

Étude n° 3

LES LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX, ENTRE INDIVIDU ET SOCIÉTÉ

M^e Michel Coutu, LL.D., conseiller juridique
(Direction de la recherche et de la planification, CDPDJ)
et professeur agrégé, École de Relations industrielles (Université de Montréal)

L' auteur s'exprime à titre personnel

TABLE DES MATIÈRES

LES LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX, ENTRE INDIVIDU ET SOCIÉTÉ.....	167
1 LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION	169
2 LA LIBERTÉ D'EXPRESSION	176
3 LA LIBERTÉ DE RELIGION.....	182
3.1 Le concept de « religion »	183
3.2 La portée de la liberté religieuse	185
4 LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE.....	190
5 POUR CONCLURE.....	198

LES LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX, ENTRE INDIVIDU ET SOCIÉTÉ*

Contre l'absolutisme du Pouvoir, les premières « déclarations des droits de l'homme » ont affirmé, à la fin du 18^e siècle, les libertés fondamentales de penser, de s'exprimer, de se réunir, de s'associer à d'autres citoyens, d'observer les préceptes d'une religion. Cette affirmation solennelle était alors proprement révolutionnaire. En affranchissant le citoyen de la tyrannie, il s'agissait en effet d'affirmer solennellement l'autonomie de celui-ci par rapport à l'État¹. Dans les sociétés de droit, la conquête de ces libertés semble être devenue un acquis irréversible. Mais les événements du 11 septembre 2001 ébranlent nos certitudes à cet égard : la « tentation sécuritaire » que suscite la lutte contre le terrorisme dans les sociétés occidentales montre bien qu'en matière de libertés fondamentales, rien n'est jamais tout à fait acquis.

Par « libertés fondamentales », on entend généralement les « droits de protection » contre l'État. Mais dans leur acception contemporaine, les libertés fondamentales ne peuvent être uniquement abordées sous l'angle du libéralisme individualiste. En effet, le conflit entre la conception « libérale » et la conception « sociale » qui marque la pensée juridique contemporaine² se retrouve également ici. Tout comme en matière de droit à l'égalité³, le droit contemporain des libertés fondamentales se caractérise par la progression d'une approche substantive (favorisant une interprétation contextuelle) par rapport à une approche plus formaliste, axée sur une interprétation littérale ou conceptuelle. Cela se traduit nécessairement par l'infléchissement des interprétations données traditionnellement aux libertés « classiques ».

* L'essentiel de cette étude fut réalisé en 2001-2002.

¹ Nicole DUPLÉ, « Les libertés d'opinion et d'expression : nature et limites », dans (coll.), *La Charte québécoise des droits et libertés : Origine, nature et défis*, Éditions Thémis, 1989, p. 260.

² Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1992.

³ Voir : Muriel GARON et Pierre BOSSET, *Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes* (étude n° 2).

Le poids des facteurs éthiques, idéologiques et politiques est évident dans cette orientation de la sphère des droits et libertés de la personne vers une approche contextuelle tenant davantage compte des changements sociaux. L'irruption des « nouvelles technologies » décrite dans l'étude n° 1 – les biotechnologies et les technologies de l'information, en particulier – fait naître de nouveaux problèmes, qui appellent à une coordination du discours juridique avec ceux de l'éthique, de la science, de la technique et de l'économie⁴. De même, le développement du pluralisme culturel se traduit par la coexistence de valeurs divergentes, qui doivent cependant être traitées juridiquement de manière cohérente et ce, en dépit d'une tension constante entre la portée universaliste des droits et libertés et les « droits à la différence » revendiqués au nom du pluralisme des valeurs.

