

L'activité judiciaire en droit constitutionnel en 2007¹

Yves Tanguay *

1. Le partage des compétences
 2. Les libertés fondamentales
 3. La justice fondamentale
 4. Les droits linguistiques
-

1. Le partage des compétences

A - *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Banques — Exclusivité des compétences — Loi sur les banques fédérale autorisant les banques à faire la promotion de certains types d'assurance — Législation de l'Alberta relative à l'assurance visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance — La législation provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable à la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15), 92(13).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Banques — Prépondérance fédérale — Loi sur les banques fédérale autorisant les banques à faire la promotion de certains types d'assurance — Législation de l'Alberta relative à l'assurance visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance — La législation provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard de la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15), 92(13).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Portée.

Appel d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, 2005 ABCA 12 qui a maintenu une décision de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta rejetant l'application des doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale à l'encontre d'une loi provinciale de l'Alberta relative à l'assurance visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance. Le pourvoi est rejeté et la Cour suprême confirme les jugements de la Cour d'appel de l'Alberta et de la Cour

¹ Cette chronique n'est pas exhaustive.

* Étudiant à la maîtrise en droit constitutionnel à la Faculté de droit de l'Université Laval.

du Banc de la Reine de l'Alberta. Les deux questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative.

En 1991, les modifications apportées à la *Loi sur les banques* ont permis aux banques de se lancer dans la promotion de certains types d'assurances, une activité dont elles avaient depuis toujours été exclues. En l'an 2000, l'Alberta a apporté à son *Insurance Act* des modifications visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance. Dès l'entrée en vigueur de cette loi, les banques appelantes ont sollicité un jugement déclarant que la promotion qu'elles font de certains produits d'assurance autorisée par la *Loi sur les banques* entre dans la catégorie des opérations des « banques » énoncée au par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que l'*Insurance Act* et ses règlements d'application sont constitutionnellement inapplicables à la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences, ou subsidiairement, qu'ils sont inopérants en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale.

Les banques affirment que, en tant qu'entreprises fédérales, elles sont « soustraites » à la réglementation provinciale en matière d'assurance qui vise de façon générale l'institution de pratiques commerciales équitables et la protection des consommateurs dans la province tout en reconnaissant que depuis très longtemps, la réglementation de l'assurance est généralement considérée comme faisant partie de « la propriété et les droits civils dans la province », une matière qui relève de la compétence provinciale aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon la thèse des appelantes, lorsque les banques font la promotion d'assurance liée au crédit, elles se livrent à des opérations bancaires et non au commerce d'assurance. Comme l'a affirmé le procureur général du Canada dans sa plaidoirie, il s'agit de savoir « si les produits d'assurance crédit autorisés constituent eux-mêmes un élément vital et essentiel du crédit au point de s'adjoindre à celui-ci au cœur des opérations bancaires ». Subsidiairement, advenant que la législation provinciale soit applicable à la promotion d'assurance par les banques, ces dernières émettent l'opinion que les dispositions législatives de la *Loi sur les banques* sont complètes et prépondérantes sur celles édictées par la province et qu'en conséquence, les dispositions provinciales sont inopérantes. La Cour suprême doit donc se prononcer sur deux questions : la législation provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable à la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences? Et, la législation provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard de la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales?

Pour répondre à la première question, les juges Binnie et LeBel, au nom de la majorité, établissent clairement que la résolution d'une affaire mettant en cause la validité constitutionnelle d'une législation eu égard au partage des compétences doit toujours commencer par une analyse du « caractère véritable » de la législation contestée. Ainsi, il appert de cet examen que l'*Insurance Act* de l'Alberta est une loi valide et que son « caractère véritable » se rapporte à la propriété et aux droits civils dans la province. Selon les faits en présence, il incombait aux appelantes, voulant soulever la doctrine de l'exclusivité des compétences, d'établir que l'assurance crédit fait partie du contenu

minimum élémentaire et irréductible de la compétence sur les banques. En l'espèce, les arguments des appelantes n'ont pas été retenus par la Cour. De plus, ces dernières ont échoué à démontrer qu'en faisant la promotion d'assurance facultative, elles se livrent à une activité vitale ou essentielle de l'entreprise bancaire. De ce fait, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne peut être appliquée et la première question reçoit une réponse négative.

Pour que la doctrine de la prépondérance fédérale s'applique, il faut qu'il y ait soit une incompatibilité d'application, de sorte que l'observance d'une loi entraîne l'inobservance de l'autre, soit que la loi provinciale entrave l'objectif du législateur fédéral. En l'occurrence, il n'y a aucun conflit d'application entre les dispositions de l'*Insurance Act* de l'Alberta et de la *Loi sur les banques*. De plus, le respect de la loi provinciale n'entrave pas la réalisation de l'objectif fédéral, mais le favorise. En conséquence, la doctrine de la prépondérance fédérale ne trouve ici aucune application et la réponse à la deuxième question est négative. Pour ces raisons, la Cour rejette le pourvoi et confirme les jugements des instances inférieures.

B – Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc., [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Propriété publique — Exclusivité des compétences — Société cherchant à construire une installation intégrée de déchargement des navires et de centrale à béton sur des terrains portuaires appartenant à une entreprise fédérale — Le règlement de zonage et d'aménagement municipal est-il inapplicable? — L'exclusivité des compétences s'applique-t-elle à tous les biens dont le gouvernement fédéral a la maîtrise? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(1A).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Navigation et bâtiments ou navires — Exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Société cherchant à construire une installation intégrée de déchargement des navires et de centrale à béton sur des terrains portuaires appartenant à une entreprise fédérale — Le règlement de zonage et d'aménagement municipal est-il inapplicable du fait de la compétence du Parlement sur « la navigation et les bâtiments ou navires »? — La compétence en matière d'utilisation des sols que s'attribue l'entreprise fédérale fait-elle intervenir l'exclusivité des compétences? — A-t-il été satisfait aux exigences de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Exclusivité des compétences — Portée.

Appel d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 263, 2004 BCCA 104 infirmant une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique déclarant que l'Administration portuaire de Vancouver « APV », une entreprise fédérale constituée en vertu de la *Loi maritime du Canada* de 1998,

n'avait pas compétence pour approuver un projet d'installation intégrée de déchargement des navires et de centrale à béton sur un terrain situé sur le front de mer, appartenant à l'APV et soumis au règlement de zonage et d'aménagement de la ville. La Cour d'appel a renversé la décision et a conclu que les terrains de l'APV étaient une « propriété publique » au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et a déclaré que la réglementation municipale ne s'appliquait pas aux installations projetées. Le pourvoi est rejeté et la Cour suprême maintient la décision de la Cour d'appel sous des motifs différents, déclarant les terrains comme n'étant pas de « propriété publique » et appliquant la doctrine de la prépondérance fédérale pour rendre inopérante la réglementation municipale au projet d'installation.

