

**LA REGLE DE DROIT
AU SENS DE L'ARTICLE PREMIER
DE LA CHARTE CANADIENNE
DES DROITS ET LIBERTES:
COMMENTAIRES SUR L'AFFAIRE
Slaight Communications Inc. c. Davidson
[1989] 1 R.C.S. 1038***

par Serge GAUDET**

*. Conférence prononcée à la Société de droit administratif du Québec, Hotel Quatre Saisons, le 8 mars 1990.

** . Avocat, Directeur de la recherche, McCarthy Tétrault (Montréal). L'auteur tient à remercier pour ses commentaires et conseils, Me Carole Tremblay.

SOMMAIRE

Introduction	449
I. Deux interprétations possibles de la notion de «règle de droit» de l'article premier de la Charte	455
II. Droit canadien	464
III. Analyse du concept de «règle de droit» dans Slaight	467
Conclusion	469

Introduction

Dans l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson*¹, la Cour suprême du Canada nous donne des indications très précises sur la marche à suivre lorsqu'une ordonnance d'un organisme administratif enfreint un droit ou une liberté protégés par la Charte canadienne des droits et libertés². Par ce bref commentaire, je tenterai de démontrer que, ce faisant, elle adopte une interprétation du concept de «règle de droit» de l'article premier de la Charte³ qui contredit celle préconisée jusqu'alors par la doctrine et les tribunaux canadiens.

Rappelons succinctement les faits pertinents. M. Davidson (ci-après «l'employé») était à l'emploi de *Slaight Communications Inc.* (ci-après «l'employeur») depuis trois ans et demi lorsqu'il fut congédié. Il déposa alors une plainte alléguant avoir été injustement congédié, laquelle fut renvoyée à un arbitre désigné par le ministre du Travail en vertu du Code Canadien du Travail⁴.

En étant arrivé à la conclusion que M. Davidson avait effectivement été congédié sans droit, l'arbitre, en plus de condamner l'employeur à payer à l'employé une indemnité, a ajouté:

«En vertu du pouvoir que me confère l'alinéa c) du paragraphe (9) de l'article 61.5, j'ordonne également ce qui suit:

Que l'employeur remette au plaignant, avec un double à moi-même, une lettre de recommandation attestant:

(1) Que M. Ron Davidson a été engagé par la station Q107 à titre de vendeur de temps d'antenne à la radio, et ce de juin 1980 au 20 janvier 1984;

-
1. [1989] 1 R.C.S. 1039 (ci-après «*Slaight*»).
 2. L.R.C. (1985) Appendice II, no. 44, annexe B, partie I. (ci-après la «Charte»).
 3. «1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.
 1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.» (mes italiques)
 4. L.R.C. (1985), c. L-2.

(2) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1981 s'élevait à 248 000\$ et qu'il a atteint 97,3% de ce même budget;

(3) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1982 se montait à 343 500\$ et qu'il a atteint 100,3% de ce budget;

(4) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1983 était de 402 200\$ et qu'il a atteint 114,2% de ce budget;

(5) Qu'à la suite de son congédiement survenu en janvier 1984, un arbitre (nommé par le ministre du Travail), après avoir entendu les témoignages et les observations des deux parties, a décrété que le congédiement en question avait été injuste.

J'ordonne en outre que toute demande de renseignements par voie de communication épistolaire, téléphonique ou autre faite à la station Q107, à sa direction ou à son personnel par une personne ou compagnie relativement à l'emploi de M. Ron Davidson à ladite station doit donner lieu pour toute réponse à l'envoi d'un double de la lettre de recommandation susmentionnée»⁵.

5. Slight, supra note 1, pp. 1066-67.

Le sous-paragraphe 61.5(9)c) du Code Canadien du Travail, sur lequel s'est fondé l'arbitre pour rendre ces deux ordonnances, se lisait ainsi⁶:

61.5

(9) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (8) that a person has been unjustly dismissed, he may, by order, require the employer who dismissed him to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

61.5

(9) Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur

(a) de payer à cette personne une indemnité ne dépassant pas la somme qui est équivalente au salaire qu'elle aurait normalement gagné si elle n'avait pas été congédiée;

(b) de réintégrer la personne dans son emploi; et

(c) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

(mes italiques)

L'employeur a alors contesté la validité de ces deux ordonnances prétendant 1^o) qu'elles étaient déraisonnables et excédaient la juridiction de l'arbitre et 2^o) qu'elles enfreignaient ses libertés de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garanties par l'article 2b) de la Charte.

En Cour d'appel fédérale⁷, après avoir rejeté la première prétention de l'employeur, les juges Mahoney et Urie furent d'avis que les ordonnances attaquées enfreignaient la liberté d'expression de

6. Il s'agit maintenant du paragraphe 242(4) du Code Canadien du Travail, supra note 4.

7. [1985] 1 C.F. 253.

l'employeur, mais qu'elles le faisaient à l'intérieur de limites qui étaient justifiées aux termes de l'article premier de la Charte. Le juge Marceau, quant à lui, inscrivit sa dissidence. Distinguant l'«ordonnance positive» (fournir la lettre de recommandation) de l'«ordonnance négative» (l'interdiction de répondre autrement à une demande de renseignement que par l'envoi de la lettre de recommandation), il fut d'avis que seule la première était à l'intérieur de la compétence de l'arbitre. L'ordonnance négative, non seulement n'était pas autorisée par la loi, mais de plus, enfreignait la liberté d'expression de l'employeur. Ajoutant qu'à son avis, une ordonnance ne pouvant constituer une «règle de droit» au sens de l'article premier de la Charte, (puisque'il ne s'agit pas d'une règle d'application générale), il en concluait que cet article ne pouvait être invoqué pour sauvegarder l'ordonnance⁸.

