sur les droits civils et la Convention européenne et d'expliquer ensuite que cette liberté d'expression avait un statut «quasi-constitutionnel» beaucoup avant son incorporation dans la Charte canadienne. À l'appui, elle cite une jurisprudence canadienne bien connue concernant la liberté d'expression⁴⁷ et laisse entendre que cette liberté, telle qu'énoncée dans la Charte, n'est que la continuation d'un principe existant.

Le jugement de la juge McLachlin procède ensuite à une analyse de la jurisprudence américaine concernant la liberté d'expression, et plus particulièrement l'interdiction de la propagande haineuse. Au début de son analyse, elle rappelle que «[c]omme l'al. 2b), le Premier amendement exprime la garantie en termes larges, non restrictifs, quand il prévoit que le Congrès n'adoptera pas de lois qui limitent la liberté de parole ou la liberté de la presse»⁴⁸. Elle signale, par ailleurs, qu'aux États-Unis une disposition similaire au paragraphe 319 (2) du *Code Criminel* a été déclarée inconstitutionnelle en raison de sa portée trop vaste («overbreadth») dans l'affaire *Collin c. Smith*⁴⁹.

L'étude du droit américain est suivie par un examen du droit international, où les résultats sont «opposés à ceux constatés aux États-Unis»⁵⁰. À la différence du Premier amendement de la Constitution américaine (et, selon la juge McLachlin, de la Charte canadienne), les instruments internationaux sont rédigés avec des clauses de limitation larges et généreuses. À titre d'exemple, elle mentionne la clause de restriction de la *Convention européenne* relative à la liberté d'expression et la jurisprudence qu'elle a engendrée :

La Commission européenne des droits de l'homme a conclu sans beaucoup de difficulté que cet article autorise des poursuites pour la diffusion d'idées et d'écrits racistes: voir p. ex. *Glimmerveen c. Pays-Bas*, (1979) 18 D. R. 187, 4 E.H.R.R. 260. Vu la portée de la clause restrictive, qui mentionne expressément la protection "de la santé ou de la morale" et "de la réputation ou des droits d'autrui", cela n'est pas étonnant. Dans d'autres contextes, on s'est parfois montré décidément tiède à l'égard de la protection de la liberté d'expression en vertu de cet article, ce qui convient d'ailleurs dans le cas d'un instrument international destiné à limiter le moins possible la souveraineté des nations signataires.⁵¹

Toutefois, la juge McLachlin constate que d'autres instruments internationaux vont plus loin, et réfère dès lors aux dispositions du *Pacte sur les droits civils* et de la *Convention contre la discrimination raciale* déjà citées par le

juge en chef Dickson. La distinction entre ces dernières et la Convention européenne est évidemment l'inclusion d'une obligation des États parties d'interdire la propagande haineuse.

Ces instruments internationaux traduisent une conception de la liberté d'expression qui est bien différente de celle qui se dégage de la jurisprudence portant sur le Premier amendement américain. Les décisions internationales traduisent les priorités très explicitement exprimées dans ces documents en ce qui concerne les rapports entre la liberté d'expression et l'objectif d'éliminer les discours faisant appel à la haine raciale et culturelle. On semble donner à la liberté d'expression une interprétation suffisamment atténuée pour assurer la validité du texte législatif interdisant l'expression en question.⁵²

Le juge McLachlin essaie de résumer les différences dans les deux approches :

Les méthodes américaine et internationale reconnaissent l'une et l'autre que la liberté d'expression n'est pas absolue et doit dans certaines circonstances céder le pas à d'autres valeurs. La divergence tient au mode de détermination des limites. Suivant la méthode internationale, l'objectif de la suppression de la haine paraît suffisant pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression. Aux États-Unis, il faut aller plus loin et démontrer l'existence d'un danger clair et présent avant de pouvoir porter atteinte à la liberté d'expression.⁵³

À la différence de la majorité de la Cour, qui écarte l'expérience américaine en faveur des instruments internationaux, elle opte pour l'approche américaine dans l'interprétation de l'alinéa 2(b) de la Charte canadienne:

La Charte adopte la méthode américaine, faisant de la liberté d'expression un droit fondamental de large portée et envisageant de soupeser d'une part, des valeurs protégées par la liberté d'expression et inhérentes à celle-ci et d'autre part, l'avantage conféré par le texte législatif qui limite cette liberté en vertu de l'article premier de la Charte.⁵⁴

Après ces commentaires généraux, le juge McLachlin procède à donner sa réponse aux deux questions. Quant à la première, à savoir la violation de l'article 2(b), elle la traite de façon beaucoup plus détaillée que la majorité, même si elle arrive au même résultat. En particulier, elle aborde les arguments fondés sur l'interprétation dans le contexte de la discussion de l'article 2(b). Cet argument d'interprétation se résume comme suit: la propagande haineuse est exclue de la protection de l'article 2(b) parce que cet article doit être interprété et restreint à la lumière des articles 15 (l'égalité) et 27 (le multiculturalisme), ainsi que les dispositions du droit international des droits et libertés. Il s'agit d'un argument que la majorité a traité dans deux brefs paragraphes, préférant l'aborder dans la discussion de l'article premier.

Quant aux arguments d'interprétation fondés sur les articles 15 et 27 de la Charte, elle conclut avec la majorité que ces points sont mieux abordés plus loin, dans le cadre de

46 *Ibid.*

47 *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, *Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285

48 *Keegstra*, p. 812 (McLachlin).

49 *Collin c. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari* refusé, 439 U.S. 916 (1978).

50 *Keegstra*, p. 822 (McLachlin).

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*

54 *Ibid.*

l'analyse de l'article premier. Mais en ce qui concerne le droit international, elle l'écarte résolument du débat.

Les obligations internationales du Canada et les accords négociés entre gouvernements nationaux peuvent être utiles pour élargir le contexte d'évaluation de la Charte. Des principes reconnus par des sociétés libres et démocratiques peuvent informer la compréhension de certaines de ses garanties. Ce serait toutefois une erreur de considérer que ces obligations permettent de définir ou de limiter la portée de ses garanties. Les dispositions de la Charte, quoique inspirées par une philosophie politique et sociale partagée avec d'autres sociétés démocratiques, sont particulières au Canada. En conséquence, ces considérations peuvent mener, comme en l'espèce, à une conclusion concernant une violation des droits qui n'est pas nécessairement en accord avec ces conventions internationales.⁵⁵

Arrivant à la conclusion, à l'instar de la majorité, qu'il y a violation de l'article 2(b), le juge McLachlin avance sur le terrain de l'article premier. Comme la majorité, elle présente les deux volets de l'analyse proposés dans l'affaire *Oakes*. Quant au premier volet, et c'est ici où le juge en chef Dickson a mis l'accent sur les dispositions du droit international, elle l'aborde très brièvement. Elle est d'ailleurs en accord avec le juge en chef Dickson selon lequel le paragraphe 319(2) du *Code criminel* vise un objectif qui constitue «une préoccupation urgente et réelle».