La présente étude aborde le traitement réservé par la jurisprudence aux libertés fondamentales. Nous tenterons de voir quelle rationalité, quelle « logique » oriente la jurisprudence vers une interprétation des libertés fondamentales relevant, soit de la conception libérale ou de la conception sociale, soit encore vers une logique distincte, non réductible à l'un ou l'autre de ces paradigmes. Partant de l'antinomie des conceptions « libérale » et « sociale » du droit, nous retiendrons que la conception sociale vise à corriger ou, à tout le moins à atténuer les déséquilibres socio-économiques qui existent entre les citoyens. Pour sa part, la conception libérale, en filiation directe avec le droit naturel moderne de type individualiste, demeure largement indifférente à ces déséquilibres : il lui importe avant tout qu'une sphère d'autonomie de l'individu par rapport à l'État soit protégée, de manière à ce que l'individu puisse poursuivre librement ses activités, économiques et autres. La valeur première qui sous-tend la conception sociale, c'est l'égalité; alors que la liberté représente aux yeux du libéralisme la valeur essentielle. Ces deux conceptions renvoient par ailleurs à deux types d'États distincts, l'État social interventionniste dans le premier cas, l'État libéral non interventionniste dans le second.

⁴ Gunther TEUBNER, « Altera Pars Audiatur : Law in the Collision of Discourses », dans Richard Rawlings, *Law, Society and Economy*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 149-176. (Voir : François FOURNIER et Michel COUTU, *Le Québec et le monde 1975-2000 : Mutations et enjeux* (étude n° 1)).

En l'occurrence, la *Charte des droits et libertés de la personne* consacre neuf articles aux « libertés et droits fondamentaux »⁵. Il ne saurait être question de passer ici en revue tous les développements intervenus depuis vingt-cinq ans dans ce domaine. Nous choisissons plutôt d'analyser l'évolution jurisprudentielle relative à trois libertés fondamentales, la liberté d'association, la liberté d'expression et la liberté de religion, garanties par l'article 3, ainsi qu'à un droit fondamental, le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 5.

Les quatre droits et libertés fondamentaux étudiés ici ont jusqu'à maintenant été interprétés au regard, surtout, de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans la présente étude, la jurisprudence rendue en vertu du texte constitutionnel canadien occupe donc une grande place. Cependant, l'orientation globale et les sources d'inspiration distinctes de la Charte québécoise interdisent de transposer automatiquement et sans nuances, dans le contexte propre de cette dernière, les interprétations formulées sous l'empire de la Charte canadienne. Pour chacun des droits ou libertés étudiés, nous chercherons donc à déterminer si ceux-ci ne peuvent pas faire l'objet d'une interprétation qui soit propre à la Charte québécoise.

1 LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION

Dans la célèbre trilogie⁶ relative à la liberté syndicale, la Cour suprême, dans sa majorité, a pris parti pour une approche très « libérale » au sens classique du terme : en rejetant l'idée que la liberté d'association puisse protéger la liberté de négociation collective et le droit de grève – pourtant garantis par certains instruments internationaux ratifiés par le Canada – la Cour favorisait une approche très formelle de cette liberté, se refusant à prendre en considération les inégalités de pouvoir socio-économique qui conditionnent la mise en œuvre de la liberté

⁵ Charte, art. 1 à 9 inclusivement. L'article 9.1 prévoit que les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général et que « la loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice ».

⁶ *Renvoi relatif à la Public Service Employees Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Procureur général du Manitoba*, [1987] 1 R.C.S. 424; *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

d'association dans les rapports collectifs de travail⁷. La liberté syndicale, fondement pourtant incontournable de toute démocratie sociale, y compris de la démocratie sociale canadienne, se voyait donc dépourvue de toute protection constitutionnelle.

Dans ses décisions subséquentes, la Cour suprême, dans sa majorité, devait maintenir le cap sur une approche limitative de la liberté d'association, en refusant par exemple de rattacher la liberté d'accréditation syndicale au domaine de protection garanti par l'alinéa 2d) de la Charte canadienne⁸. La Cour demeure cependant fort divisée quant à la méthode d'analyse applicable pour délimiter la portée de la liberté d'association. Cela est manifeste dans l'arrêt *Lavigne*⁹, où la Cour rejette, par des voies fort divergentes toutefois suivant les juges concernés, l'idée qu'une éventuelle liberté de *non*-association ait pour effet de mettre à l'écart la retenue obligatoire des cotisations syndicales (« formule Rand »).