Lafarge Canada Inc. souhaitait construire une installation intégrée de déchargement des navires et de centrale à béton sur un terrain situé sur le front de mer et appartenant à l'APV, projet ayant eu l'approbation de principe de la ville de Vancouver et de l'APV suite à certaines modifications issues de négociations entre les parties. Le présent pourvoi tire son origine d'une requête présentée en 2002 par un groupe de contribuables à la Cour suprême de la Colombie-Britannique et plaidant que la ville avait refusé d'exercer sa compétence à l'égard des terrains et qu'elle aurait dû insister pour que Lafarge obtienne un permis d'aménagement municipal. L'APV a répondu qu'aucun permis municipal n'était nécessaire parce que ses terrains bénéficiaient de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences, s'agissant d'une « propriété publique » fédérale au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou parce que la gestion de ces terrains est essentielle à « l'entreprise fédérale » de l'APV relevant de la compétence fédérale en matière de « navigation et bâtiments ou navires » prévue au par. 91(10). Subsidièrement, l'APV a plaidé qu'il existait un conflit d'application qui devait, conformément à la doctrine de la prépondérance fédérale, être résolu en faveur de la compétence fédérale. Le juge en chef de la Cour suprême formule donc deux questions : le règlement de zonage et d'aménagement de la ville de Vancouver est-il constitutionnellement inapplicable à la propriété détenue par l'APV du fait que la Propriété est une « propriété publique » au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Et, le règlement de zonage et d'aménagement de la ville de Vancouver est-il constitutionnellement inapplicable au projet d'aménagement sur la Propriété du fait que le Parlement a l'autorité législative sur « la navigation et les bâtiments ou navires » aux termes du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Pour répondre à la première question, les juges Binnie et Lebel, au nom de la majorité, rappellent que la propriété fédérale des terres ne crée pas une enclave soustraite à l'application de toutes les lois provinciales, mais qu'en contrepartie, le droit provincial ne peut nuire à l'exercice d'un « élément essentiel » des droits de propriété du gouvernement fédéral. Ils confirment par la suite que le paragraphe 91(1A) crée une immunité fondée sur un intérêt propriétaire, à savoir qu'en l'absence d'une relation de mandataire, la « propriété publique » doit comprendre un élément de propriété fédérale afin de bénéficier de l'immunité constitutionnelle à l'égard des règlements provinciaux relatifs à l'utilisation des sols, l'exclusivité des compétences ne s'étendant pas à tous les biens dont le gouvernement fédéral a la maîtrise. Dans le cas des terrains destinés à l'aménagement du projet Lafarge et qui sont décrits en annexe de la *Loi maritime du Canada*, ces

derniers ne sont pas détenus au nom de l'État, ni par l'APV en sa qualité de mandataire de l'État. L'APV ne se confond pas non plus avec l'État. Par conséquent, la Cour rejette la conclusion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la première question reçoit une réponse négative.

Afin de répondre à la deuxième question, la première étape de la Cour consiste à préciser le « caractère véritable » des législations concernées. Ayant clairement établi que le Parlement du Canada et la législature de la Colombie-Britannique ont tous deux valablement exercé leurs pouvoirs législatifs, dont découlent les pouvoirs décisionnels et réglementaires de l'APV et de la ville de Vancouver, la Cour est appelée à trancher la question de leur applicabilité. Suivant la jurisprudence antérieure, la Cour affirme qu'il existe une compétence fédérale relativement à des matières « intégrées étroitement » au domaine de la navigation et des bâtiments ou navires. Ainsi, les mesures de contrôle de l'utilisation des sols prévues par la *Loi maritime du Canada* vont au-delà des biens de l'État afin d'englober des utilisations « étroitement intégrées » au domaine de la navigation et des bâtiments ou navires. En l'espèce, le projet Lafarge est « étroitement intégré », considéré comme une installation intégrant des services de transport et de malaxage dans laquelle le transport maritime constitue un aspect dominant. Cependant, bien que les normes fédérales couvrent le projet Lafarge, la compétence que s'attribue l'APV, quoique valide, ne fait pas intervenir la doctrine de l'exclusivité des compétences, puisque l'autorisation de construction d'une centrale à béton sur des terrains portuaires, étant possédés et loués pour diverses activités par l'APV et n'étant pas une enclave fédérale, ne relève pas des fonctions essentielles ou vitales de l'APV et ne relève certainement pas du contenu essentiel du par. 91(10).

Ayant ainsi écarté la doctrine de l'exclusivité des compétences pour trancher la question de l'applicabilité, la majorité se questionne ensuite à savoir si les exigences de la doctrine de la prépondérance sont respectées. Comme il a été précédemment établi que la loi fédérale, tout comme la loi provinciale, sont valides et applicables en l'espèce, la partie soulevant la doctrine de la prépondérance doit démontrer qu'il existe une impossibilité d'application simultanée des deux lois en raison d'un conflit d'application, l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre, ou que l'application de la loi provinciale entrave la réalisation de l'objet du texte législatif fédéral. En l'occurrence, la Cour conclut à l'existence d'un tel conflit d'application puisque le dossier confirme la présence de zones de conflit pour ce qui est de la limite de hauteur de l'installation ainsi que des normes relatives au bruit et à la pollution. De plus, elle ajoute que l'application des normes municipales entraverait la réalisation de l'objectif fédéral en privant l'APV de son pouvoir de décision définitive sur la mise en œuvre du projet Lafarge, projet suffisamment intégré au transport maritime relativement à des matières qui relèvent de la compétence législative du Parlement. Compte tenu que les conditions préalables à l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale sont respectées, la deuxième question reçoit une réponse positive et la Cour rejette le pourvoi des contribuables.

C – Observations et commentaires

À noter que la traduction française de ces deux décisions emploie l'expression « doctrine de l'exclusivité des compétences » pour désigner la « doctrine of interjurisdictional immunity » utilisée dans la version anglaise.