La vraie question, quant à elle, est la proportionnalité de la disposition du *Code criminel*, c'est-à-dire le deuxième volet de l'analyse de l'article premier élaboré dans l'affaire *Oakes*. À cet égard, elle considère que le lien rationnel entre la mesure et l'objectif est loin d'être évident puisqu'on «ne saurait affirmer l'existence d'un lien fort et évident entre la criminalisation de la propagande haineuse et son élimination»⁵⁶.

De plus, elle considère que l'atteinte aux libertés fondamentales n'est pas minimale. De façon générale, elle croit que la criminalisation de la propagande haineuse n'est pas la technique appropriée pour sa suppression. Des lois concernant les droits et libertés, comme la *Loi canadienne des droits de la personne* et les chartes provinciales, sont mieux équipées pour cette fin. Enfin, la disposition du *Code criminel* n'offre pas d'avantages suffisamment substantiels pour contrebalancer l'atteinte à la liberté d'expression. Par conséquent, le paragraphe 319 (2) du *Code criminel* est inconstitutionnel.

Dans l'affaire *Taylor*, le jugement minoritaire est naturellement très semblable, si ce n'est que la législation attaquée rencontre le premier élément du deuxième volet de l'analyse de l'affaire *Oakes*. L'article 13(1) de la Loi, selon la minorité, fait preuve d'un lien rationnel avec son but. Par contre, la disposition tombe sur la question de l'«overbreadth» et le résultat en est le même.

Dans le résumé de l'arrêt *Taylor*, la minorité est qualifiée comme étant dissidente en partie. Ceci s'explique par le fait que monsieur Taylor avait été condamné pour outrage au tribunal suite à sa violation d'une ordonnance du

Tribunal des droits de la personne. Même si l'ordonnance était basée sur une loi invalide au plan constitutionnel, cet argument ne pouvait pas servir de défense à la condamnation pour outrage. Ainsi, au plan pratique, le banc demeure solidaire sur la condamnation de monsieur Taylor pour outrage au tribunal.

II- Les fonctions changeantes du droit international à l'égard de la Charte canadienne

La Cour suprême du Canada est de loin le tribunal canadien qui emploie le droit international des droits et libertés avec le plus d'enthousiasme. L'affaire *Singh*, rendu en 1985, a été le premier arrêt de la Cour depuis la proclamation de la *Charte canadienne* à faire appel aux instruments internationaux. Depuis lors, trente jugements ont invoqué les articles du Pacte sur les droits civils, de la Convention européenne et d'autres instruments spécialisés, ainsi que la jurisprudence de la Cour et la Commission européenne des droits de l'Homme. Depuis ce premier signal de la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel du Québec a cité le droit international à quatre reprises⁵⁷ et la Cour supérieure quatre fois également⁵⁸, alors que la Cour d'appel d'Ontario a cité le droit international pendant cette même période au moins neuf fois⁵⁹.

Les arrêts de la trilogie *Keegstra*, *Andrews* et *Taylor* ont donné aux juges de la Cour suprême une occasion superbe pour débattre de façon approfondie des rapports entre le droit international des droits et libertés et la Charte canadienne. À l'issue de ce débat, on peut constater l'intéressante évolution de la Cour qui, tout en confirmant le rôle du droit international dans l'interprétation de la Charte canadienne (A), confère un impact nouveau au droit international dans l'analyse de l'article premier de cette même Charte (B).

A- La confirmation du droit international dans l'interprétation de la Charte canadienne

Dans les premières années de l'application de la Charte canadienne, les tribunaux ont souvent fait appel au droit international à titre d'aide à l'interprétation vu l'absence

⁵⁷ *Irwin Toy Ltd. v. A.-G. Québec*, [1986] R.J.Q. 2441, (1986) 32 D.L.R. (4th) 641, 74 C.P.R. (3d) 60, 26 C.R.R. 193 (C.A.); *Québec v. Chaussures Brown's Inc.*, [1987] R.J.Q. 80, 159; *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne*, (1990) 11 C.H.R.R. D/500 (C.A. Qué.); *Québec (Procureur-général) c. Lippé*, [1990] R.J.Q. 2200 (C.A.).

⁵⁸ *Association des détaillants en alimentation du Québec c. Ferme Carnaval Inc.*, [1986] R.J.Q. 2513 (C.S.); *Syndicat canadien de la Fonction publique c. P.-G. du Québec*, [1986] R.J.Q. 2983 (S.C.); *Nadeau c. R.*, [1989] R.J.Q. 153 (C.S.); *Bourcier v. Lafontaine*, [1989] R.J.Q. 865 (S.C.).

⁵⁹ *R. c. Morgentaler*, (1986) 22 D.L.R. (4th) 641, 22 C.C.C. (3d) 353, 48 C.R. (3d) 1, 52 O.R. (2d) 353, 11 O.A.C. 81, 17 C.R.R. 223 (C.A.); *Re Trumbley and Fleming*, (1986) 29 D.L.R. (4th) 557, 55 O.R. (2d) 570, 15 O.A.C. 279, 24 C.R.R. 333, 21 Admin. L.R. 232 (C.A.); *R. c. Century 21 Ramos Realty Inc. and Ramos*, (1987) 32 C.C.C. (3d) 352, 87 D.T.C. 5158, 29 C.R.R. 320, 58 O.R. (2d) 737, 56 C.R. (3d) 150, [1987] 1 C.T.C. 340 (C.A.); *R. c. Kopyto*, (1988) 47 D.L.R. (4th) 213, 39 C.C.C. (3d) 1, 61 C.R. (3d) 109, 62 O.R. (2d) 449, 19 O.A.C. 390 (C.A.); *McKinney c. University of Guelph*, [1988] 46 D.L.R. (4th) 193, 29 Admin. L.R. 227 (C.A. Ont.); *R. c. Rowbotham et al.*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1, 63 C.R. (3d) 113, 35 C.R.R. 207, 25 O.A.C. 321 (C.A.); *R. c. Andrews et al.*, (1989) 43 C.C.C. (3d) 193, 65 O.R. (2d) 161, 28 O.A.C. 161 (C.A.); *Canada Trust c. Ontario Human Rights Commission*, (1989) 69 D.L.R. (4th) 321, 37 O.A.C. 191 (C.A.); *R. c. Cancor Software*, (1990) 58 C.C.C. (3d) 43 (C.A. Ont.).