Trois décisions récentes, les arrêts *Delisle*¹⁰, *Advance Cutting & Coring*¹¹ et *Dunmore*¹², illustrent l'évolution de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté d'association syndicale. Rappelons que dans les décisions formant la « trilogie » susmentionnée, la majorité de la Cour, soit rejette laconiquement l'idée d'une protection du droit de grève et de la liberté de négociation collective en se plaçant dans la perspective de la liberté constitutionnelle d'association attribuable à n'importe quel type d'association « et non simplement en vertu des prétendues exigences d'un syndicat » (juge LeDain, appuyé par les juges Beetz et LaForest), soit s'étend

⁷ L'inégalité à la base du rapport de travail est bien mise en lumière par le juge Lebel, dans la décision *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209 : « Le rapport de travail repose fondamentalement sur une inégalité reflétant un déséquilibre du pouvoir économique. La subordination et l'inégalité demeurent au cœur de ce rapport » (§ 214). Le juge Lebel s'appuie sur l'étude de Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. « Le droit aussi », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.

⁸ *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367.

⁹ *Lavigne c. Le syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.

¹⁰ *Delisle c. Procureur général du Canada*, [1999] 2 R.C.S. 989.

¹¹ *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, précitée (note 7).

¹² *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016.

longuement au contraire sur la portée générale de la liberté d'association, mais sans s'arrêter spécifiquement aux garanties que la Charte canadienne est susceptible d'offrir aux travailleurs (juge McIntyre). Un arrêt subséquent¹³, sans davantage porter attention au contexte spécifique conditionnant la liberté d'association des travailleurs, défendait également une interprétation libérale individualiste de l'alinéa 2d) de la Charte canadienne, apparemment indifférente à la dimension sociale de la question.

Dans la décision *Delisle*, c'est toujours la conception libérale qui sous-tend la décision majoritaire. Cependant – et pour la première fois du côté de la tendance majoritaire – on retrouve un souci d'explicitation de cette position et d'en délimiter les conséquences juridiques dans le contexte spécifique des rapports collectifs de travail. Tout en s'en remettant à la direction jurisprudentielle adoptée par la majorité de la Cour depuis la trilogie et en affirmant ainsi que l'alinéa 2d) de la Charte canadienne ne protège pas une activité même si celle-ci est fondamentale ou essentielle¹⁴ pour une association (par exemple, la négociation collective), le juge Bastarache, appuyé par les juges Gonthier, McLachlin et Major, formule un certain nombre d'observations sur le « contenu de la protection offerte par l'alinéa 2d) à une association de travailleurs ». Il estime en particulier que toutes les règles ou pratiques « qui interdisent la formation ou le maintien d'une association indépendante de travailleurs ou qui imposent des sanctions à ceux qui désirent créer une telle association ou participer à ses activités légitimes » portent atteinte à la liberté d'association. Cela implique qu'une telle association de travailleurs doit pouvoir exercer collectivement les droits (de représentation, par exemple) qui sont consentis au salarié isolément et doit être protégée contre l'ingérence de l'employeur dans ses affaires. Pour autant, la liberté d'association n'est pas violée lorsqu'un régime syndical particulier (en l'occurrence, l'accréditation) n'est pas attribué à un groupe déterminé de salariés. La décision majoritaire reconnaît ainsi – ce qui représente une modeste avancée – un régime minimal de liberté syndicale garantie constitutionnellement, encore

¹³ *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-ouest (Commissaire)*, précitée (note 8).

¹⁴ V. également en ce sens : *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157.

que les standards minimaux fixés en ce domaine par les conventions internationales de l'OIT ratifiées par le Canada ne soient pas respectés (accréditation syndicale, négociation collective et, à certaines conditions et sous certaines exceptions, droit de grève).