Les juges de la Cour suprême se divisèrent aussi. Pour la majorité (le juge en chef Dickson et les juges Wilson, LaForest et L'Heureux-Dubé), les deux ordonnances étaient autorisées et raisonnables au sens du droit administratif. Et, même si ces deux ordonnances portaient effectivement atteinte à la liberté d'expression de l'employeur, elles étaient toute deux sauvegardées par l'article premier de la Charte.

Pour le juge Lamer, dissident en partie, si l'ordonnance négative était déraisonnable au sens du droit administratif (et donc non autorisée par la loi) l'ordonnance positive était raisonnable et autorisée par la loi. Portant toutefois atteinte à la liberté d'expression de l'employeur, il estima que l'ordonnance positive était sauvegardée par application de l'article premier de la Charte.

Enfin, le juge Beetz, dissident, tout en étant d'accord avec l'analyse du juge Lamer en ce qui concerne l'ordonnance négative, estime que l'ordonnance positive ne pouvait être sauvegardée par l'article premier de la Charte car elle revêtait un caractère totalitaire qui ne saurait jamais se justifier dans une société libre et démocratique.

Malgré ces divergences, il n'en demeure pas moins que le jugement de la Cour suprême fut unanime sur le point qui nous

8. Mentionnons qu'il n'est pas clair, à la lecture des motifs du juge Marceau, si l'ordonnance «positive», à son avis, autorisée par la loi, était ou non compatible avec la Charte. En toute logique, si cette ordonnance enfreint elle aussi l'article 2b) de la Charte, elle ne pourrait pas être justifiée aux termes de l'article premier puisqu'elle non plus ne saurait être une «règle de droit» à défaut d'être une norme d'application générale.

interesse ici: la possibilité de soumettre au test de raisonabilité⁹ de l'article premier de la Charte une ordonnance rendue par un organisme administratif.

Le juge Lamer, parlant sur ce point au nom de la Cour, écrit:

«Il me semble utile de décrire la démarche qui doit être effectuée afin de déterminer la validité d'une ordonnance prononcée par un tribunal administratif de la façon suivante.

Il faut tout d'abord garder en vue l'existence de deux principes importants:

- un tribunal administratif ne peut excéder la compétence qui lui est dévolue par la loi; et
- il faut présumer qu'un texte législatif attribuant une discrétion imprécise ne confère pas le pouvoir de violer la Charte à moins que ce pouvoir ne soit expressément conféré ou qu'il le soit par implication nécessaire.

L'application de ces deux principes à l'exercice d'une discrétion nous mène alors à l'une ou l'autre des situations suivantes:

1. L'ordonnance contestée a été rendue en vertu d'un texte qui confère expressément ou par implication nécessaire le pouvoir de porter atteinte à un droit protégé.

9. Je fais ici évidemment référence au test élaboré par la Cour suprême dans l'affaire R. c. Oakes [1986] 1 R.C.S. 103, pp. 138-39.

- Il faut alors soumettre le texte législatif au test énoncé à l'article premier en vérifiant s'il constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.
- 2. Le texte législatif en vertu duquel le tribunal administratif a prononcé l'ordonnance contestée confère une discrétion imprécise et ne prévoit, ni expressément, ni par implication nécessaire, le pouvoir de limiter les droits garantis pas la Charte.
- Il faut alors soumettre l'ordonnance prononcée au test énoncé à l'article premier en vérifiant si elle constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique;
- si elle n'est pas ainsi justifiée le tribunal administratif a nécessairement commis un excès de juridiction;
- si au contraire elle est ainsi justifiée alors le tribunal administratif a agi à l'intérieur de sa juridiction»¹⁰.

Dans ce passage, il faut bien noter que, dans l'hypothèse où le texte ne confère pas, de façon expresse ou implicite, le pouvoir d'enfreindre des droits protégés, si on soumet l'ordonnance et non le texte législatif au test de raisonnabilité de l'article premier c'est parce

10. Slight, supra note 1, p. 1079.

que, à l'évidence, c'est l'ordonnance (et non le texte législatif) qui contient la limitation au droit protégé. Mais cela étant, il faut alors nécessairement que l'ordonnance elle-même soit une «règle de droit» parce que l'article premier de la Charte requiert clairement pour la validité constitutionnelle d'une limitation à un droit ou une liberté protégés que celle-ci soit prescrite par une règle de droit (ou, selon la version anglaise qu'elle soit «prescribed by law»)¹¹.

Or, il n'est pas évident qu'une ordonnance d'un organisme administratif soit une «règle de droit» étant donné, comme l'a justement fait remarquer le juge Marceau en Cour d'appel fédérale, qu'elle ne possède pas le caractère de généralité qui est traditionnellement associé à la notion de règle de droit¹².

Conscient de cette difficulté que pose l'exigence claire de l'article premier de la Charte, le juge Lamer, appliquant aux faits en cause les principes ci-dessus mentionnés, ajoute:

«L'ordonnance enjoignant à l'appelante de remettre à l'intimé une lettre comportant certaines données objectives restreint, selon moi, incontestablement la liberté d'expression de l'appelante.

Cette restriction provient toutefois d'une règle de droit et, de ce fait, peut être justifiée aux termes de l'article premier. L'arbitre tire en effet tous ses pouvoirs de la loi et il ne peut faire plus que ce que la loi lui permet. C'est la disposition législative attributrice de discrétion qui restreint le droit ou la liberté puisque c'est elle qui autorise le détenteur de ladite discrétion à rendre une ordonnance ayant pour effet

11. cf. Supra, note 3.