⁵⁵ *Id.*, p. 838

⁵⁶ *Id.*, p. 854.

d'une jurisprudence nationale sur plusieurs des nouveaux textes et la doctrine a certainement contribué à cet intérêt pour l'usage des instruments internationaux et la Charte⁶⁰. Plusieurs justifications avaient été avancées pour faire appel au droit international: on a souligné le fait que le constituant avait rédigé la Charte canadienne en tenant compte des instruments internationaux et que ceux-ci faisaient donc partie du «contexte d'énonciation»⁶¹ ou du «contexte d'adoption»⁶² de la Charte. Les auteurs Cohen et Bayefsky ont même suggéré que les instruments internationaux auxquels le Canada avait souscrit devaient avoir une force obligatoire et déterminante dans l'interprétation de la Charte⁶³.

Il y a des difficultés évidentes lorsqu'on essaie de transposer des règles d'interprétation statutaire à un document constitutionnel. Comme la constitution doit bénéficier d'une interprétation évolutive, analogue au célèbre "arbre vivant", la recherche de l'intention du législateur qui est le fondement des règles de l'interprétation statutaire perd sa prééminence. Il en est ainsi pour les instruments internationaux eux-mêmes. Malgré le fait que les tribunaux internationaux font référence aux travaux préparatoires afin de déterminer l'intention des États parties, on accepte également qu'il y ait une évolution dans la portée des certaines dispositions⁶⁴. Par contre, nos tribunaux ont refusé d'écarter l'application des règles d'interprétation lorsqu'il s'agit d'interpréter la Charte⁶⁵.

Le rôle du droit international dans l'interprétation de la Charte a été formulé avec précision par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi Re Public Service Employee Relations Act*:

[...] la similarité entre les principes généraux et les dispositions de la Charte et ceux des instruments internationaux concernant les droits de la personne confère une importance considérable aux

interprétations de ces instruments par des organes décisionnels, tout comme les jugements des tribunaux américains portant sur le Bill of Rights ou ceux des tribunaux d'autres 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. Lorsque les juges canadiens sont saisis du texte, souvent rédigé en termes généraux et d'acception fort large, de la Charte, [TRADUCTION] «le texte souvent plus détaillé des dispositions des traités peut être utile pour donner un contenu à des concepts aussi imprécis que le droit à la vie, la liberté d'association et même le droit à l'assistance d'une avocat J. Claydon, «International Human Rights Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 287, à la p. 293.

En outre, le Canada est partie à plusieurs conventions internationales sur les droits de la personne qui comportent des dispositions analogues ou identiques à celles de la Charte. Le Canada s'est donc obligé internationalement à assurer à l'intérieur de ses frontières la protection de certains droits et libertés fondamentaux qui figurent aussi dans la Charte. Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la Charte. Comme cette Cour l'a déclaré dans l'arrêt *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, l'interprétation de la Charte doit «viser à réaliser pleinement l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte». Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est à mon avis, un indice important du sens de l'expression «bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte». Je crois qu'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 ratifiés en matière de droits de la personne.

En somme, bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la Charte, il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne.⁶⁶

Dans *Slaight Communications v. Davidson*, le juge en chef a fourni un éclaircissement additionnel :

Étant donné la double fonction de l'article premier que l'on a identifié dans l'arrêt *Oakes*, les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient renseigner non

60 J. E. CLAYDON, «The Application of International Human Rights Law by the Canadian Courts», (1981) 30 *Buffalo L.R.* 727; J. E. CLAYDON, «International Human Rights Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», (1982) 4 *Supreme Court L. Rev.* 287; E.P. MENDES, «Interpreting the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Applying International and European Jurisprudence on the Law and Practice of Fundamental Rights», (1982) 20 *Alberta L. Rev.* 383; D. TURP, «Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés: un bilan jurisprudentiel», (1984) 18 *R.J.T.* 353; A. M. HAYWARD, «International Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Uses and Justifications», (1985) 23 *U.W.O.L. Rev.* 9; M. COHEN et A.F. BAYEFKY, «The Canadian Charter of Rights and Freedoms and International Law», (1983) 61 *Can. Bar Rev.* 265.

61 Voir TURP, *id.*, à la p. 363.

62 Voir WOEHRLING, *loc. cit.* supra, note 5, aux pp. 454 à 458.

63 *Loc. cit.* supra, note 60, à la p.265.

64 Voir à titre d'exemple, le jugement de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni et Allemagne*, le 7 juillet 1989, Serie A, vol. 161, où la Cour déclare, à la page 40, que la «Convention est sans conteste 'un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelle».

65 À cet effet, voir les commentaires de madame la juge L'Heureux-Dubé dans *Thomson Newspapers v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Practices Commission)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 54 C.C.C. (3d) 417, 72 O.R. (2d) 415n, 76 C.R. (3d) 129, 29 C.P.R. (3d) 97, 67 D.L.R. (4th) 161, at p. 570 (R.C.S.):

For example, in *Irwin Toy v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 R.C.S. 927, this Court relies in part on the rule *inclusio unius est exclusio alterius* and in part on the literal meaning rule in interpreting the word "person" in s. 7 (pp. 1003-4). In this sense, I do not think that the rules of interpretation which have guided the courts to this day have been set aside and can no longer play any role in interpreting the Charter.

66 [1987] 1 R.C.S. 313, 38 D.L.R. (4th) 161, 51 Alta L.R. (2d) 97, [1987] 3 W.W.R. 577, (sub nom. *A.U.P.E. v. Alberta (A.G.)*) 28 C.R.R. 305, (sub nom. *Reference Re Compulsory Arbitration*) 74 N.R. 99, 78 A.R. 1, [1987] D.L.Q. 225, (1987) 87 C.L.L.C. ¶14,021, at pp. 348-50 (R.C.S.). [ci-après dénommé le *Renvoi sur le droit de grève*].

seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la Charte, mais sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article qui peuvent justifier la restriction des droits.⁶⁷

Dans une communication prononcée à la conférence annuelle du Conseil canadien du droit international, le juge La Forest rappelait que «[t]hough speaking in dissent [in the right to strike case, Justice Dickson's] comments on the use of international law generally reflect what we all do»^{67bis}. Mais si les juges Dickson et La Forest sont en accord sur ce principe, l'affaire *Keegstra* démontre les difficultés de son application.

Ainsi, dans l'affaire *Keegstra*, le juge en chef Dickson préfère employer le droit international dans son analyse de l'article premier. Même s'il réitère ses paroles du *Renvoi sur le droit de grève*, voulant que le droit international puisse servir comme élément «pertinent et persuasif» afin de déterminer les limites qui peuvent raisonnablement se justifier dans une société libre et démocratique, il écarte à toutes fins pratiques l'application du droit international à l'interprétation de l'alinéa 2 (b).

Dans le *Renvoi sur le droit de grève*, le juge en chef cherchait ainsi à démontrer que le droit de grève était compris dans la liberté d'association prévue à l'alinéa 2(d) de la Charte. La législation attaquée interdisait des grèves dans le secteur public. Le syndicat attaquait sa constitutionnalité, en faisant appel aux sources du droit international des droits et libertés dont certaines reconnaissent expressément le droit de grève comme composante de la liberté d'association.