La décision *Advance Cutting & Coring*¹⁵ porte sur la validité du régime d'atelier syndical obligatoire établi par la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*¹⁶. Comme dans l'arrêt *Lavigne*, la Cour suprême du Canada se montre profondément divisée quant à l'existence et à la portée d'un éventuel droit de non-association. La majorité (juge Lebel, appuyé par les juges Gonthier et Arbour; juges L'Heureux-Dubé et Iacobucci, sur la base d'opinions individuelles) en arrive à la conclusion que l'atelier syndical créé par la loi, qui oblige tout travailleur de l'industrie de la construction à adhérer à l'une des cinq associations syndicales reconnues par le législateur, n'est pas contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*. La minorité, regroupée autour du juge Bastarache¹⁷, aurait été pour sa part d'avis que le régime d'atelier syndical fermé, ainsi que les obligations (de résidence, d'heures travaillées et d'âge) posées par la loi pour adhérer à un syndicat, contrevenaient à la fois au droit positif et au droit négatif d'association et n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier de la Charte canadienne.

Au-delà des divergences entre majorité et minorité, il importe de relever un *infléchissement* significatif – déjà perceptible dans l'arrêt *Delisle* – de la perspective analytique adoptée par la Cour suprême, et qui accentue le souci d'une contextualisation de la portée de l'alinéa 2d) par rapport aux caractéristiques des rapports collectifs de travail. Ni la majorité ni la minorité ne s'en remettent à une analyse purement conceptuelle, formelle ou abstraite, du type de celle qui fut à la base des décisions majoritaires dans la trilogie. Au contraire, tant le juge Bastarache que le juge Lebel font appel à une analyse contextuelle et téléologique, directement informée par une vision

¹⁵ R. c. *Advance Cutting & Coring Ltd.*, précitée (note 7).

¹⁶ *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., c. R-20.

¹⁷ Outre le juge Bastarache, le juge en chef McLachlin et les juges Major et Binnie.

des phénomènes sociaux sous examen. Le juge Lebel se livre à une analyse socio-historique détaillée de l'évolution des rapports collectifs de travail dans l'industrie de la construction et délimite ses choix interprétatifs en fonction des conséquences sociojuridiques appréhendées. En ce qui a trait à la portée de la liberté positive d'association, le juge Lebel en écarte une lecture en terme de droits purement individuels : « l'affirmation par la Constitution canadienne de l'existence d'un droit d'association confirme l'importance attribuée au phénomène sociétal de l'association dans la société canadienne »¹⁸. Il estime toutefois que le droit de non-association n'entre en jeu qu'en cas d'imposition d'une forme de conformité idéologique (ce qui, à son avis, n'est pas le cas en l'espèce); et, par ailleurs, il insiste beaucoup sur le fait que le législateur « a droit à un degré de latitude et de retenue important, mais pas absolu, de la part des tribunaux pour régler les questions de politique sociale et économique »¹⁹. Pour sa part, le juge Bastarache reconnaît lui aussi la portée sociale du droit d'association²⁰, mais estime contraire à l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* les restrictions posées par la loi aux possibilités d'adhésion à un syndicat.

Enfin, depuis la décision rendue fin 2001 dans l'affaire *Dunmore c. Procureur général de l'Ontario*²¹, il n'est plus exact de dire que la Cour suprême ne reconnaît, au titre de la liberté d'expression, que l'exercice collectif de droits qui sont déjà reconnus au salarié sur le plan individuel. Il n'est pas davantage exact d'affirmer sans nuances que la Cour suprême refuse d'accorder une protection spécifique au droit à l'accréditation. Même si la Cour s'exprime de

¹⁸ *Advance Cutting & Coring*, ¶ 171. V. aussi le ¶ 210 : « On ne peut présumer que la *Charte* vise uniquement les rapports entre les individus pris isolément et l'État. Elle porte également sur l'interaction des groupes et des “mini” sociétés dans la société canadienne dans son ensemble. L'inclusion dans la *Charte* de la garantie de la liberté d'association indique qu'une interprétation large de la liberté d'association, dans le respect des valeurs démocratiques du Canada, présente pour la société de grands avantages ».

¹⁹ ¶ 257.