Les motifs des arrêts *Banque canadienne de l'Ouest* et *Lafarge* ayant été déposés simultanément, il apparaît opportun, pour fin d'analyse, d'observer conjointement les deux décisions puisqu'elles abordent sensiblement les mêmes questions constitutionnelles et que les juges s'y réfèrent réciproquement. Notons au passage que les motifs du juge Bastarache ont été omis des présents résumés puisque ces derniers sont concordants avec les conclusions de la majorité, se différenciant principalement quant à l'analyse de la doctrine de l'exclusivité des compétences, doctrine jugée plus opportune par ce dernier pour rejeter le pourvoi dans l'arrêt *Lafarge* que la doctrine de la prépondérance fédérale, bien que souscrivant tout de même aux motifs de la majorité à cet égard.

Les décisions rendues dans *Banque canadienne de l'Ouest* et *Lafarge* ne sont pas sans soulever différents questionnements quand à l'évolution de la structure fédérative du pays. Résumer succinctement les diverses interrogations de nature constitutionnelle émanant de l'analyse des deux dernières décisions de la Cour suprême en matière de partage des compétences peut s'avérer un exercice de gymnastique intellectuelle assez périlleux, mais reste qu'il semble envisageable de pouvoir cerner la problématique sous une forme interrogative articulée en deux volet : (1) est-ce que la vision « coopérative » du fédéralisme adoptée de la Cour suprême peut se concilier avec la doctrine de la prépondérance fédérale et (2) est-ce que la doctrine de l'exclusivité des compétences, ou doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, conserve toujours une certaine valeur en matière d'interprétation constitutionnelle?

Dans les deux arrêts traités ici, la Cour suprême articule son analyse des doctrines constitutionnelles eu égard au principe du fédéralisme et elle met l'accent sur la nature « coopérative » du fédéralisme canadien. Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour énonce que l'un des objectifs principaux du fédéralisme canadien est de « favoriser la coopération des différents gouvernements et législatures dans la recherche du bien commun » (par.22). Elle ajoute également que « ces doctrines doivent aussi viser à concilier la diversité légitime des expérimentations régionales avec le besoin d'unité nationale. Elles doivent enfin reconnaître que, concrètement, le maintien de l'équilibre des compétences relève avant tout des gouvernements, et doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un « fédéralisme coopératif » » (par.24). On peut également y lire que « la Constitution fournit un cadre de vie et d'action politique à l'intérieur d'un État fédéral, dans lequel les tribunaux ont légitimement observé l'importance que présente la coopération des acteurs gouvernementaux pour la souplesse du fonctionnement du fédéralisme » (par.42).

Hâtivement, certains pourraient être tentés de répondre au premier volet de l'interrogation en affirmant qu'on ne peut concilier la doctrine de la prépondérance fédérale avec un fédéralisme coopératif étant donné qu'il est de la nature même de cette doctrine d'empêcher les chevauchements de lois en faisant primer l'intention du Parlement fédéral sur toutes autres dispositions provinciales valides mais incompatibles. En conséquence, il

ne peut y avoir de coopération si le Parlement, un de ses mandataires ou une entreprise fédérale peut s'approprier le pouvoir décisionnel sur certaines matières qui, au surplus, pourraient revêtir un double aspect. De plus, l'application de la prépondérance fédérale en raison d'un conflit entre deux lois par ailleurs valides et applicables coupe l'herbe sous le pied à tout processus pouvant être mis en place pour arriver à une certaine synchronisation des législations ou des intérêts en jeu qui cadre mieux avec la définition même de ce que l'on entend par « coopératisme ». Dans cette optique, certains pourraient dire à l'inverse qu'il est de l'essence même d'un fédéralisme souple et coopératif que soient établies des structures permettant la conciliation des différentes politiques afin d'obtenir une meilleure efficacité gouvernementale passant par l'harmonisation législative. La doctrine de la prépondérance fédérale peut jouer ici un rôle d'incitatif à la création de telles structures puisque pour éviter la paralysie législative inhérente aux effets de cette doctrine sur les lois provinciales, les provinces pourraient être tentées d'aménager de façon conjointe un champ législatif afin que la loi provinciale puisse produire ses pleins effets. Toutefois, cette dernière vision semble négliger la complexité législative inhérente à un régime fédératif et omet d'envisager les conséquences que peut avoir une telle harmonisation sur les manifestations des particularismes législatifs provinciaux.

Dans l'arrêt *Lafarge*, la conception souple et « coopérative » du fédéralisme canadien préconisée par la Cour suprême prend un sens plus concret dans la qualification des faits en l'espèce et de la relation entre la ville de Vancouver et l'APV concernant le projet Lafarge. En 1994, l'APV a adopté le Port Land Use Management Plan « Port 2010 » prévoyant que les municipalités adjacentes étaient considérées comme des parties intéressées et que l'APV devrait collaborer avec celles-ci et les collectivités afin d'établir des plans d'utilisation des sols compatibles qui assurent la viabilité des activités du front de mer. La réglementation municipale comporte également plusieurs dispositions concernant la collaboration de différents acteurs quant à l'aménagement du front de mer et certaines touchant spécifiquement la collaboration avec l'APV. Les faits démontrent clairement que la ville et l'APV ont collaboré ensemble pour l'approbation du projet Lafarge et qu'il n'existait aucun conflit entre eux : « En l'espèce, l'APV et la ville ont établi un cadre de collaboration. Même si les contribuables s'opposaient au projet Lafarge, celui-ci respectait l'utilisation des sols envisagée par les deux ordres de gouvernement dans leurs documents de planification respectifs » (par.87). De plus, la Cour mentionne que « la prospérité d'un port au XXI^e siècle passe par une collaboration fédérale-provinciale. Les tribunaux ne devraient pas s'efforcer de trouver des moyens d'entraver cette collaboration, mais plutôt tenter de l'encourager lorsqu'elle existe, dans la mesure où les règles établies par la Constitution demeurent respectées » (par.86). La Cour constate également l'inexistence de conflit entre l'APV et la ville lorsqu'elle mentionne que « si l'APV et la ville ne s'entendent pas, les tribunaux devront évidemment résoudre le différend. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce » (par.90).