Toutefois, le droit international n'est pas sans ambiguïté en ce qui concerne le droit de grève. Le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux, et culturels*⁶⁸ garantit à son alinéa 8(d), «le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays». En revanche, le *Pacte sur les droits civils* reconnaît la liberté d'association à l'article 22, mais il est silencieux relativement au droit de grève. Il s'agit là d'un problème important d'interprétation des dispositions du droit international qui a d'ailleurs retenu l'attention de plusieurs tribunaux canadiens avant que la Cour suprême du Canada ne tranche la question⁶⁹.

De plus, dans une décision relative à la législation albertaine concernant le droit de grève, la majorité du Comité des droits de l'Homme de l'O.N.U. a refusé d'interpréter l'article 22 du Pacte sur les droits civils comme garantissant l'existence d'un droit de grève. La décision du Comité dans cette affaire était assortie d'une opinion dissidente collective formulée par cinq membres du Comité, y compris son président⁷⁰. La question est donc vive et controversée, même devant les tribunaux internationaux.

Dans le *Renvoi sur le droit de grève*, le droit international, avec ses dispositions prolixes et étoffées, était utilisé afin d'élaborer et de compléter une disposition comparable mais très succincte de la Charte canadienne. Même si les commentaires du juge en chef Dickson dans cette affaire n'ont été que rarement cités⁷¹, le principe semble être reconnu que le droit international est une source «pertinente et persuasive» pour l'interprétation du contenu des droits et libertés déclarés dans la Charte⁷².

Or, dans l'affaire *Keegstra*, c'est la juge McLachlin qui présente des «arguments d'interprétation», en examinant la pertinence du droit international dans la délimitation du contenu de l'alinéa 2b) de la Charte canadienne. Elle conclut, comme nous l'avons vu, que le droit international, avec «son approche différente», n'est d'aucune utilité pour les fins de cette délimitation. Le juge en chef Dickson ne fera pas appel quant à lui au droit international aux fins d'interpréter l'alinéa 2b), mais préférera réserver les arguments de droit international pour son analyse au titre de l'article premier.

Il n'y a pas de pénurie d'autorités favorables à l'utilisation du droit international afin d'interpréter l'article 2b)⁷³. Ainsi, le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale a trouvé le droit international, et notamment l'article 10 de la *Convention européenne* avec sa clause de limitation, «très utile» dans l'interprétation de l'alinéa 2b) de la Charte canadienne⁷⁴. Il en est ainsi pour le juge Cory, alors de la Cour d'appel d'Ontario, dans l'affaire *R. c. Kopyto*⁷⁵. Même

67 *Slaight Communications v. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, (1988) 59 D.L.R. (4th) 416, 93 N.R. 183, 89 C.L.L.C. ¶14,031, aux pp. 1056-1057 (R.C.S.).

67bis G.V. LAFOREST, «The Use of International and Foreign Material in the Supreme Court of Canada», dans CONSEIL CANADIEN DE DROIT INTERNATIONAL, *Le Canada et l'Europe: une relation en constante évolution*, Travaux du Congrès de 1988, Ottawa, C.C.D.I., 1989, p. 232.

68 (1976) 993 R.T.N.U. 133, [1976] R.T.Can. n° 46, R.E.I.Q. (1984-89) 1976 (3), p. 808. Le Canada a adhéré au *Pacte sur les droits économiques* le 19 mai 1976, et il est entré en vigueur pour celui-ci le 19 août 1976.

69 *Re Alberta Union of Provincial Employees et al. and the Crown in Right of Alberta* (1981), 120 D.L.R. (3d) 590, 81 C.L.L.C. ¶14,089 (Alta Q.B.); *Public Service Alliance of Canada v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 580, 11 D.L.R. (4th) 337, 9 C.R.R. 248 (T.D.), confirmé par [1984] 2 F.C. 889 (C.A.); *Service Employees' International Union Local 204 v. Broadway Manor Nursing Home* (1984), 4 D.L.R. (4th) 231, 44 O.R. (2d) 392, 10 C.R.R. 37 (Div. Ct.); *Syndicat canadien de la Fonction publique v. P.-G. du Québec*, [1986] R.J.Q. 2983 (S.C.); *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 et al.*, [1984] 3 W.W.R. 481, 52 B.C.L.R. 1, 84 C.L.L.C. 14,036, 10 D.L.R. (4th) 198 (B.C.); *Reference Re Public Service Employee Relations Act, Labour Relations Act and Police Officers Collective Bargaining Act*, 35 Alta L.R. (2d) 124, 16 D.L.R. (4th) 359, [1985] 2 W.W.R. 289, (sub nom. Reference Re Compulsory Arbitration) 57 A.R. 268, 85 C.L.L.C. ¶14,027 (C.A.).

70 *J.B. et al. v. Canada* (No. 118/1982), COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Sélection des décisions, vol. 2, p. 34 (Doc. N.U. CCRP/C/OP/2), [1987] 4 A.C.D.P. 235.

71 Per MacGuigan J. dans *International Fund for Animal Welfare Inc., Best and Davies c. Canada*, [1989] 1 F.C. 335, (1988) 83 N.R. 303, (1989) 35 C.R.R. 359 (C.A.), à la p. 312 (F.C.), et per Dickson C.J. lui-même dans *Slaight Communications v. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, (1988) 59 D.L.R. (4th) 416, 93 N.R. 183, 89 C.L.L.C. ¶14,031, à la page 427 (D.L.R.).

72 Nous devons toutefois constater que dans *Keegstra*, Mme la juge McLachlin suggère une interprétation restrictive des paroles du juge en chef Dickson dans *Re Public Service Employees Relations Act*. Elle indique que la ratio du juge en chef Dickson est que le droit international ne lie pas les tribunaux canadiens dans l'interprétation de la Charte.

73 *R. v. Sophonow*, (1983) 150 D.L.R. (3d) 110, 6 C.C.C. (3d) 110, 34 C.R. (3d) 287, 21 Man. R. (2d) 110, 5 C.R.R. 331 (C.A.); *Hirt v. College of Physicians & Surgeons*, [1985] 17 D.L.R. (4th) 472, (1985) 60 B.C.L.R. 273 (C.A.); *International Fund for Animal Welfare Inc. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 244, (1987) 30 C.C.C. (3d) 80, 5 F.T.R. 193; *International Fund for Animal Welfare Inc., Best and Davies v. Canada*, [1989] 1 F.C. 335, (1988) 83 N.R. 303, (1989) 35 C.R.R. 359 (C.A.); *Ford et al. v. P.-G. du Québec*, [1985] C.S. 147, (1985) 18 D.L.R. (4th) 711; *Ford v. Québec (A.-G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, (1989) 54 D.L.R. (4th) 577, 19 Q.A.C. 69, 36 C.R.R. 1, 90 N.R. 84, 10 C.H.R.R. D/5559.