²⁰ « Même s'il est reconnu que la liberté d'association protège les activités d'une association qu'un individu est autorisé à exercer, cela ne signifie pas qu'une association n'exerce aucune fonction distinctive ni que les aspects associatifs analogues aux droits individuels ne doivent pas être pris en considération. Le caractère collectif du droit de s'associer est indéniable parce que l'activité collective n'équivaut pas à l'addition d'activités individuelles. » (¶ 17).

²¹ *Dunmore c. Procureur général de l'Ontario*, précitée (note 12). L'affaire concerne l'exclusion des travailleurs agricoles ontariens du régime d'accréditation syndicale en vigueur dans cette province.

façon circonspecte sur ce sujet, il est évident que l'arrêt *Dunmore* marque une rupture avec la trilogie de 1987 en matière de liberté syndicale. Cette rupture se manifeste sur trois points en particulier :

- § *L'affirmation de la dimension collective de la liberté d'association.* Dans la trilogie de 1987, la Cour suprême avait soutenu que l'alinéa 2d) de la Charte canadienne ne visait que les activités licites pouvant être exercées par plusieurs individus (par exemple, se réunir après les heures de travail pour discuter de questions liées au travail). Par contre, il n'existait pas de droit à l'accréditation syndicale, puisqu'il ne s'agit pas là d'un droit individuel. Dans *Dunmore*, le juge Bastarache écarte cette restriction : « les individus ne s'associent pas seulement pour la force du nombre, mais aussi parce qu'une collectivité peut incarner des objectifs qui n'existent pas au niveau individuel. [...] C'est ce qui motive essentiellement l'adhésion à un parti politique, la participation à un recours collectif ou l'accréditation d'un syndicat. J'estime que limiter l'application de l'alinéa 2d) aux activités qui peuvent être accomplies individuellement viderait de leur sens ces actes fondamentaux »²².
- § *L'affirmation d'une obligation positive d'agir de la part de l'État (en certaines circonstances).* La majorité, dans la trilogie de 1987, n'avait reconnu aucune obligation positive de l'État d'intervenir pour établir un régime juridique de protection pour les salariés et leurs organisations syndicales. Face à l'exclusion d'une catégorie particulièrement vulnérable de travailleurs – les travailleurs agricoles – du régime d'accréditation syndicale, le juge Bastarache adopte dans *Dunmore* un point de vue contraire : « [l']histoire a montré, et les législateurs canadiens ont uniformément reconnu, qu'une attitude de retenue de la part du gouvernement dans les relations de travail expose [les travailleurs] à diverses pratiques déloyales du commerce »²³.
- § *Le recours aux normes du droit international des droits de la personne en matière de liberté syndicale.* Alors qu'en 1987, la majorité avait refusé de tirer de ces normes quelque conséquence juridique, la Cour suprême se réfère explicitement, dans *Dunmore*, aux

²² *Id.*, 1040.

décisions des organes de contrôle du BIT, pour souligner la portée collective de la liberté d'association, ainsi qu'à la Convention n° 87, mentionnée plus haut, pour préciser la portée de l'obligation d'agir de la part de l'État en vue d'établir un régime de protection.

L'arrêt *Dunmore* ne modifie pas la jurisprudence antérieure de la Cour en matière de négociation collective et de droit de grève. En revanche, il établit hors de tout doute que la liberté constitutionnelle de former une association syndicale existe indépendamment de tout texte législatif, car elle relève de l'exercice de la liberté fondamentale de s'associer. L'arrêt *Dunmore* a également reconnu en termes explicites l'importance de la liberté syndicale : cette liberté est « aussi difficile à exercer qu'elle est fondamentale et qu'elle forme une pièce unique dans la toile constitutionnelle canadienne »²⁴. Eu égard plus particulièrement au droit à l'accréditation, enfin, l'arrêt *Dunmore*, sans reconnaître qu'un tel droit existe automatiquement pour toutes les catégories de salariés, invite désormais à faire une distinction entre groupes de salariés en position de force ou de faiblesse. Les catégories de travailleurs particulièrement vulnérables aux pratiques déloyales (par exemple, les travailleurs agricoles) doivent faire l'objet d'un régime juridique de protection.