Si l'on revient au premier volet de notre interrogation initiale, à savoir si la vision « coopérative » du fédéralisme adoptée de la Cour suprême peut se concilier avec la doctrine de la prépondérance fédérale, il semble que l'arrêt *Lafarge* nous offre un bel exemple de coopération fédérale-provinciale. Considérant le commentaire de la majorité

à l'effet que « les tribunaux ne devraient pas s'efforcer de trouver des moyens d'entraver cette collaboration », il apparaît questionnable que la Cour ait utilisé le puissant outil de la prépondérance fédérale pour un conflit d'application de lois sans grande conséquence et ayant trait à la hauteur d'un édifice industriel dans un pourvoi issu d'une requête d'un tiers parti, le groupe de contribuables, et mettant en cause deux acteurs gouvernementaux coopérants et n'étant nullement en conflit. De plus, conformément à l'intention de l'objectif législatif fédéral que l'APV ait le pouvoir de décision définitive sur la mise en œuvre du projet Lafarge, il est à se demander si la compagnie n'a pas elle-même entravé cet objectif en donnant son approbation « sous réserve de certaines exigences supplémentaires, notamment du règlement satisfaisant de la question de la contestation engagée par les contribuables au sujet de la compétence sur le contrôle de l'utilisation des sols » (par.19). On peut peut-être comprendre que la Cour envisageait un éventuel conflit entre la ville et l'APV autour du projet Lafarge, conflit qu'elle a voulu empêcher en appliquant la doctrine de la prépondérance fédérale. Reste, cependant, qu'une telle application de la doctrine dans des circonstances si peu conflictuelles soulève des inquiétudes quant à l'éventuelle facilité à conclure à son application, surtout depuis que la Cour considère qu'il est possible de passer à l'examen de la prépondérance fédérale immédiatement après l'analyse du « caractère véritable », c'est-à-dire sans se poser la question de l'applicabilité, situation qui nous amène donc à passer au deuxième volet de notre interrogation.

Les deux arrêts soulèvent également la question à savoir si la doctrine de l'exclusivité des compétences conserve toujours une certaine valeur en matière d'interprétation constitutionnelle. Bien que le libellé de la Constitution en matière de partage des compétences énonce clairement qu'il s'agit de domaines exclusifs de compétence, il est tout de même inévitable que surviennent certains chevauchements. La méthode d'analyse habituellement préconisée par la Cour en matière de partage des compétences comporte normalement trois étapes successives. On doit tout d'abord chercher le « caractère véritable » des lois en cause pour en déterminer la validité. Si ces dernières sont valides, on passe à l'examen de l'applicabilité, où intervient ici la doctrine de l'exclusivité des compétences, ou doctrine de l'immunité interjuridictionnelle. Finalement, si les lois sont valides et applicables, on se questionne subséquemment sur l'opérabilité de celles-ci, la doctrine de la prépondérance fédérale pouvant ainsi clore l'analyse en faveur de la législation fédérale.

Or, l'analyse de la majorité dans *Banque canadienne de l'Ouest* et *Lafarge* remet en question ce procédé. Dans la première décision, s'appuyant sur l'arrêt *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, la majorité affirme que « nous ne croyons pas qu'il convienne de toujours commencer l'analyse en examinant d'abord la doctrine de l'exclusivité des compétences » (par.77). Elle ajoute ensuite que « si une affaire peut être décidée en appliquant l'analyse du caractère véritable, et la doctrine de la prépondérance fédérale au besoin, il sera préférable d'emprunter cette voie » et qu'« en définitive, si en théorie l'examen de l'exclusivité des compétences peut être entrepris une fois achevée l'analyse du caractère véritable, en pratique, l'absence de décisions antérieures préconisant son application à l'objet du litige justifiera en général le tribunal de passer directement à l'examen de la prépondérance fédérale » (par.77). C'est sur cette

analyse de la démarche méthodologique préconisée par la majorité que le juge Bastarache est dissident, ce dernier considérant qu'il faut suivre l'ordre des trois étapes ci haut mentionnées. Il semble tout à fait logique de se questionner dans un premier temps sur la validité d'une loi et d'ensuite examiner son applicabilité avant de juger si elle reste opérante dans son ensemble ou non. Comme le mentionne le juge Bastarache, « il est impossible de conclure qu'une loi fédérale a prépondérance sur une loi provinciale, ou que la loi provinciale est inopérante, si la loi provinciale ne s'applique même pas à la matière fédérale en question » (par.113). Il faut également remarquer que la nouvelle approche de la majorité n'est pas sans générer son lot de confusion. Ce qui était traditionnellement accepté en matière constitutionnelle, à savoir que la doctrine de l'exclusivité constitue un mécanisme touchant à l'application d'une loi tandis que la doctrine de la prépondérance fédérale est restreinte à l'opérabilité, ne semble plus aussi évident. Dans les deux arrêts, la majorité traite de la doctrine de la prépondérance comme un moyen de rendre une loi provinciale « inapplicable »...

Au changement d'orientation qu'opère la Cour quant à la démarche analytique à adopter s'additionne un revirement quant à la mesure de l'empiètement nécessaire pour entraîner l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences. L'état du droit sur cette question était exposé dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 de cette façon : « Pour que joue la règle de l'inapplicabilité, il suffit que la sujétion de l'entreprise à la loi provinciale ait pour effet d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière ». Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, la majorité renverse l'arrêt *Bell* sur ce point et revient à l'état du droit antérieur à cette décision. Désormais, « c'est lorsque l'effet préjudiciable d'une loi adoptée par un ordre de gouvernement s'intensifie en passant de « toucher » à « entraver » (sans nécessairement « stériliser » ou « paralyser ») que le « contenu essentiel » de la compétence de l'autre ordre de gouvernement (ou l'élément vital ou essentiel d'une entreprise établie par lui) est menacé, et pas avant » (par.48). Le juge Bastarache, pour sa part, tente d'établir un critère mitoyen flou qui porte plus à confusion qu'il n'aide à clarifier le type d'empiètement nécessaire. En outre, il faut constater que la majorité adopte une vision très restrictive des cas d'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences, cette dernière « devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence », ce qui signifie « qu'elle ne sera principalement destinée qu'aux chefs de compétence qui concernent les choses, personnes ou entreprises fédérales, ou encore qu'aux cas où son application a déjà été jugée absolument nécessaire pour permettre au Parlement ou à une législature provinciale de réaliser l'objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée, selon ce qui ressort du partage constitutionnel des compétences dans son ensemble, ou qu'à ce qui est absolument nécessaire pour permettre à une entreprise d'accomplir son mandat dans ce qui constitue justement sa spécificité fédérale (ou provinciale) » (par.77).