74 *Re Luscher and Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85, (1985) 17 D.L.R. (4th) 503, 45 C.R. (3d) 57 N.R. 386, [1985] 1 C.T.C. 246, (1985) 15 C.R.R. 167, 9 C.E.R. 229 (C.A.).

75 *R. v. Kopyto*, (1988) 47 D.L.R. (4th) 213, 39 C.C.C. (3d) 1, 61 C.R. (3d) 109, 62 O.R. (2d) 449, 19 O.A.C. 390 (C.A.).

le juge La Forest (qui souscrit aux motifs du juge McLachlin dans *Keegstra*), dans l'affaire *Edmonton Journal*, fait emploi de la clause de limitation du paragraphe 19 § 3 du Pacte sur les droits civils et le paragraphe 10 § 2 de la Convention européenne afin d'interpréter le contenu de l'alinéa 2b)⁷⁶.

Même s'il y a lieu de souligner que les commentaires de la juge dissidente McLachlin dans l'affaire *Keegstra* concernant l'interprétation de l'article 2(b) sont *obiter dictum*, il demeure qu'elle est disposée à utiliser le droit international comme source d'inspiration de la Charte canadienne et qu'elle confirme ainsi la pertinence de l'utilisation du droit des gens à cette fin.

Si des possibilités d'emploi du droit international à titre d'outil d'interprétation des dispositions de la Charte canadienne subsistent donc, le juge en chef Dickson semble vouloir mettre l'accent dans l'affaire *Keegstra* sur les potentialités de son application dans le contexte de l'analyse de l'article premier. En effet, le droit international des droits et libertés est appelé à devenir une source riche en exemples de limites raisonnables aux droits et libertés dans une société démocratique. Nous pouvons concevoir plusieurs avantages de cette approche.

B- L'impact nouveau du droit international dans l'analyse en vertu de l'article premier

Avec ses clauses de limitation aussi élaborées, le droit international offre des exemples des motifs de limitation raisonnables qui n'ont pas droit de cité dans la Charte canadienne. C'est ainsi que le Pacte sur les droits civils précise les motifs qui justifient d'imposer des limitations à la liberté d'expression, tels le respect des droits ou de la réputation d'autrui, la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques, la propagande en faveur de la guerre, et tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence.

Par ailleurs, la jurisprudence des comités et tribunaux internationaux comme le Comité des droits de l'Homme, la Cour et la Commission européenne des droits de l'Homme, et la Cour et la Commission interaméricaine des droits de l'Homme foisonne d'exemples de limites raisonnables et s'avère un répertoire fécond et évolutif. Ces instances sont composées d'experts ou de juges internationalement reconnus en matière de droits et libertés dont les tribunaux canadiens ont reconnu la compétence et l'autorité depuis la proclamation de la *Charte canadienne*⁷⁷. Par exemple, dans l'affaire *Canada c. Schmidt*⁷⁸, le juge La Forest s'est fondé sur une décision de la Commission européenne⁷⁹ en élaborant une définition de l'expression «principes de justice fondamentale» qui se trouve à l'article 7.

Le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale, dans *Re Luscher and Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, a fait référence à l'affaire *Sunday Times* de la Cour européenne afin d'interpréter l'article 2b)⁸⁰. Dans *Black c. Law Society of Alberta*⁸¹, le juge Kerens de la Cour d'appel d'Alberta a cité la jurisprudence européenne afin de déterminer le contenu de l'article 6 de la Charte.

De plus, cette approche autorise une analyse évolutive de la Charte canadienne. Elle permet d'utiliser l'article premier et de s'ajuster à l'évolution du consensus dans des sociétés démocratiques. Au lieu de lier l'interprétation de la Charte à la recherche de l'intention d'un «constituant» en avril 1982, qui agissait à titre de parlementaire britannique (au moins sur le plan technique) et sans le concours du Québec, nous nous basons sur un droit en mutation influencée par le développement des valeurs politiques et sociales de la société internationale.

Du fait qu'il tient compte des différences culturelles et nationales dans les États parties, le droit international n'est pas nécessairement inapproprié dans le contexte du fédéralisme canadien. La Cour européenne des droits de l'Homme interprète les limites raisonnables en admettant une marge d'appréciation aux législateurs locaux⁸³. En vertu de la jurisprudence européenne, ce n'est pas le droit substantif qui est défini différemment en fonction des critères locaux, mais la portée de la clause de limitation. Cette clause est donc un outil fort intéressant pour un État fédératif comme le Canada.

De toute évidence, le choix d'insérer une clause de limitation était une option expresse du constituant canadien. Les rédacteurs de la Charte canadienne ont décidé d'assujettir la limitation des droits et libertés à la norme d'une «société démocratique», ce qui tend à nécessiter une réflexion qui dépasse les frontières canadiennes. En liant la limitation des droits et libertés protégés par la Charte aux normes des sociétés démocratiques, les tribunaux ont été invités à faire emploi généreux des sources du droit international des droits et libertés.

Les différences entre la majorité et la minorité dans *Keegstra* s'expliquent aussi par un autre facteur, celui-là historique et philosophique. Le juge en chef Dickson met l'accent sur le droit international parce qu'il considère la Charte canadienne comme étant d'inspiration internationale, tandis que le juge McLachlin voit la Charte canadienne comme étant d'inspiration américaine. Il est vrai que depuis la proclamation de la Charte canadienne en avril 1982 nos tribunaux ont fait référence très souvent aux deux sources. Sur certains points, il n'y a pas de véritable conflit entre les deux systèmes. Sur d'autres, comme la protection contre les fouilles et perquisitions abusives offerte par l'article 8 de la Charte canadienne, la disposition n'a pas d'équivalent dans les

⁷⁶ *Edmonton Journal c. Procureur-général*, [1989] 2 R.C.S. 1326, (1990) 64 D.L.R. (4th) 577.

⁷⁷ Par exemple, la Cour suprême du Canada a cité la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme pas moins de dix fois à titre d'aide à l'interprétation de la Charte canadienne. Pour une liste complète des renvois à la jurisprudence internationale, v. W. A. Schabas, *loc. cit.* supra, note 1, pp. 169-177.

⁷⁸ *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, (1988) 33 C.C.C. (3d) 193.

⁷⁹ *Altun v. Federal Republic of Germany* (App. No. 10308/82), (1983) 36 D. & R. 209, 5 E.H.R.R. 651.

⁸⁰ *Supra* note 26.

⁸¹ *Black v. Law Society of Alberta*, (1986) 27 D.L.R. (4th) 527, [1986] 3 W.W.R. 591, (1986) Alta L.R. (2d) 1, 68 A.R. 259 (C.A.).

⁸² *Van Binsbergen v. Bestuur van Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1975] 1 C.M.L.R. 298; *Coenen v. Social-Economische Raad*, [1976] 1 C.M.L.R. 30; *Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Klopp*, [1985] 2 W.L.R. 1058.