On constate que, dans son examen du rapport entre le droit du travail et les normes constitutionnelles, la Cour suprême est directement confrontée aux limites de l'analyse conceptuelle et abstraite, indifférente aux réalités propres aux rapports de travail, qu'elle adopta avec une sereine distance à l'époque de la trilogie de 1987. De plus en plus, elle doit – comme elle l'a fait dans le domaine de la discrimination – délaisser le domaine des formes et des concepts pour se mesurer à la complexe réalité des faits. À moins d'ignorer des contradictions qui pourraient être lourdes de conséquences, la Cour devra accepter de baliser, en surmontant si possible ses divisions (qui dépendent en partie de choix de valeurs), le champ trop longtemps négligé du droit constitutionnel des libertés fondamentales du travail. Et pour y parvenir de manière cohérente, il n'est guère d'autre voie, selon nous, que de s'inspirer des normes du droit

²³ *Id.*, 1043.

²⁴ *Id.*, 1056.

international (ainsi que de la jurisprudence détaillée des organes de contrôle compétents), ce qui n'exclut nullement un travail nécessaire de transposition et d'adaptation de ces normes au contexte canadien.

Dans les années 1980, la Commission des droits de la personne a pour sa part émis plusieurs avis officiels qui favorisaient une interprétation « sociale », conforme aux normes du droit international, du droit à la liberté d'association garanti par l'article 3 de la Charte québécoise²⁵. Après que la Cour suprême du Canada se fût prononcée, en 1987, dans le sens que l'on sait, la Commission s'est montrée davantage réservée. En général, ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont favorisé une lecture de la liberté d'association dans la Charte québécoise qui s'éloignerait du sens donné au terme équivalent dans la Charte canadienne. Toutefois, vu la consécration des droits économiques et sociaux par la Charte québécoise (en particulier, le « droit à des conditions de travail justes et raisonnables » prévu à l'article 46), une lecture combinée des articles 3 et 46 pourrait faire tendre vers une interprétation moins restrictive de la liberté d'association²⁶. Quoiqu'il en soit, bon nombre d'intervenants, lors des consultations tenues par la Commission en vue du Bilan, ont demandé que la liberté syndicale soit explicitement consacrée dans le texte même de la Charte, de manière notamment à ce que les normes du droit interne soient en concordance avec les normes du droit international. Ce point de vue correspond à la position que défend, de manière générale, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et qu'elle promeut également en matière de liberté d'association.

2 LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

²⁵ V. ainsi : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Commentaires sur le Projet de loi n° 37 (Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic)* (1985).

²⁶ Michel COUTU, *Les libertés syndicales dans le secteur public*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, pp. 145 et s.

La liberté d'expression est « tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'essence physique de l'individu »²⁷. La démocratie québécoise a fait de cette liberté l'un de ses vecteurs essentiels, l'un des principes les plus inconditionnellement respectés et les plus déterminants du « contrat social » sur lequel est fondée la démocratie.

Les contours précis de la liberté d'expression ne sont pas toujours aisés à définir, surtout lorsque l'on se trouve devant des situations limites. La célèbre « affaire Michaud » a ainsi vu s'affronter – entre autres principes fondamentaux – la liberté d'expression revendiquée par la personne concernée et celle, affirmée tout aussi vigoureusement, de l'Assemblée nationale. Lors du Sommet des Amériques tenu à Québec en avril 2001, plusieurs opposants à la « mondialisation » ont estimé que leur liberté d'expression était brimée, vu les nombreuses restrictions imposées au droit de réunion pacifique²⁸. Les événements du 11 septembre 2001 ont certes montré la fragilité des sociétés démocratiques face aux menées terroristes, mais aussi le danger, en pareils cas, de réactions sécuritaires disproportionnées, qui risquent de se traduire par des restrictions injustifiées aux droits et libertés de l'ensemble des citoyens, notamment en matière de liberté d'expression²⁹. Il importe donc de cerner de manière plus précise le contenu de la liberté d'expression, telle que délimitée dans les décisions de la Cour suprême.