12. Voir infra, p. 459 et seq.

d'apporter des limites aux droits et libertés énoncés dans la Charte. L'ordonnance prononcée par l'arbitre n'est que l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par la loi»¹³.
(mes italiques)

Cette construction est fragile. Premièrement, en se contentant que la limitation provienne d'une règle de droit, et en n'exigeant pas qu'elle soit prescrite par la règle de droit, le Cour suprême n'a-t-elle pas diminué grandement la portée des termes de l'article premier? Mais, surtout, ce qui me frappe, c'est son caractère artificiel et même contradictoire: d'un côté, il faut conclure que c'est l'ordonnance qui restreint le droit protégé, puisque c'est elle que l'on soumet au test de raisonabilité de l'article premier; mais, d'un autre côté, confronté à la difficulté tenant au fait qu'une telle ordonnance ne semble pas être une «règle de droit» tel que le requiert l'article premier, l'on déclare que c'est la disposition législative qui, en définitive, restreint le droit protégé puisque c'est elle qui autorise l'ordonnance.

L'arrêt Slight invite donc à réfléchir sur la notion de «règle de droit» que l'on retrouve à l'article premier de la Charte. Cette notion implique-t-elle une norme légale d'application générale, comme le pense le juge Marceau, ou simplement une norme légale, comme l'a décidé la majorité des juges de la Cour Fédérale et tous ceux de la Cour suprême?

I. Deux interprétations possibles de la notion de «règle de droit» de l'article premier de la Charte

Tenter de cerner la notion de «règle de droit» n'est certes pas facile. Comme l'a écrit C. Larroumet:

«C'est un des problèmes les plus controversés de la théorie générale du droit et, le plus souvent à juste raison, on a nié que la plupart des caractères traditionnellement reconnus à la règle de droit puissent permettre de la définir»¹⁴.

13. Slight, supra note 1, pp. 1079-80.

14. C. Larroumet *Droit civil: introduction à l'étude du droit privé*, Paris, ed. Economica, 1984, no. 15, p. 14. Voir également la discussion qui suit aux nos. 16-57, pp. 15-32.

Toutefois, notre tâche est nettement moins ambitieuse et, partant, moins ardue. Il ne s'agit pas de définir le concept de «règle de droit» dans l'abstrait mais seulement de déterminer le sens qu'a cette expression à l'article premier de la Charte. Le fait qu'il s'agisse d'un texte constitutionnel dont l'objectif est de protéger des droits et des libertés jugés fondamentaux et, de façon plus précise, d'un texte qui fixe les conditions de validité des limitations que l'on peut apporter à ces droits et libertés devraient nous guider.

Ceci étant dit, il me semble que deux interprétations du concept de «règle de droit» que l'on trouve à l'article premier sont plausibles. La première, que j'appellerai l'interprétation légaliste est beaucoup moins exigeante que la seconde, que je nommerai l'interprétation formelle.

Pour bien expliquer la différence entre ces deux interprétations possibles de la «règle de droit», il me semble opportun de faire une mise au point au niveau du vocabulaire. Dans les pages qui suivent, j'emploierai le terme «norme» dans son sens le plus neutre et le plus général possible. Une norme sera donc définie comme étant un modèle de conduite. Ainsi, toute norme prescrira donc à un individu ou à un ensemble d'individus donné un comportement à adopter, un comportement souhaité par celui ou ceux qui ont édicté la norme.

Notons que la norme ainsi définie devient un instrument de mesure d'une action humaine donnée: en comparant l'action posée à celle prescrite (i.e. à la norme), on est à même de juger si l'action posée correspond (est conforme) à la norme ou si, au contraire, elle la contredit. C'est Kelsen, dans sa *Théorie Pure du Droit*, qui a le mieux décrit le caractère intrinsèque de mesure, d'étalon de la norme:

«Lorsqu'une norme prescrit une certaine conduite, la conduite effective peut soit correspondre à la norme, soit y contredire. Elle correspond à la norme, elle y est conforme, lorsqu'elle est telle qu'elle doit être selon cette norme; elle contredit à la norme lorsqu'elle n'est pas telle qu'elle doit être selon cette norme, c'est-à-dire lorsqu'elle est le contraire d'une conduite conforme à la norme. L'affirmation qu'une conduite effective est telle qu'elle doit être d'après une norme objectivement valable est un

jugement de valeur, plus précisément
un jugement de valeur positif.

(...)

La norme considérée comme
objectivement valable joue le rôle
d'étalon de valeur pour les conduites
effectives»¹⁵.

Ce qu'il faut noter c'est la généralité et la neutralité de la notion de norme ainsi entendue. Neutre, car il suffit qu'un comportement soit prescrit pour que la norme-étalon naisse, sans qu'il soit besoin de se demander si la prescription qu'impose la norme est «bonne ou mauvaise», «juste ou injuste». Du seul fait de la prescription nous avons un modèle, une mesure et donc, une norme. Générale, car peu importe la source (normes morales, éthiques, légales, contractuelles), la forme (normes écrites, implicites, orales) ou la portée de la prescription, si elle indique un comportement à adopter elle est une norme¹⁶. Ainsi, et c'est ici le point le plus important, en ce qui a trait à la portée de la norme, l'on peut fort bien avoir une norme qui soit d'application générale (norme générale) ou une norme qui ne vise qu'une situation particulière (norme individuelle). «Ouvrez-moi cette porte!» est donc une norme au même titre que «Nul ne doit, par son acte fautif, causer préjudice à autrui»¹⁷.