⁸³ *Sunday Times c. Royaume-Uni*, le 26 avril 1979, Series A, No. 30, (1978-79) 2 E.H.R.R. 245, (1980) 58 I.L.R. 491, 18 I.L.M. 931; *Handyside c. Royaume-Uni*, le 7 décembre 1976, Series A, No. 24, (1978) 1 E.H.R.R. 737, 59 I.L.R. 150; *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, le 23 septembre 1982, Series A, No. 52, (1983) 5 E.H.R.R. 35, 68 I.L.R. 86.

instruments internationaux et elle est indiscutablement d'origine américaine.

Il était cependant inévitable que les deux écoles de pensée s'affrontent. Alors que le droit international interdit de façon expresse la propagande haineuse, le droit américain considère la liberté d'expression comme beaucoup plus absolue. Pour le droit international, cela s'explique par le fait que celui-ci a été élaboré dans le contexte d'une philosophie de protection de droits collectifs issue de la dernière guerre mondiale. L'assise philosophique du droit américain en est une de protection de droits individuels face aux empiétements et abus de la collectivité. Il importe d'ailleurs de noter qu'en général le gouvernement américain, malgré son discours favorable aux droits et libertés sur le plan international, se méfie des traités et déclarations internationaux tels le Pacte sur les droits civils et la *Convention contre la discrimination raciale*, auxquels il n'a pas adhéré à ce jour.

Dans *Keegstra*, le débat entre les deux juges se fait autour de la raison d'être de l'article premier et les arguments sont essentiellement textuels et historiques. En déclarant que les autorités américaines sont d'une utilité mitigée, le juge en chef Dickson signale qu'il n'y a aucun équivalent de l'article premier dans l'*American Bill of Rights*. Le constituant américain n'avait pas prévu la limitation de la liberté d'expression, et toute limite subséquente est jurisprudentielle et donc restrictive. La juge McLachlin pense le contraire. Comme il n'y a pas de clause de limitation à l'intérieur de l'alinéa 2b), à la différence du Pacte sur les droits civils et de la Convention européenne, ainsi que l'article 8 de la Charte, ces textes internationaux sont inapplicables. L'alinéa 2b), selon le juge McLachlin, est rédigé de façon absolue et non limitative, à l'instar de son équivalent américain.

La juge McLachlin fait allusion aux arguments historiques, un aspect sur lequel le juge en chef est moins loquace. Elle explique que la liberté d'expression existait bien avant la proclamation de la Charte canadienne, et que ses origines peuvent se trouver en remontant jusqu'à la *Magna Carta*. Pour le juge en chef, la Charte canadienne est née dans le contexte de la rédaction des instruments internationaux des droits et libertés⁸⁴.

Selon nous, l'argumentation du juge en chef est beaucoup plus conforme à l'histoire du droit canadien. Même si le constituant canadien a opté pour une clause unique et non pas plusieurs clauses différenciées, il nous semble évident que la clause de limitation de la Charte canadienne suit le modèle européen et onusien. En ce qui concerne l'argument historique de la juge McLachlin, il est vrai que la liberté d'expression existait en droit canadien avant la proclamation de la Charte canadienne, ou la Déclaration canadienne des droits, mais il est également vrai que son étendue était très incertaine et que son existence était toujours soumise aux caprices des parlement et législature canadiens, le tout en conformité avec le principe de la souveraineté du Parlement. C'est justement afin de corriger cette faiblesse de notre système juridique, et conscients des abus aux droits et libertés commis pendant la deuxième guerre mondiale, que les juristes

canadiens ont commencé à plaider en faveur de l'adoption d'une déclaration constitutionnelle des droits et libertés.

Cet enthousiasme d'après-guerre se situait pleinement à l'intérieur d'un courant international favorable à la protection des droits et libertés. L'objectif de l'Organisation des Nations Unies était non seulement d'éviter une troisième guerre mondiale, mais également d'affirmer et de faire instaurer des régimes juridiques nationaux et internationaux où les violations des droits et libertés commises par le régime nazi ne seraient plus à l'abri de condamnations.

Or, au même moment que les Nations Unies élaboraient la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* et le *Pacte sur les droits civils*, que le Conseil de Europe formulait la *Convention européenne* et que l'Organisation des États américains préparait *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, les juristes et des législateurs canadiens examinaient les premiers projets d'une Charte canadienne. Ainsi, dès 1947, le Parlement du Canada instituait un Comité mixte de la Chambre des Communes et du Sénat, dont le mandat était d'étudier les obligations du Canada en vertu de la Charte des Nations Unies et de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*⁸⁵. En 1948, le juge O'Halloran de la Cour d'Appel de Colombie-Britannique proposait même l'adoption d'une charte constitutionnelle fondée sur la *Déclaration universelle*⁸⁶.

Il est vrai, comme dit le juge McLachlin, que les tribunaux canadiens, pendant les années 1950, ont fait un certain progrès dans la protection des droits et libertés, et plus particulièrement de la liberté d'expression⁸⁷. Mais il ne faut pas perdre de vue que ces développements jurisprudentiels étaient eux aussi stimulés par les développements se produisant sur la scène internationale. D'ailleurs, à la même époque, plusieurs anciennes colonies anglaises, dotées d'un régime similaire au régime canadien, adoptaient au moment de leur accession à l'indépendance des chartes constitutionnelles fondées sur la *Convention européenne*⁸⁸.

En septembre 1958, le projet de Loi [C-60] sur la reconnaissance et la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales a été soumis au Parlement par le gouvernement Diefenbaker⁸⁹. À cette époque, le premier

85 Voir à ce sujet W. S. TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, Toronto, McClelland and Stewart, 1975, à la p. 12. Trois ans plus tard un Comité du Sénat examinait brièvement un projet de Déclaration canadienne des droits qui s'inspirait fortement de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*.

86 W.O. O'HALLORAN, "Inherent Rights", (1947-48) *Obiter Dicta*. V. aussi W.G. HOW, «Case for a Canadian Bill of Rights», (1948) 26 *R. du B. Can.* 497.

87 *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, [1954] 4 D.L.R. 641; *Birks v. City of Montreal*, [1955] R.C.S. 799, 113 C.C.C. 135, [1955] 5 D.L.R. 321; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, 7 D.L.R. (2d) 337, 117 C.C.C. 129; *Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834, 114 C.C.C. 170, 1 D.L.R. (2d) 241; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, 16 D.L.R. (2d) 689.