Pour la Cour suprême, les « libertés individuelles » garanties par l'alinéa 2b) de la Charte canadienne n'imposent généralement qu'une obligation de non-ingérence de l'État et nul devoir

²⁷ M. le juge Rand, dans *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, p. 306.

²⁸ V. toutefois *Tremblay c. Québec*, C.S. n° 200-05-014848-019, 18 avril 2001 (j. Gilles Blanchet).

²⁹ Dans une déclaration de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse datée du 27 septembre 2001, le Président de la Commission, M^e Pierre Marois, formulait certaines mises en garde à ce sujet. Plus tard, dans son intervention sur le Projet de loi C-36, *Loi antiterroriste*, devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des Communes (Ottawa, le 30 octobre 2001), la Commission soulignera que « la lutte contre le terrorisme ne doit pas servir de prétexte à une répression dirigée vers des formes de dissidence courantes dans la plupart des sociétés démocratiques et pouvant relever de l'exercice des libertés fondamentales de réunion pacifique, d'association et d'expression ». (V. également l'opinion du Barreau du Québec, résumée par le bâtonnier du Québec, M^e Francis Gervais : « À la merci d'une législation d'exception », *Le Journal du Barreau*, 1^{er} décembre 2001, p. 6.)

d'intervention³⁰. Pour dire les choses de façon imagée, la liberté d'expression « interdit les bâillons mais n'oblige pas à la distribution de porte-voix »³¹. Cette conception des libertés fondamentales comme attributives d'une sphère d'autonomie à l'individu le protégeant contre toute ingérence de l'État, correspond à une vision traditionnellement libérale et individualiste de ces libertés.

On pourrait être enclin à cesser ici l'analyse et à affirmer qu'au regard d'une telle conception, le paradigme social, qui vise en particulier l'interventionnisme étatique, demeure dénué de pertinence. Ce serait cependant en venir trop rapidement à la conclusion, comme nous le verrons maintenant en constatant l'état somme toute nuancé de la jurisprudence.

Vu l'importance quantitative de cette jurisprudence, nous nous limitons à l'examen des décisions qui portent sur les restrictions à la liberté d'expression dans des lieux publics ou privés (aéroports, entreprises, centres commerciaux, voie publique, etc.). Ces lieux sont en effet davantage susceptibles d'être utilisés, de manière diverses (manifestations, piquetage, distribution de tracts, vente de journaux, pose d'affiches, etc.) par des groupes de citoyens ne disposant pas de moyens économiques suffisants pour se faire entendre de manière plus directe par la société. Cela n'exclut pas que d'autres décisions de la Cour suprême, en matière de publicité destinée aux enfants³², de propagande haineuse³³ ou d'obscénité³⁴, par exemple, puissent également faire l'objet d'une analyse fondée sur l'antinomie des conceptions libérale et sociale du droit.

³⁰ *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627.

³¹ *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1035.

³² *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

³³ *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

³⁴ *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, la Cour suprême a reconnu que le piquetage comportait un élément d'expression et était par conséquent protégé par l'alinéa 2b) de la Charte canadienne³⁵. Comme il s'agissait en l'occurrence d'un piquetage « secondaire » (visant un employeur autre que celui impliqué dans le conflit de travail), la Cour a estimé que ce moyen de pression ne bénéficiait pas, cependant, d'une protection constitutionnelle. Il n'est pas fait référence au déséquilibre existant entre les travailleurs et les employeurs; la Cour fonde surtout son approche de la question sur le fait que le piquetage secondaire a pour effet de nuire à un tiers, c'est-à-dire porte atteinte à la liberté contractuelle.