La notion de norme étant ainsi définie très largement, revenons à l'interprétation de la «règle de droit» de l'article premier de la Charte. Nous venons de voir que les normes peuvent avoir des sources très variées: la religion, la morale, l'éthique, la société, l'Etat, etc... Or, il est évident que la notion de «règle de droit» ne peut concerner, parmi toutes les normes possibles que les seules normes juridiques, c'est-à-dire les prescriptions de comportement qui procèderont du droit.

15. H. Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2^{ème} éd., trad. par Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 23. Voir également P. Amssek «Norme et loi» in *Archives de la Philosophie du droit*, t.25, 1980, p. 89 et seq.

16. Evidemment, cela ne préjuge en rien de ce qu'elle soit une norme «bonne», «juste» ou «efficace» ou qu'elle sera suivie par ceux à qui elle s'adresse.

17. Cette précision quant au vocabulaire est essentielle étant donné que très souvent, les juristes attribuent un sens plus restreint à la notion de «norme» en exigeant qu'elle soit une prescription d'application générale. Par exemple, P. Jestaz écrit: «La notion de norme ou de règle implique le double caractère d'obligation et de généralité. Celle de norme individuelle subit donc, comme son nom l'indique, une amputation de moitié qui fait douter de sa viabilité» «Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts» 1979 R.T.D.C. 480, à la p.485 (notes omises).

L'interprétation légaliste de la «règle de droit» est celle qui ramène celle-ci à la notion de norme juridique. Je l'appelle donc l'interprétation «légaliste» parce qu'elle suppose nécessairement que dès qu'une prescription tire sa force et sa légitimité du système légal d'une juridiction donnée, elle est automatiquement une «règle de droit»¹⁸.

Donc, en fonction de l'interprétation légaliste, non seulement les lois et les règlements seront considérés être des «règles de droit» mais aussi les jugements, les ordonnances, les stipulations contractuelles car ceux-ci prescrivent également, à l'intérieur du monde juridique, des comportements à adopter. L'on voit ainsi que, pour un partisan de l'interprétation légaliste, l'opposition traditionnelle entre la «règle» et l'application de la règle à un cas particulier est fautive tout comme l'opposition entre «création du droit» et «application du droit» était fautive pour Kelsen:

«L'application [du droit] est en même temps création du droit. Contrairement à ce qu'admet la théorie traditionnelle, ces deux notions ne représentent pas une antithèse absolue; il n'est pas juste de distinguer et opposer des actes créateurs de droit et applicateurs de droit. Car,... tout acte juridique est à la fois application d'une norme supérieure et création, réglée par cette norme, d'une norme inférieure.

(...) la création des normes juridiques générales par la législation et par la coutume a lieu en application de la Constitution; puis, en application de ces normes générales a lieu la création des normes individuelles par des décisions juridictionnelles et des décisions administratives»¹⁹.

18. Notons que la version anglaise de l'article premier de la Charte peut se concilier assez bien avec l'interprétation légaliste. En effet, de toute prescription qui tire sa force et sa légitimité du système légal, l'on peut aisément dire qu'elle est «prescribed by law».

19. Théorie Pure du Droit, supra note 15, pp. 315-16.

Si dans le passage ci-dessus, l'on remplace le problème de savoir quelles sont les «sources du droit» (problème auquel s'attaquait Kelsen) par celui de savoir ce que sont les «règles de droit», on a l'exacte vision de l'interprétation legaliste: sera une règle de droit, toute norme qui tire sa validité du droit, donc toute norme juridique; tout comme pour Kelsen était une source du droit toute norme qui tirait sa validité du droit, donc toute norme juridique.

Cela étant, il devient évident que les tenants de l'interprétation legaliste de la notion de «règle de droit» voudront définir celle-ci comme étant une norme qui, parce qu'elle a été édicté en conformité du système juridique, est obligatoire, c'est à dire qu'elle est sanctionnée par le droit. Et ce, peu importe, si elle est une norme générale (loi, règlement) ou individuelle (jugement, décision, stipulation conventionnelle).

Ainsi, pour C. Larroumet, la règle de droit est une «règle de conduite [i.e. une norme] obligatoire»²⁰ et il n'a aucune hésitation à décider que les stipulations contractuelles sont des règles de droit²¹. On retrouve également chez J. Bentham cette tendance à partager cette notion très large de la «règle de droit»:

«A law may be defined as an assembly of signs declarative of a volition conceived or adopted by the Sovereign in a State, concerning the conduct to be observed in a certain case by a certain person or class of persons»²².

Toutefois, la majorité des auteurs récusent cette façon de voir et optent pour une interprétation beaucoup plus restreinte du concept de «règle de droit». Ils le font en ajoutant une condition: pour qu'une norme soit une règle de droit, il faut non seulement qu'elle soit juridique, il faut aussi qu'elle soit d'application générale. En fait, plutôt que d'appuyer seulement sur l'aspect «droit» de la «règle de droit», ces auteurs insistent aussi sur la notion de «règle». Ainsi, J.-L. Aubert écrit:

«La règle de droit... concerne chacun et ne désigne personne en particulier;

20. C. Larroumet, *supra* note 14, no. 45 et 46, p. 28.

21. *Ibid.*, no. 25, p. 18.

22. The limits of Jurisprudence defined, Columbia U.P., 1945, p. 88.

elle a un caractère général et impersonnel. (...) Cela ne peut surprendre: ce caractère est en effet dans la nature de la notion même de règle, c'est à dire de toute prescription, qui prétend s'appliquer à un groupe d'individus. Une prétendue règle, qui ne viserait qu'une personne déterminée, ne serait rien d'autre, en réalité, qu'une décision»²³.