88 Ce phénomène est mentionné dans plusieurs arrêts canadiens: *R. v. Therens*, 148 D.L.R. (3d) 672, 5 C.C.C. (3d) 409, 33 C.R. (3d) 204, [1983] 4 W.W.R. 385, 20 M.V.R. 8, 23 Sask. R. 81, 5 C.R.R. 157 (C.A.), at p. 686 (D.L.R.); *British Columbia (A.G.) v. Craig* (1984), 4 D.L.R. (4th) 746, 9 C.C.C. (3d) 173, 36 C.R. (3d) 346 (B.C.S.C.), at p. 753 (D.L.R.); *Bluck v. Law Society of Alberta*, 27 D.L.R. (4th) 527, [1986] 3 W.W.R. 591, Alta L.R. (2d) 1, 68 A.R. 259 (C.A.), at p. 541 (D.L.R.); (1961) 4 E.C.H.R.Y. 654.

89 Voir Debats, H.C. 1960, à la p. 5887; M. COHEN, «Bill C-60 and International Law - The United Nations Charter - Declaration of Human Rights», (1959) 37 *R. du B. Can.* 228.

84 Voir aussi les notes de madame la juge Wilson dans *McKinney c. University of Guelph*, *supra* note 31 où elle mentionne le *Pacte sur les droits civils*, la *Convention européenne*, et la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* comme ayant été à l'origine de la *Charte canadienne*.

ministre déclarait que «[t]he measure that I introduce is the first step on the part of Canada to carry out the acceptance either of the international declaration of human rights or of the principles that activated those who produced that noble document»⁹⁰.

Les rédacteurs de la Déclaration canadienne des droits ont fait un emploi important de la Déclaration universelle ainsi qu'à la Convention européenne. L'influence américaine fut aussi présente, comme en témoigne la version anglaise du titre de la loi «Canadian Bill of Rights»⁹¹.

Même avant l'émasculature de la Déclaration canadienne des droits par la Cour suprême du Canada pendant les années 1970, on a proposé une nouvelle Charte, cette dernière ayant une valeur constitutionnelle. En 1968, le premier ministre Pierre-Elliott Trudeau a déposé un livre blanc intitulé *Une Charte canadienne des droits et libertés*⁹². Les rédacteurs des premiers projets de Charte canadienne ont beaucoup emprunté à la Déclaration universelle, à la *Convention européenne* et au *Pacte sur les droits civils*, selon les notes explicatives des projets de Charte de 1968 et de 1969⁹³ et l'opinion formulée par le publiciste canadien réputé Walter S. Tarnapolsky⁹⁴.

Le *Pacte* et la *Convention européenne* n'ont pas de clause générale de limitation. Leurs rédacteurs ont opté pour des clauses différenciées. C'est ainsi que la liberté d'expression se trouve limitée dans le *Pacte* par le paragraphe 19 § 3 et dans la *Convention européenne* par le paragraphe 10 § 2. En revanche, plusieurs autres droits et libertés n'ont pas de clause de limitation : à titre d'exemple, le droit à la vie privée (art. 17 du *Pacte sur les droits civils*), le droit à la famille (art. 23 du *Pacte sur les droits civils* et art. 12 de la *Convention européenne*). Mais la Déclaration universelle des droits de l'Homme contient une clause générale de limitation⁹⁵, de même que le *Pacte sur les droits économiques*⁹⁶.

Le choix de clauses de limitation différenciées, selon le modèle international, a été suivi dans la version de juillet

1980 de la *Charte canadienne*⁹⁷. Mais comme le constituant a opté de façon générale pour une formulation beaucoup plus succincte des droits et libertés, il a également privilégié la notion d'une clause de limitation générale, susceptible de restreindre la portée de l'ensemble des droits et libertés protégés par la Charte, en laissant bien sûr au tribunal la responsabilité d'établir la portée de ces limites.

La Cour d'appel d'Ontario a noté dans l'affaire *McKinney c. University of Guelph*, que des «post-war Charters» comme le *Pacte* sur les droits civils et la *Convention européenne*, avec leurs clauses de limitation, ne sont pas absolutistes, à la différence de l'*American Bill of Rights*. Selon cette cour, la Charte canadienne est «more like» les instruments internationaux que l'*American Bill of Rights* :

The Canadian Charter carries the pattern of post war charters one step further by providing only one limitation clause in s. 1 which applies to all rights and freedoms guaranteed by the Charter.⁹⁸

Dans l'affaire *Comité pour la République du Canada*, le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale parle de la «overly absolute formulation of certain rights» de la Constitution américaine, une clause que les rédacteurs de la Charte, avec leurs modèles internationaux, ont voulu éviter⁹⁹.

Il est donc difficile de suivre le juge McLachlin lorsqu'elle prétend que l'absence d'une clause de limitation différenciée dans l'article 2b) démontre que la Charte est d'inspiration américaine plutôt qu'internationale. Sa conclusion n'est pas corroborée par l'histoire de la rédaction de la Charte qui révèle une intention bien arrêtée du Constituant canadien de suivre le modèle du *Pacte* sur les droits civils et de la *Convention européenne* en assujettissant les droits et libertés à une clause expresse de limitation.

La trilogie *Keegstra-Andrews-Taylor* de la Cour suprême du Canada représente un développement majeur dans l'utilisation du droit international afin d'interpréter la Charte canadienne. Depuis ces premiers jugements relatifs à la Charte, et de façon continue et persistante depuis lors, la Cour suprême enseigne que ce droit nouveau des droits et libertés, consacré dans plusieurs traités et déclarations internationaux, et interprété dans un nombre croissant de décisions judiciaires des comités et tribunaux internationaux, est une source riche et importante d'inspiration pour les interprètes de la Charte canadienne.

90 Cité par le juge Belzil dans *R. v. Big M Drug Mart*, 5 D.L.R. (4th) 121, 9 C.C.C. (3d) 310, [1984] 1 W.W.R. 625, 28 Alta L.R. (2d) 289, 49 A.R. 194, 7 C.R.R. 92 (C.A.), p. 149 (D.L.R.).

91 L.R.C. 1985, appendice III.

92 H. Carl Goldenberg a été nommé conseiller au ministre de la Justice, assisté de cinq conseillers: Gerald Le Dain, Mark MacGuigan, Barry Strayer, Gerald La Forest et Jean Beetz (*Globe and Mail*, le 23 juin 1967); chacun des cinq conseillers a été ultérieurement nommé juge, et a utilisé le droit international des droits et libertés dans ses jugements concernant la Charte.

93 *Re Trumbley and Fleming*, (1986) 29 D.L.R. (4th) 557, 55 O.R. (2d) 570, 15 O.A.C. 279, 24 C.R.R. 333, 21 Admin. L.R. 232 (C.A.).

94 *Op.cit. supra*, note 85. p. 18 où l'auteur affirme que «[t]he final restrictive clause was clearly a copy of the format adopted in the European Convention of Human Rights».

95 Il s'agit de l'article 29:

1. L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible.

2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance des ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.

3. Ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies.