Il faut noter ici que la grande majorité des arrêts où se posait la question de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences portent sur les effets d'une législation provinciale à l'endroit d'une compétence ou entreprise fédérale. Se pose alors la question à savoir si les compétences ou entreprises provinciales peuvent bénéficier de la protection

de l'exclusivité des compétences? À première vue, les probabilités semblent minces, ce que la majorité reconnaît en affirmant que « même si en principe la doctrine est applicable à tous les chefs de compétence législative fédérale ou provinciale, la jurisprudence nous enseigne que les chefs de compétence législative qui confèrent au Parlement la compétence sur certains ouvrages ou certaines choses, personnes ou entreprise se révèlent plus propices à son application » (par.67). En outre, bien que le critère de « l'entrave » permette à une législation provinciale d'étendre ses effets sur les compétences ou entreprises fédérales, ce dont on peut se réjouir du point de vue de l'autonomie provinciale, il reste que si les compétences ou entreprises provinciales pouvaient bénéficier de la protection de cette doctrine, l'on ne pourrait empêcher une législation fédérale d'en *toucher* les aspects les plus vitaux, alors que les compétences ou entreprises provinciales ne bénéficient pas d'une règle de prépondérance en cas de conflit de lois (à l'exception de la compétence en matière de pensions de vieillesse – art. 94A de la *Loi constitutionnelle de 1867*).

En conclusion, les arrêts *Banque canadienne de l'Ouest* et *Lafarge* et les revirements jurisprudentiels qu'ils effectuent ne sont pas sans créer certaines interrogations ou inquiétudes à propos de l'orientation privilégiée par la Cour suprême en matière d'interprétation constitutionnelle. L'application de la doctrine de la prépondérance fédérale pour trancher le litige dans l'arrêt *Lafarge* semble aller en contradiction avec la vision « coopérative » du fédéralisme canadien préconisée par la Cour puisqu'elle vient saper la collaboration déjà en place entre les différents acteurs impliqués dans le projet *Lafarge*. Nous pouvons, à juste titre, nous demander si la relation qu'entretient la Cour avec le fédéralisme n'est pas plus idyllique que féale et si elle ne sert pas en bout de ligne à légitimer les empiètements à l'avantage du pouvoir fédéral. Bien que l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* permette désormais à une législation provinciale d'étendre ses effets aux choses, personnes ou entreprises fédérales, le changement opéré quant à la démarche analytique et la restriction apportée à l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences nous porte à croire que cette dernière ne semble plus conserver une très grande valeur en matière d'interprétation. Bref, le fait de détruire les compartiments étanches du navire ne le rend pas nécessairement mieux manoeuvrable.

2. Libertés fondamentales

A - *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] CSC 27

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Loi sur l'amélioration de la prestation des services de santé et des services sociaux qu'un gouvernement provincial a adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé — Loi visant les conditions d'emploi des travailleurs de la santé — La liberté d'association garantie par la Constitution comprend-elle le droit procédural de négociation collective? — Dans l'affirmative, la loi porte-t-elle atteinte au droit de négocier collectivement? — Cette atteinte est-elle

justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, partie 2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — travailleurs de la santé — Loi sur l'amélioration de la prestation des services de santé et des services sociaux qu'un gouvernement provincial a adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé — Loi visant les conditions d'emploi des travailleurs de la santé — Les effets de la loi sur les travailleurs de la santé constituent-ils de la discrimination selon l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, partie 2.

Appel d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2004), 30 B.C.L.R. (4th) 219, 2004 BCCA 377 confirmant un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique rejetant une contestation de constitutionnalité de la Partie 2 de la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, une loi de la Colombie-Britannique, au motif que cette dernière ne porte pas atteinte à la liberté d'association prévue à l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisqu'en vertu de l'interprétation jurisprudentielle de la Cour suprême du Canada, la liberté d'association ne couvre pas le droit à la négociation collective. La partie contestée de la Loi ne va également pas à l'encontre de l'article 15 de la *Charte*. Le pourvoi est accueilli en partie et la Cour suprême déclare certaines dispositions de la Partie 2 de la Loi inconstitutionnelles puisqu'elles entravent le droit à la négociation collective qui est protégé par l'alinéa 2d) de la *Charte* et maintient la conclusion des tribunaux inférieurs quant à l'absence de violation de l'article 15 de la *Charte*.

Par suite des difficultés qui pèsent sur le système de santé de la Colombie-Britannique, le gouvernement a adopté, en 2002, la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*. La partie 2 de la Loi modifie les droits liés aux transferts et affectations dans différents lieux de travail (art. 4-5), la sous-traitance (art. 6), le statut des employés contractuels (art. 6), les programmes de sécurité d'emploi (art. 7-8), les droits de mise en disponibilité et de supplantation (art. 9). Elle accorde aux employeurs du secteur de la santé une plus grande latitude et permet, dans certains cas, de procéder d'une manière que les conventions collectives existantes n'auraient pas autorisée. Elle a également invalidé d'importantes dispositions des conventions collectives alors en vigueur et a effectivement interdit toute véritable négociation collective sur certaines questions. De plus, l'article 10 invalide toute partie d'une convention collective, présente ou future, incompatible avec la partie 2, et toute convention collective visant à modifier ces restrictions. Les appelants, qui sont des syndicats et des membres des syndicats, contestent la constitutionnalité de la partie 2 de la Loi au motif qu'elle porte atteinte à la liberté d'association et aux droits à l'égalité garantis par la *Charte*.

La juge de première instance a rejeté l'argument fondé sur la liberté d'association au motif que la négociation collective ne constitue pas une activité que la Cour suprême du Canada considère comme visée par l'alinéa 2d) de la *Charte*. Elle a affirmé que la jurisprudence de la Cour suprême indique de façon constante et claire que la capacité de négocier collectivement n'est pas une activité protégée par la *Charte*. Elle a également

conclu à l'absence de violation de l'article 15. La Cour d'appel a maintenu cette décision, tout en reconnaissant que la jurisprudence de la Cour suprême, particulièrement *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, laissait des ouvertures à une reconnaissance d'un droit à la négociation collective dans des affaires ultérieures, mais qu'il appartenait à la Cour suprême du Canada, et non aux tribunaux d'instance inférieure, de sanctionner une telle reconnaissance d'un droit à la négociation collective en vertu de l'al. 2d) de la *Charte*. La Cour suprême est donc appelée à se demander si la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* protège le droit de négociation collective. Si tel est le cas, la Cour doit se pencher sur la question de savoir si la Loi porte atteinte au droit à la négociation collective et, dans l'affirmative, si l'atteinte est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Comme la Cour maintient l'absence de violation de l'article 15 de la *Charte*, seule les questions relatives à l'alinéa 2d) sont ici abordées.