De même, H.L.A. Hart, s'appuyant sur Austin, écrit:

«the laws of any country will be the general orders backed by threats which are issued either by the sovereign or subordinate in obedience to the sovereign»²⁴.

(mes italiques)

C'est cette idée que la «règle de droit» est une norme d'application générale qui fait dire à la plupart des théoriciens du droit que seules les lois et les règlements sont des règles de droit (ou encore des sources de droit) à l'exclusion des normes individuelles que sont le jugement²⁵, la décision, la stipulation contractuelle. Bref, pour cette école, la distinction entre la «règle» (norme abstraite, impersonnelle et générale) et son application concrète dans un cas particulier prend tout son sens²⁶. Comme l'écrit Carbonnier:

-
23. Introduction en droit, éd. A. Colin, 1987, Paris, no. 8, pp. 11-12.
 24. The Concept of Law, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 18.
 25. Je parle évidemment du jugement en ce qu'il crée une norme individuelle et non du problème des précédents judiciaires. En effet, si une juridiction donnée accepte que les jugements lient les tribunaux pour l'avenir, alors il y a là création d'une norme générale.
 26. Pour n'en citer que quelques uns qui exigent de la règle de droit qu'elle soit d'application générale, voir: G. Marty et P. Raynaud, Introduction générale à l'étude du droit, Paris, 1972, no. 123, pp. 226-30; J.-L. Aubert, supra note 23, no. 8, p. 12; H.L.A. Hart, supra note 24, p. 18; J. Austin, The Province of Jurisprudence determined, 1832, lecture I; J. Carbonnier, Droit Civil, Introduction, P.U.F., p. 21 et seq; P. Jestaz, supra note 17, p. 485. Voir également les auteurs cités par E.-L. Bach dans son étude dans le Répertoire de droit civil Dalloz, Paris, sous le vocable «Jurisprudence» aux nos. 28 et seq.

«De même que le droit s'incarne pour le peuple dans le législateur et dans le juge (Moïse et Salomon, Solon et Minos), il se manifeste, aux yeux du juriste, dans deux phénomènes: la règle de droit et le jugement. Ce sont deux phénomènes primaires, irréductibles l'un à l'autre»²⁷.

De ceux-là qui, pour qualifier une norme juridique de «règle de droit», exigeront en plus qu'elle soit d'application générale (i.e. une norme impersonnelle et abstraite ayant un certain caractère de permanence), je dirai qu'ils ont une interprétation formelle de la «règle de droit». «Formelle» parce qu'ils s'intéressent à la forme de la norme juridique pour décider s'il s'agit ou non d'une «règle de droit».

Mais pourquoi est-il important qu'une norme juridique soit d'application générale et abstraite pour être qualifiée de «règle de droit»? A mon avis, au-delà du fait, souligné à juste titre par J.-L. Aubert qu'une «règle» est nécessairement une norme d'application générale²⁸, cette exigence tient surtout au grand attachement de la tradition juridique occidentale pour la notion de «rule of law».

En effet, dans notre tradition juridique et politique, la loi s'oppose aux souhaits et ordres capricieux et arbitraires du tyran. Pour un juriste occidental, qu'il soit de tradition civiliste ou de common law, un régime étatique quelconque est soit «juridique», soit «tyrannique». La loi remplit donc le rôle de chien de garde: elle empêche le citoyen d'être soumis aux souhaits capricieux du tyran en le soumettant sous son propre joug²⁹. C'est cette idée qui a été si merveilleusement encapsulée par les théoriciens de la Révolution américaine: «A Government of laws, not of men»³⁰.

27. Supra note 26, p. 21.

28. Supra, p. 460.

29. Comme William Pitt le disait fort judicieusement, «Where laws end, tyranny begins.» cf. J. Bartlett, *Familiar Quotations*, ed. Little, Brown and Co, Boston, 1948, p. 230. Pour une discussion de cette idée, voir R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t.III, P.U.L., 1986, pp. 40-59; R. Dussault, *Traité de droit administratif*, t.II, P.U.L., 1974, pp. 1089-1099.

30. Cette expression, si souvent associée à la notion de «rule of law», provient de l'article XXX de la Constitution du Massachussets de 1780:

«In the government of this Commonwealth, the legislature department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the

Mais pourquoi préférer le joug de la loi à celui du tyran? Essentiellement parce que la loi étant généralement «prescrite à l'avance», la norme légale préexiste à son application, d'où découle la prévisibilité de l'application de la loi et donc la possibilité pour le citoyen 1) de prévoir les conséquences de ses gestes et 2) de vérifier si ceux chargés de l'application des lois n'usurpent pas leurs pouvoirs. Il s'ensuit que, pour que le «rule of law» remplisse cette mission, il faut évidemment que le citoyen soit en mesure de vérifier, le plus exactement possible, la portée des normes juridiques³¹. Or, il ne peut le faire que si les normes sont fixées à l'avance et non pas décidées au fur et à mesure que les situations se présentent: la norme ne sera donc «règle de droit» que si, en plus d'être obligatoire, elle est d'application générale, donc formulée en termes impersonnels et abstraits.

Cela étant, il s'ensuit également que la norme doit être, en plus d'être rédigée en termes impersonnels et abstraits, raisonnablement accessible et suffisamment précise pour que le citoyen puisse être en mesure de savoir, avec une précision suffisante, quelle est l'étendue et la portée exacte de ses droits et de ses obligations³².