96 Art. 4.

97 André Morel, "La recherche d'un équilibre entre les pouvoirs législatif et judiciaire - essai de psychologie judiciaire," in A. DE MESTRAL, et al., (eds), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Cowansville: Editions Yvon Blais, 1986, pp 115-135, at p. 116.

98 Dans *McKinney v. University of Guelph*, *supra*, note 59, la Cour d'appel d'Ontario cite l'auteur P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 1985, à la p. 680. Voir aussi P. W. HOGG, «Section one of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», in A. DE MESTRAL, *op.cit. supra*, note 5, à la p. 6. Le Conseil canadien des relations du travail a aussi fait remarquer que l'article premier de la Charte possède «[a] wording roughly similar» à la *Convention européenne*, sauf que ce dernier instrument précise des limites individuelles pour chacun des droits: *Union of Bank Employees (Ont.)*, *Loc. 2104 v. Bank of Montreal*, (1985) 10 C.L.R.B.R. (n.s.) 129.

99 *Comité pour la République du Canada v. Canada*, [1987] 2 F.C. 68, (1987) 36 D.L.R. (4th) 501 (C.A.), at p. 511 (D.L.R.). Voir aussi le juge Belzil, dans *R. c. Big M Drug Mart*, [1984] 1 W.W.R. 625, 5 D.L.R. (4th) 121, 9 C.C.C. (3d) 310, 28 Alta L.R. (2d) 289, 49 A.R. 194, 7 C.R.R. 92 (C.A.): «Thus it can be seen that the *Canadian Charter* was not conceived and born in isolation. It is part of the universal human rights movement».

Mais il est difficile de suivre un modèle lorsque ces balises ne sont pas claires. Dans le *Renvoi sur le droit de grève*, le juge en chef a déclaré que le droit international représentait une autorité «pertinente et persuasive». D'un côté, ses commentaires ont mis fin à un débat quant à la force obligatoire des instruments internationaux. Les tribunaux ne sont pas liés par ces instruments. Il s'agit en revanche d'une invitation sans équivoque à l'emploi des sources du droit international dans l'interprétation de la Charte canadienne. Mais l'affaire *Keegstra* nous constitue un rappel que le débat était loin d'être terminé. Dans cette affaire, des orientations nouvelles paraissent être données quant à l'emploi du droit international et une préférence paraît être exprimé pour l'emploi du droit international dans l'analyse de l'article premier et de la raisonabilité des limites apportées aux droits et libertés garantis par la Charte canadienne.

D'ailleurs, en ce qui concerne l'application de l'article premier, le juge en chef Dickson présente une mise en garde relativement à l'application rigide de l'analyse élaborée dans l'affaire *Oakes*. Il semble suggérer qu'au fond, la norme en soit une d'une société démocratique au sens large et qu'il ne faut pas donc en appliquant les deux volets de cette analyse, avec les trois étapes à l'intérieur du deuxième volet, perdre de vue l'objectif et la raison d'être de l'exercice.

Pourtant, la majorité et la minorité examinent de façon systématique chacun de volets et étapes de cette analyse formaliste et rigide, avec un résultat curieux. L'argumentation du juge en chef Dickson sur le premier volet de l'analyse de l'affaire *Oakes*, avec ses renvois importants au droit international ainsi qu'aux articles 15 et 27 de la Charte, est en quelque sorte neutralisée par madame la juge McLachlin qui concède le premier volet pour affirmer, par la suite, que la législation ne survit pas à l'analyse du deuxième volet relatif à la proportionnalité. Or, il nous semble que le droit international, qui par l'interdiction de la propagande haineuse consacre une limitation à la liberté d'expression, est trop important pour être écarté ou neutralisé dans une analyse de l'article premier de la Charte canadienne qui est de création essentiellement jurisprudentielle. Une approche moins rigide et formaliste de l'article premier, où se serait exprimé une volonté de réconcilier les limites au Canada avec les limites reconnues internationalement, sans qu'on se perde dans les technicalités de l'analyse de l'affaire *Oakes*, aurait été plus respectueuse de la liberté d'expression garantie par la Charte canadienne.

Le dernier mot de la trilogie des affaires *Keegstra*, *Andrews* et *Taylor* n'est probablement pas encore écrit. Il est possible qu'une communication soit présentée au Comité des droits de l'Homme aux noms des trois plaignants, alléguant une violation de l'article 19 du Pacte sur les droits civils. C'est une porte qui est maintenant ouverte, vu l'épuisement des recours internes résultant des jugements de la Cour suprême du Canada.

Toutefois les chances de succès au Comité des droits de l'Homme sont plutôt minces. À la différence de la Charte canadienne, le Pacte comprend un article exprès interdisant la propagande haineuse. Une décision rejetant une telle communication participerait à l'affirmation selon laquelle le Canada assure le respect du droit international et que son législateur ne contrevenait pas au droit international en

adoptant des dispositions législatives pour se conformer à l'article 20 du Pacte sur les droits civils.

La trilogie de la Cour suprême du Canada relative à la propagande haineuse est une affirmation importante du rôle du droit international dans l'application de la Charte canadienne. Le tribunal de dernière instance au Canada a ainsi consacré la constitutionnalité des dispositions en question en se fondant largement sur les normes du droit international des droits et libertés et a démontré que ce droit était susceptible d'exécution. Cette trilogie posait de façon ouverte de l'influence respective des modèles américain ou international. Selon la majorité de la Cour, c'est le dernier qui l'emporte, c'est celui-là qui doit nous guider en cas de doute. D'aucuns seront rassurés de savoir que dorénavant la Cour suprême du Canada sera orientée par les interprétations et analyses des droits et libertés élaborées par les membres de comités internationaux, tels le Comité des droits de l'Homme, à l'élection desquels le Canada participe, plutôt que vers celles de neuf juges choisis par le président des États-Unis d'Amérique.

Dans les premières années de l'interprétation de la Charte, le droit international des droits et libertés a été employé en quelque sorte pour inspirer les interprètes de la Charte canadienne. L'argument prépondérant quant à son applicabilité voulait qu'il ait joué un rôle significatif dans la rédaction de la Charte, et qu'il permettait de connaître l'intention du constituant. Les défenseurs les plus farouches du droit international semblaient dire qu'une fois l'interprétation de la Charte canadienne par les tribunaux était arrêtée, les tribunaux mettraient fin à cette utilisation temporaire du droit international dans l'interprétation de la Charte canadienne. Dans la trilogie *Keegstra*, *Andrews* et *Taylor*, la Cour suprême démontre que toutes les possibilités du droit international n'ont pas été épuisées et que le droit international des droits et libertés offre une utilité particulière dans l'analyse de l'article premier de la Charte. Cette utilité ne cessera pas de croître parce que notre système de protection des droits et libertés est dorénavant composé de deux arbres vivants, celui de la Charte canadienne et celui du droit international, qui fleuriront un jardin toujours plus protecteur, il est à espérer, des droits et libertés.