Tout d'abord, la majorité débute son analyse par un réexamen des motifs d'exclusion du droit à la négociation collective de la sphère de protection de la liberté d'association prévue à l'alinéa 2d) de la *Charte*. S'appuyant sur *Dunmore*, elle affirme que les motifs appuyant l'exclusion de la négociation collective dans les arrêts antérieurs de la Cour ne valent plus et qu'ils ne résistent pas à un examen fondé sur les principes pertinents. Pour ces raisons, ces arrêts doivent être écartés. Reprenant son analyse en tenant compte de l'histoire de la négociation collective au Canada, de la négociation collective dans le contexte international relatif à la liberté d'association et des valeurs reconnues par la *Charte*, la majorité tire comme conclusion de son analyse que l'alinéa 2d) devrait être interprété comme ayant pour effet de protéger le droit d'employés de s'associer en vue d'atteindre des objectifs relatifs au milieu de travail par un processus de négociation collective. Cela signifie que les employés ont le droit de s'unir, de présenter collectivement des demandes à leurs employeurs et de participer à des discussions en vue d'atteindre des objectifs liés au milieu de travail. De ce fait, la liberté d'association ne protège pas tous les aspects de l'activité associative liée à la négociation, mais seulement certaines garanties procédurales. De plus, s'appuyant sur *Dunmore*, la majorité affirme que l'aspect protégé de la négociation collective n'est protégé qu'à l'encontre d'entraves substantielles à l'activité associative. En conséquence, ainsi défini, le droit de négociation collective demeure un droit à portée restreinte.

Pour déterminer si une mesure gouvernementale affectant le processus de négociation collective constitue une atteinte substantielle, la majorité développe un examen en deux volets. Premièrement, il faut déterminer l'importance que les aspects touchés revêtent pour le processus de négociation collective et, plus particulièrement, la mesure dans laquelle la capacité des syndiqués d'agir d'une seule voix en vue de réaliser des objectifs communs est compromise. À ce stade de l'interrogation, il convient essentiellement de déterminer si l'objet d'une négociation collective particulière est d'importance telle que l'ingérence dans la négociation de cette question nuirait à la capacité des syndicats de poursuivre collectivement des objectifs communs. Si tel est le cas, il faut poursuivre l'examen en se demandant si les dispositions législatives empiètent sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menées de bonne foi. Pour ainsi être en présence d'une atteinte substantielle, il faut que les deux volets de l'examen reçoivent une réponse

positive. Toutefois, avant de conclure à l'invalidité, il faut que les restrictions imposées ne puissent satisfaire l'examen de l'article 1^{er} de la *Charte*, à savoir qu'elles ne constituent pas des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Conséquemment, une interférence dans le processus de négociation collective sera permise si l'on peut démontrer la présence de situations mettant en cause des services essentiels ou des aspects vitaux de l'administration des affaires de l'État, ou dans le cas d'une impasse manifeste ou d'une crise nationale.

En appliquant ce raisonnement aux dispositions de la partie 2 de la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, la majorité conclut que les articles 4, 5 et 9 et les paragraphes 6(2) et (4), appliqués conjointement avec l'art. 10, constituent une ingérence dans le processus de négociation collective, soit en mettant de côté les processus de négociation collective antérieurs, soit en compromettant à l'avance l'intégrité des futurs processus de négociation collective sur ce sujet, ou les deux à la fois. Cependant, seuls les paragraphes 6(2) et (4) et l'article 9 de la Loi revêtent une importance capitale pour les syndicats à l'égard de leur capacité de négocier collectivement. De plus, ces dispositions constituent pratiquement une négation du droit garanti par l'al. 2d) à un processus de consultation et de négociation mené de bonne foi. En conséquence, ces dispositions constituent des atteintes substantielles au droit à un processus de négociation collective et portent donc atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*. Le gouvernement de la Colombie-Britannique n'a pas établi que la Loi ne portait qu'une atteinte minimale au droit de négociation collective reconnu aux employés par l'al. 2d). De ce fait, la Cour suprême accueille le pourvoi en partie et déclare que les paragraphes 6(2) et (4) et l'article 9 de la Loi sont inconstitutionnels.

B - R. c. Bryan, [2007] 1 R.C.S. 527, 2007 CSC 12

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Élections fédérales — Transmission prématurée des résultats — Législation sur les élections fédérales interdisant la diffusion de résultats électoraux dans les circonscriptions dont les bureaux de scrutin sont encore ouverts — L'interdiction temporaire de publier des résultats électoraux porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 329.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limite raisonnable — Caractère suffisant de la preuve présentée par le gouvernement pour justifier l'atteinte à un droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.

Appel d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 2005 BCCA 285 qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique annulant une déclaration de culpabilité à l'endroit de Bryan en contravention de l'article 329 de la *Loi électorale du Canada* en déclarant inconstitutionnelle la disposition sous motif qu'elle porte atteinte à la liberté d'expression protégée par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a

conclu que l'art. 329 constitue une limite justifiée à la liberté d'expression et a rétabli la déclaration de culpabilité. La Cour suprême rejette le pourvoi et maintient le verdict de la Cour d'appel.

L'article 329 de la *Loi électorale du Canada* interdit la diffusion de résultats électoraux dans les circonscriptions dont les bureaux de scrutin sont encore ouverts. Lors des élections fédérales de 2000, Bryan a transmis les résultats électoraux pour les 32 circonscriptions du Canada atlantique en les affichant sur un site Web, alors que des bureaux de scrutin restaient ouverts dans d'autres régions du Canada. Il a été accusé d'avoir enfreint l'article 329 de la Loi. La Cour suprême doit ainsi se prononcer sur la question à savoir si l'article 329 constitue une atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte* qui peut être justifiée selon l'article premier. Une mince majorité a conclu que l'atteinte est justifiée. Les juges Bastarache et Fish, dans des opinions séparées, ont conclu que les justifications apportées par le gouvernement remplissent les critères du test de *Oakes*. Les juges Deschamps, Charron et Rothstein adhèrent aux deux opinions, estimant leurs motifs complémentaires. Sous la plume de la juge Abella, les quatre autres juges sont dissidents.

Le premier volet du test de *Oakes* consiste à se demander si la disposition contestée poursuit un objectif réel et urgent. En l'espèce, le gouvernement a établi que le fait de veiller à l'égalité informationnelle et de promouvoir la confiance du public envers le système électoral constitue un objectif réel et urgent, ce qui ne fut contredit par aucun juge. Le présent arrêt ne porte donc que sur le deuxième volet de l'analyse de la justification sous l'article premier de la *Charte*, soit le critère de la proportionnalité. L'analyse de la proportionnalité soulève trois questions visant à déterminer (1) s'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi et la restriction adoptée, (2) si la restriction porte atteinte de façon raisonnablement minimale au droit en cause et (3) s'il y a proportionnalité entre l'effet bénéfique de la restriction quant à l'atteinte de l'objectif et ses effets préjudiciables sur le droit touché. La Cour répond positivement aux deux premières questions, à savoir que l'article 329 est rationnellement lié à l'objectif poursuivi et que la restriction qu'elle impose constitue une atteinte raisonnablement minimale à la liberté d'expression. Toutefois, l'analyse de la troisième question entraîne des raisonnements et des résultats différents.