L'on voit ainsi que, s'il justifie sa prise de position par le «rule of law», celui qui a une interprétation formelle de la «règle de droit» va s'intéresser tout autant à l'accessibilité et la précision raisonnable de la norme qu'au fait qu'elle soit d'application générale. L'interprétation formelle est donc en même temps une interprétation fonctionnelle car elle permet qu'une des fonctions de la «rule of law» soit remplie.

legislative and the executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men.» (mes italiques)

Toutefois, sa célébrité tient plutôt au fait que c'est cette expression qu'a utilisé la Cour Suprême américaine dans une de ses plus importantes décisions, l'affaire *Marbury c. Madison* Dist. Col., 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 où elle a établi son pouvoir et son rôle d'interprète suprême de la Constitution et son autorité de vérifier la conformité des lois à celle-ci et, partant, établissant le principe de la primauté du droit aux Etats-Unis.

31. «The 'rule of law' is a highly textured expression, importing many things which are beyond the need to explore, but conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority» (mes soulignés) Renvoi: Résolution pour modifier la constitution [1981] 1 S.C.R. 753, à la page 805.

32. Une remarque s'impose ici. Je ne suis pas en train de dire que la loi ne peut pas être rédigée en termes généraux qui nécessitent une bonne part d'interprétation. De par le fait même qu'elle doit être générale et donc couvrir de nombreuses situations, la loi doit être flexible et donc, affectée d'une nécessaire imprécision. Le «rule of law» ne s'oppose pas à l'adoption de normes juridiques souples, il s'oppose plutôt au fait que la loi ne soit pas, au minimum, un guide pour le citoyen. Voir H. et L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Tome I, vol. I, no. 13, p. 27.

Face à ces deux interprétations possibles du concept de «règle de droit» de l'article premier de la Charte, laquelle doit-on choisir³³? Jusqu'à l'affaire *Slaight*, la réponse des tribunaux canadiens et de la doctrine était claire: on optait pour l'interprétation formelle.

II. Droit canadien

En effet, malgré le fait que les premiers auteurs à se prononcer sur la question ont eu tendance à favoriser une approche légaliste³⁴, les tribunaux ont rapidement et majoritairement opté pour une interprétation formelle du concept et la doctrine majoritaire les a suivis³⁵.

33. J'insiste sur le fait que c'est le sens de «règle de droit» de l'article premier qui pose une difficulté. Même si on retrouve la même expression à l'article 52 de la Charte, il faut comprendre que cet article doit se lire avec l'art. 32 qui soumet les actes émanant de l'Etat à la Charte. Aussi, il est nécessaire, à mon avis, d'adopter une interprétation légaliste de ce concept à l'article 52. C'est à dire qu'il faut considérer que la Charte s'applique à l'ordonnance car celle-ci tire son autorité de la loi. Cette question est toutefois fort différente de celle qui nous occupe, et qui consiste à savoir, si cette ordonnance, soumise à la Charte, peut constituer une limite qui soit raisonnable au sens de l'article premier. Ainsi, je suis tout à fait d'accord avec le professeur Gibson lorsqu'il écrit:

«When deciding whether these and other questionable types of norms constitute "law" by which Charter rights may be restricted, courts might be invited to give the term the same meaning in that context as in section 52(1) of the Constitution Act, 1982, which requires "law" to conform to the Constitution. This would be unwise. While the language of sections I and 52 is identical in this respect, in both the English and French texts, the purposes of the two provisions are dissimilar - antithetical indeed. Whereas the aim of section 52(1) is to ensure that the supreme law of the Constitution, including the Charter, prevails over all inconsistent legal provisions, the goal of section I is to provide immunity from the Charter's requirements in a few special circumstances. It would be entirely consistent with these differing purposes to find, therefore, that a secret order-in-council, or an administrative custom, are "laws" in the sense that they must comply with Charter requirements in accordance with section 52(1), but not in the sense of creating reasonable limits to Charter fights under section I.» (mes italiques)

The law of the Charter, Carswell, 1986, p. 153.

34. T.J. Christian «The limitation of liberties: a consideration of Section 1 of the Charter of rights and freedoms» 1982 U.B.C.L. Rev., Charter ed. 105, à la p. 110 et N. Finkelstein «Section 1: The standard for assessing restrictive government actions and the Charter's Code of Procedure and evidence» 9 Quenn's L.J. 143, à la p. 161.

35. D. Gibson, supra note 33, pp. 153-55; P. Hogg «Section one of the Canadian Charter of rights and freedoms» in The limitations of human rights in comparative constitutional law, 1986, pp. 11 et seq.; D. McDonald, Legal rights in the Canadian Charter of rights and freedoms, 2nd ed., 1989, pp. 64 et seq.

Ainsi, dès 1983, dans l'affaire *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*³⁶, les juges Holland, Boland et Linden du Ontario High Court ont discuté du sens à donner à l'expression «prescribed by law» de l'art. 1 de la Charte. Une loi ontarienne qui conférait à un comité de censure la discrétion de censurer tout film devant être présenté en Ontario était attaquée comme contrevenant à la liberté d'expression garantie par la Charte.

Après avoir déterminé qu'effectivement la loi enfreignait la liberté d'expression, la Cour s'est demandée si elle pouvait être sauvegardée par l'article premier. Adoptant sans conteste l'interprétation formelle, les juges écrivirent:

«The Charter requires reasonable limits that are prescribed by law; it is not enough to authorize a board to censor or prohibit the exhibition of any film which it disapproves. That kind of authority is not legal for it depends on the discretion of an administrative tribunal. However dedicated, competent and well-meaning the board may be, that kind of regulation cannot be considered as "law". It is accepted that law cannot be vague, undefined, and totally discretionary, it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on the freedom of expression cannot be left to the whim of an official; such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law»³⁷.

Ce jugement fut confirmé par la Cour d'Appel d'Ontario³⁸ qui affirma être en accord avec les motifs des juges de première instance. Les juges ajoutèrent de plus que puisque la loi ne créait aucune limite, raisonnable ou non, on ne pouvait dire que la loi entrerait dans le cadre de l'expression «subject only to such reasonable limits prescribed by law»³⁹.

36. 147 D.L.R. (3d) 58.

37. *Ibid.*, p. 67.

38. 5 D.L.R. (4th) 766.

39. *Ibid.*, p. 767.

L'interprétation formelle a de plus été suivie dans *Re Luscher*⁴⁰, où les juges Thurlow, Mahoney et Hugessen de la Cour d'appel fédérale ont décidé qu'une loi interdisant l'importation de matériel «obscène ou immoral», sans autres critères, était trop vague et imprécise pour constituer «a reasonable limit prescribed by law». Le juge Kerans de la Cour d'Appel d'Alberta, mentionne lui aussi, dans les affaires *Black c. Law Society of Alberta*⁴¹ et *Edmonton Journal c. A.-G. of Alberta*⁴² qu'une limite est «prescribed by law» uniquement dans la mesure où cette limite est raisonnablement précise («clear and ascertainable»).

La Cour suprême s'est, elle aussi, prononcée sur cette question. Dans *R c. Therens*⁴³, le juge Le Dain donna la définition de ce qu'il entendait par une «règle de droit»:

«Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'article 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi découler de l'application d'une règle de common law».

Ce qu'il faut noter de ce passage, c'est le souci évident du juge Le Dain que la norme soit accessible pour le citoyen. Il s'agit donc, bel et bien, d'une interprétation formelle de la notion de «règle de droit».

De même, dans l'affaire *R c. Thomsen*⁴⁴, le juge Le Dain a réitéré sa définition de «règle de droit» et les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Wilson et la Forest l'ont approuvée.

Enfin, récemment, dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. P.G. du Québec*⁴⁵, les juges Dickson, Lamer et Wilson, après avoir répété le critère du juge Le Dain ajoutent, en obiter,:

40. 17 D.L.R. (4th) 503.

41. 27 D.L.R. (4th) 527, à la p. 559, conf. par [1989] 1 R.C.S. 591.

42. [1987] 5 W.W.R. 385, à la p. 399, rev. par la Cour suprême, le 21 décembre 1989, J.E. 90-47.

43. [1985] 1 R.C.S. 613, p. 645.

44. [1988] 1 R.C.S. 640, p. 650.

45. [1989] 1 R.C.S. 927.

«L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite par une règle de droit»⁴⁶.

(mes italiques)

J'en conclus donc que jusqu'à l'affaire *Slaight*, les tribunaux canadiens, incluant la Cour suprême, avaient opté pour une conception formelle de la règle de droit, i.e. qu'une norme juridique ne peut être une «règle de droit» au sens de l'article premier de la Charte que si elle est générale, accessible au citoyen et suffisamment précise pour qu'il puisse, avec l'aide professionnelle adéquate, connaître ses droits et obligations.

III. Analyse du concept de «règle de droit» dans *Slaight*

Rendue une dizaine de jours après l'affaire *Irwin Toys*, la décision dans *Slaight* est surprenante. En effet, dans *Slaight*, tous les juges (i.e. Dickson, Wilson, LaForest, L'Heureux-Dubé, Beetz et Lamer) adoptent à l'évidence une interprétation légaliste de la notion de «règle de droit».

En effet, comme on l'a vu, pour la Cour suprême, si on peut soumettre l'ordonnance au test de raisonabilité de l'article premier, c'est parce que la restriction est «prescribed by law» car elle est autorisée par la loi⁴⁷. Le fait que l'ordonnance n'est pas une norme d'application générale mais uniquement une décision dans une espèce particulière et que le citoyen ne pouvait évidemment pas connaître à l'avance la limitation qu'allait comporter l'ordonnance, et donc qu'elle n'était pas accessible, ne semble pas eu avoir d'importance.

De plus, il faut noter que selon la Cour suprême, l'ordonnance peut être soumise au test de raisonabilité car elle «provient d'une règle

46. Ibid., p. 983.

47. Voir supra, p. 455.

de droit»⁴⁸, i.e. qu'elle est «autorisée» par une règle de droit, ou encore qu'elle tire sa validité et son autorité d'une règle de droit. Mais si on applique le critère des affaires *Thomsen et Irwin Toys*, il n'est pas évident que le texte législatif qui attribue une discrétion «imprécise» soit lui-même une «règle de droit» en raison même de la discrétion large qu'il peut conférer. Cela étant, il n'est pas évident que l'ordonnance provient d'une «règle de droit» au sens de l'article premier.

Compte tenu donc des principes énoncés par la Cour suprême dans les affaires *Therens*, *Thomsen et Irwin Toys*, le résultat dans *Slaight* est assez étonnant. Surtout, qu'à mon avis, il ne contredit pas seulement la notion de «règle de droit» énoncé dans ces arrêts mais également ce que j'appellerai l'esprit de l'arrêt *Oakes*⁴⁹.

En effet, dans l'affaire *Oakes*, la Cour suprême a élaboré un test de raisonabilité pour l'article premier relativement sévère. Cela est fort logique: la structure de la Charte fait en sorte que le respect des droits fondamentaux est le principe et leurs restrictions, l'exception. Cela étant, il faut, en toute logique, interpréter avec sévérité les critères en fonction desquels une limite apportée à ces droits est jugée être valide. De là découle la sévérité du test de raisonabilité. Mais puisqu'il faut aussi qu'une limite, pour être valide, soit prescrite par une règle de droit, il faudrait également, pour être cohérent, être exigeant en ce qui concerne la notion de «règle de droit», et ce, pour exactement les mêmes raisons. Pourtant, la Cour, dans *Slaight*, a adopté l'interprétation légaliste du concept, de loin le moins exigeant.