La différence d'approche entre la majorité et les juges dissidents a trait à l'importance de l'objectif visé par l'article 329 face aux conséquences reliées à la limitation d'un aspect fondamental de la liberté d'expression, soit l'expression politique. La divergence concerne donc le degré de preuve requis du gouvernement pour justifier l'atteinte et démontrer la nature du préjudice qu'il entend prévenir. Le juge Bastarache souligne que la preuve des effets bénéfiques ne commande pas une norme de preuve plus élevée que celle des effets préjudiciables. Accordant une importance particulière à l'objectif déclaré et s'appuyant sur l'analyse contextuelle et sur l'attitude de déférence observées dans la jurisprudence antérieure en la matière, notamment dans *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827 et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, le juge conclut ainsi que les effets bénéfiques de l'article 329 l'emportent sur ses effets préjudiciables. Tout en étant d'accord avec les

motifs du juge Bastarache et fondant son raisonnement sur les mêmes arrêts, le juge Fish appuie ses motifs sur des preuves relevant des sciences sociales, tels un rapport d'étude, un sondage et un témoin expert. Il tire de son analyse les mêmes conclusions que le Juge Bastarache, que le gouvernement s'est acquitté de son fardeau de preuve. La juge Abella, dans une analyse beaucoup plus critique, considère que la preuve présentée en l'espèce par le gouvernement n'apporte pas la « démonstration raisonnée » exigée pour justifier le degré d'atteinte porté au droit à la liberté d'expression, que la preuve est hypothétique, non concluante et largement non fondée et que la limitation d'une expression politique fondamentale cause un préjudice profond. Par conséquent, elle juge que les effets préjudiciables de l'interdiction dépassent de loin ses effets bénéfiques. Appuyée d'une faible majorité, la Cour rejette le pourvoi et confirme la décision de la Cour d'appel à l'effet que la restriction apportée à la liberté d'expression par l'article 329 de la Loi est justifiable sous l'article premier de la *Charte*.

C - *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54

Contrats — Validité — Violation — Entente comportant un aspect religieux — Refus de l'époux d'accorder à l'épouse le divorce religieux juif après le divorce civil malgré son engagement à l'accorder — Action en dommages-intérêts contre l'époux pour violation de l'entente — La question est-elle justiciable? — Les conditions pour que l'entente soit valide et exécutoire en droit québécois sont-elles respectées? — L'époux peut-il invoquer la liberté de religion pour se soustraire aux conséquences juridiques de son refus de se conformer à l'entente? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1373, 1385, 1412, 1413 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. ch. C-12, art. 3, 9.1.

Droits de la personne — Liberté de conscience et de religion — Entente comportant un aspect religieux — Divorce religieux juif ou « get » — Refus de l'époux d'accorder à l'épouse le divorce religieux juif après le divorce civil malgré son engagement à l'accorder — Action en dommages-intérêts contre l'époux pour violation de contrat — L'époux peut-il se soustraire à l'obligation de payer des dommages-intérêts pour sa violation du contrat en invoquant la liberté de religion? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. ch. C-12, art. 3, 9.1.

Appel d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec [2005] R.J.Q. 2482 qui a infirmé une décision de la Cour supérieure du Québec accordant une réclamation en dommages-intérêts pour violation d'une obligation de nature religieuse issue d'une entente relative au divorce religieux juif. La Cour d'appel a renversé la décision statuant que puisque l'essence de l'obligation était de nature religieuse, il s'agissait d'une obligation morale et que les tribunaux ne pouvaient donc en ordonner l'exécution. La Cour suprême a accueilli le pourvoi et a rétabli le jugement de première instance.

Les parties se sont mariées en 1969 et, en 1980, une action en divorce a été engagée. Trois mois plus tard, une entente a été conclue relativement aux mesures accessoires et les parties ont convenu de se présenter devant les autorités rabbiniques en vue d'obtenir

un divorce juif, ou *get*, immédiatement après le prononcé du divorce puisque l'épouse ne peut obtenir le divorce juif sans le consentement de l'époux. Le divorce civil est devenu irrévocable en 1981. Malgré les demandes répétées de Mme Bruker, M. Marcovitz n'a accordé le divorce juif que 15 ans plus tard. Mme Bruker a donc intenté une réclamation en dommages-intérêts pour violation de l'entente. M. Marcovitz a prétendu que son engagement à accorder le *get* n'était pas valide en droit québécois et que son droit à la liberté de religion le soustrayait à l'obligation de payer des dommages-intérêts pour la violation de l'entente. La Cour suprême doit donc se prononcer sur les questions de savoir si cette obligation constitue une obligation civile valide et exécutoire en droit québécois et, dans l'affirmative, si M. Marcovitz est exonéré de toute responsabilité pour ne pas avoir respecté son obligation au motif qu'elle violait sa liberté de religion.

Au nom de la majorité, la juge Abella souligne le fait qu'un litige comportant un aspect religieux ne le rend pas nécessairement non justiciable. En l'espèce, l'entente respecte toutes les conditions du *Code civil* pour qu'elle soit valide et exécutoire en droit québécois. La promesse de l'époux d'accorder le divorce juif fait partie d'un échange volontaire d'engagements censés avoir des conséquences juridiquement exécutoires et négociés entre deux adultes consentants. Quant à l'argument fondé sur la liberté de religion garantie par l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, la majorité affirme que M. Marcovitz ne peut se soustraire à son obligation de payer des dommages-intérêts. En fait, il n'a fourni aucun motif religieux à l'appui de son refus de donner le divorce juif. De plus, la revendication de M. Marcovitz ne résiste pas à l'exercice d'appréciation que prescrivent la *Charte* québécoise et son interprétation jurisprudentielle. La revendication du droit à la liberté de religion doit être appréciée et conciliée avec les droits, les valeurs et le préjudice opposés, y compris la mesure dans laquelle ce droit est compatible avec les valeurs fondamentales canadiennes. En l'espèce, l'atteinte à la liberté de religion de M. Marcovitz est beaucoup moins grave que le préjudice causé tant à Mme Bruker personnellement qu'à l'intérêt, pour le public, d'assurer la protection de valeurs fondamentales telles les droits à l'égalité et l'exercice indépendant du choix pour une personne de se marier et de divorcer. La Cour suprême accueille ainsi le pourvoi et rétablit le jugement du juge de première instance ordonnant le versement de dommages-intérêts de la part de M. Marcovitz à l'endroit de Mme Bruker pour le non respect de l'entente.