De plus, il faut comprendre que si on suit le raisonnement de la Cour Suprême, il faut nécessairement présumer que la Législature, en conférant une discrétion imprécise, a entendu conférer le pouvoir de violer les droits fondamentaux à l'intérieur de limites raisonnables⁵⁰. Donc, si j'ai raison de dire que la restriction des droits protégés est l'exception, et leur protection le principe, il nous faut conclure que le raisonnement adopté dans *Slaight* nous force, en quelque sorte, à présumer l'exception plutôt que le principe.

De plus, tel que vu précédemment, il me semble clair que l'interprétation formelle est plus compatible avec la «rule of law» qui

48. Ibidem.

49. Supra, note 9.

50. En effet, puisque si l'ordonnance est raisonnable au sens de l'article premier, alors l'arbitre a agi nécessairement à l'intérieur de sa juridiction. Supra, p. 454.

est un concept fondamental de notre droit et qui, à juste titre, est mentionné dans le préambule de la Charte⁵¹.

Finalement, les règles d'interprétation usuelles des textes bilingues exigent que l'interprétation la plus conciliable avec les deux versions soit privilégiée. Or, si le texte anglais de l'article premier («prescribed by law») est relativement neutre, c'est à dire qu'il peut se concilier assez facilement avec une interprétation légaliste ou formelle, le texte français, lui, en employant le vocable «règle» renvoie directement à l'interprétation formelle.

Résumons-nous. J'ai tenté de montrer que le raisonnement de la Cour suprême dans l'affaire *Slaight* est artificiel, voire même contradictoire, que l'interprétation du concept de «règle de droit» s'accorde mal avec la notion traditionnelle que l'on s'en fait, notion adoptée ailleurs, par les tribunaux canadiens, incluant la Cour suprême elle-même. Enfin, que le raisonnement adopté par la Cour élève en principe plutôt qu'en exception les restrictions raisonnables aux droits fondamentaux, ce qui se concilie plutôt mal avec les principes d'interprétation généraux de la Charte énoncés par la Cour suprême elle-même dans plusieurs arrêts⁵².

Conclusion

Que penser donc, de l'affaire *Slaight*? Il est évident que la Cour suprême était aux prises avec un problème très épineux. Dans le fond, deux possibilités s'offraient à la Cour, et chacune comportait des désavantages importants.

La première possibilité, la plus solide juridiquement, consistait à refuser de voir en une limitation édictée par une ordonnance d'un organisme administratif une restriction «prescrite par une règle de droit». En plus de sa cohérence avec la tradition et les décisions des tribunaux canadiens, incluant celles de la Cour suprême, cette solution avait l'avantage de faire en sorte que le Parlement aurait eu à prendre des décisions politiques pour conférer à son Administration le pouvoir

-
51. D'ailleurs, il n'est pas inutile de mentionner que, se basant sur le «rule of law», la Cour Européenne des droits de l'homme, en 1979, dans l'affaire *Sunday Times c. U.K.* 2 E.H.R.R. 245, (à la p. 271) a abandonné l'interprétation légaliste de l'expression «prescribed by law» pour la remplacer par une interprétation formelle. Voir les commentaires de B. Hovius «The limitation clauses of the European convention of Human rights: A guide for the application of Section 1 of the Charter?» 17 *Ottawa L.R.* 213.
52. *Hunter c. Southam Inc.* [1984] 2 R.C.S. 145; *P.G. du Manitoba c. Metropolitan Stores Ltd.* [1987] 1 R.C.S. 110.

de restreindre les droits protégés. Ce faisant, un débat public quant à l'opportunité de le faire pourrait avoir lieu, replaçant dans un forum plus approprié ce genre de décisions. Toutefois, cette alternative avait la fâcheuse conséquence de porter atteinte sérieusement à l'efficacité de l'appareil administratif. En effet, cette solution aurait signifié qu'un organisme administratif n'eût pas été habilité à restreindre, même raisonnablement, un droit ou une liberté protégés, à moins qu'une disposition législative n'énonce expressément (ou par implication nécessaire) son pouvoir de rendre une telle ordonnance. Or, de l'avis de plusieurs, l'Administration doit 1°) disposer d'importants pouvoirs discrétionnaires pour remplir adéquatement son rôle et 2°) doit pouvoir restreindre raisonnablement les droits et libertés qui, on le sait, s'ils ne sont pas limités d'une quelconque façon, peuvent rapidement paralyser toute intervention étatique, même éminemment souhaitable.

La seconde solution, celle adoptée par la Cour suprême, est boîteuse juridiquement et risque de vider de tout contenu la notion de «règle de droit» de l'article premier. Mais, par ailleurs, elle avait l'avantage de sauvegarder la discrétion administrative et d'éviter au législateur d'avoir à tout prévoir, tâche impossible et dont l'impossibilité a justement provoqué l'apparition, puis la prolifération, des compétences et pouvoirs des organismes administratifs.

Bref, le raisonnement peu convaincant de la Cour l'est justement parce qu'il tente de camoufler juridiquement une décision politique en faveur de la discrétion administrative.

C'est cela que nous devons retenir de cet arrêt et non les principes juridiques qu'il énonce, en ce qui concerne la notion de «règle de droit» de l'article premier. Slight confirme donc la pensée de Lord Campbell: «Hard Cases, it is said, make bad law»⁵³.

53. Ex parte Lang, (1854) 3 W.R. 19.