3. Justice fondamentale

***Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention — Immigration — Renvoi — Détention automatique des étrangers dès la délivrance d'un certificat attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — La mise en détention sans mandat ou l'absence de contrôle de la détention pendant 120 jours suivant la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat violent-elles le droit à la

protection contre la détention arbitraire? — Dans l’affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9, 10c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitement cruel et inusité — Justice fondamentale — Immigration — Période de détention prolongée en attente du renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu’ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Loi sur l’immigration permettant la détention prolongée ou pour une durée indéterminée et l’assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période — La loi impose-t-elle un traitement cruel et inusité ou est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 12.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’égalité — Immigration — Renvoi — Un régime d’expulsion applicable seulement aux non-citoyens porte-t-il atteinte aux droits à l’égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

Droit constitutionnel — Primauté du droit — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu’ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat définitive — L’absence de droit d’appel est-elle contraire à la primauté du droit? — La primauté du droit interdit-elle la détention automatique ou la détention fondée sur une décision de l’exécutif?

Droit de l’immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu’ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Le régime régissant la délivrance de certificats et la détention est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10c), 12, 15 — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 77 à 85.

Appel de trois arrêts de la Cour d’appel fédérale [2005] 2 R.C.F. 299, [2005] 3 R.C.F. 142, (2005), 340 N.R. 286 refusant de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. La Cour suprême, à l’unanimité, accueille les pourvois et déclare les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* inconstitutionnels puisqu’ils portent atteinte aux droits garantis aux articles 7, 9 et 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette atteinte n’est pas justifié sous l’article premier.

La *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (« *LIPR* ») permet au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration et au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de délivrer un certificat attestant qu’un étranger ou un résident permanent est interdit de territoire au Canada, notamment pour raison de sécurité (art. 77), et entraînant la détention de la personne désignée dans le certificat. Le certificat et la détention sont assujettis au contrôle d’un juge de la Cour fédérale et la décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat n’est pas susceptible d’appel ou de contrôle judiciaire (par. 80(3)). Le certificat considéré raisonnable par le juge devient une mesure de renvoi,

qui est sans appel et peut être exécutée immédiatement (art. 81). Les appelants contestent la validité constitutionnelle du régime de certificats établi par la *LIPR*.

Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention établies par la *LIPR* contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que l'expulsion d'un non-citoyen dans le contexte de l'immigration n'enclenche peut-être pas en soi l'application de l'art. 7, certains éléments rattachés à l'expulsion pourraient l'enclencher. En l'espèce, il est clair que l'art. 7 trouve application, parce que la personne désignée dans un certificat peut être mise en détention jusqu'à l'issue de la procédure et parce que le processus peut entraîner son renvoi vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées. De plus, l'atteinte portée par la *LIPR* au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne désignée n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention ne garantissent pas l'audition équitable requise par l'art. 7 lorsque l'État porte atteinte à ce droit. La contravention à l'art. 7 n'est pas validée par application de l'article premier de la *Charte*. Bien que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel et que la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ait un lien rationnel avec cet objectif, la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes désignées dans un certificat. La Cour suprême accueille les pourvois et déclare les articles 33 et 77 à 85 de la *LIPR* inconstitutionnels puisqu'ils portent atteinte aux droits garantis aux articles 7, 9 et 10 de la *Charte*.

L'absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat (par. 84(2)) porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*, et au droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention garanti par l'al. 10c) de la *Charte*. La contravention à l'art. 9 et à l'al. 10c) n'est pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. La *LIPR* assure aux résidents permanents qui posent un danger pour la sécurité nationale le contrôle obligatoire de leur détention dans un délai de 48 heures. Par conséquent, empêcher le contrôle de la détention des étrangers durant les 120 jours qui suivent la confirmation du certificat ne porte pas le moins possible atteinte aux droits que garantissent aux étrangers l'art. 9 et l'al. 10c). La Cour suprême accueille les pourvois et déclare les articles 33 et 77 à 85 de la *LIPR* inconstitutionnels puisqu'ils portent atteinte aux droits garantis aux articles 7, 9 et 10 de la *Charte*.

4. Droits linguistiques

H. N. c. Québec (Ministre de l'Éducation), (2007) R.J.Q. 2097 (C.A.)

Appel d'un arrêt de la Cour supérieure du Québec rejetant une demande de révision judiciaire d'une décision du Tribunal administratif du Québec jugeant les modifications apportées à l'article 73 de la *Charte de la langue française*, ayant pour

effet d'exclure dans l'application du critère de la « majeure partie de l'enseignement » la prise en compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non subventionné, compatibles avec l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une majorité de la Cour d'appel (les juges Hilton et Dalphond) accueille le pourvoi, infirme la décision de la Cour supérieure et invalide la disposition contestée. Le juge Giroux est dissident.

Adoptant une analyse littérale du paragraphe 23(2) de la *Charte*, le juge Hilton affirme que c'est le fait de recevoir l'enseignement dans l'une des deux langues qui est important, peu importe le lieu où l'enseignement a été dispensé. De ce fait, et comme les appelants sont citoyens canadiens, pour démontrer s'ils sont titulaires ou non du droit garanti au paragraphe 23(2), les juges majoritaires sont d'avis qu'il n'est pas pertinent de prendre en considération leurs lieux de naissance ou la langue parlée à la maison. Par conséquent, ils en viennent à la conclusion que l'article 73 de la *Charte de la langue française* excluant la prise en compte de la fréquentation scolaire dans un établissement d'enseignement privé non subventionné aux fins d'application du critère de la « majeure partie de l'enseignement » limite le droit prévu au paragraphe 23(2). Passant ensuite à l'analyse de la justification de l'atteinte au sens de l'article premier de la *Charte*, les juges considèrent la limitation comme n'étant pas raisonnable puisque, selon eux, le législateur québécois aurait pu atteindre son objectif, soit la protection du fait français au Québec, en légiférant d'une façon moins attentatoire au droit garanti au paragraphe 23(2). Quant à la dissidence du juge Giroux, ce dernier privilégie une interprétation contextuelle afin de conclure que l'article 73 ne restreint pas le droit linguistique garanti par le paragraphe 23(2) de la *Charte*. Comme cette décision a été portée en appel par le gouvernement du Québec, il appartiendra ultérieurement à la Cour suprême du Canada de trancher la question.