On serait donc tenté de rattacher l'arrêt *Dolphin Delivery* uniquement à la conception libérale. L'évolution ultérieure de la jurisprudence de la Cour suprême oblige cependant à relativiser cette impression, puisque, de manière explicite, la Cour a rejeté les arguments opposant le droit de propriété à diverses formes d'expression sur les lieux publics³⁶. Qui plus est, la Cour suprême favorise, pour délimiter la portée de la liberté d'expression, une analyse contextuelle impliquant la prise en considération des déséquilibres socio-économiques eu égard aux moyens d'expression susceptibles d'être utilisés. Ainsi, dans l'arrêt *Ramsden*, l'affichage en certains lieux publics – en l'occurrence, sur les poteaux de service public – est jugé représenter un moyen de communication efficace et économique, très souvent au bénéfice des groupes minoritaires et des personnes démunies et par conséquent, en ce qu'il favorise la prise de décisions d'intérêt social et politique, se voit constitutionnellement protégé³⁷. Plus récemment, dans l'arrêt *KMart*, la Cour en est venue à une décision similaire quant à la protection constitutionnelle de la distribution paisible de tracts par des salariés en grève, à l'entrée de magasins appartenant au même employeur mais non impliqués dans le conflit. La Cour souligne en particulier « la vulnérabilité individuelle des employés, particulièrement ceux du commerce de détail, ainsi que l'inégalité intrinsèque de leurs rapports avec la direction de leur entreprise », ajoutant que « c'est grâce à la

³⁵ *SDGMR c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.

³⁶ *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Ramsden c. Ville de Peterborough*, [1993] 2 R.C.S. 1084.

³⁷ *Ramsden c. Ville de Peterborough*, *loco cit.* (j. Iacobucci).

liberté d'expression que les travailleurs vulnérables sont en mesure de se gagner l'appui du public dans la quête de meilleures conditions de travail »³⁸.

Cette façon de voir les choses s'éloigne très nettement d'un mode d'interprétation fondé sur la conception « libérale ». Au besoin, la Cour suprême n'hésite pas à délimiter la portée de l'alinéa 2b) de la Charte canadienne en fonction d'une analyse adaptée à la finalité d'une démocratie sociale, c'est-à-dire, prenant en compte la vulnérabilité des groupes socio-économiques, les rapports de pouvoir dans la société, les inégalités de moyens. Cette approche renvoie à une dynamique fort différente, ouverte à une conception sociale de l'État et de la démocratie.

Pour sa part, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse s'est prononcée à plusieurs reprises sur la portée et les limites de la liberté d'expression garantie par la *Charte des droits et libertés de la personne*. Lorsque la nature des questions posées le lui permettait, la Commission a nettement pris parti en faveur d'une interprétation de la liberté d'expression qui en souligne la dimension sociale. Appelée à se prononcer sur la liberté d'expression dans les centres commerciaux, la Commission a souligné que « le propriétaire d'un centre commercial ne peut prohiber l'exercice, par le public, de la liberté d'expression que sur les aires qui ne sont pas accessibles au public »; ce faisant, la Commission a mis en lumière une différence essentielle avec la garantie de la liberté d'expression dans la Charte canadienne, soit, du fait de l'application de la Charte québécoise aux relations entre citoyens (et non aux seules relations entre l'État et les citoyens), le droit de s'exprimer dans un lieu public, que celui-ci appartienne à des intérêts publics ou à des intérêts privés³⁹. Également, en insistant notamment sur le fait que le droit de manifester (qui se rattache à la liberté d'expression et de réunion pacifique) représente une forme simple, non coûteuse, de diffusion de l'information et de ce fait un moyen particulièrement important de communication pour les membres les plus vulnérables ou les moins puissants de la

³⁸ T.U.A.C., section locale 1518 c. *KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, ¶ 28.

³⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *L'exercice de la liberté d'expression sur une propriété privée : le cas des centres commerciaux* (1992).

société, la Commission a estimé que « des restrictions au droit de manifester, établies par règlement municipal, entrent en conflit avec l'article 3 de la Charte québécoise⁴⁰ ».

D'autres interventions de la Commission ont permis de circonscrire certaines limites de la liberté d'expression, lorsqu'elle se rapporte par exemple à des communications racistes contraires aux valeurs démocratiques de la société québécoise (article 9.1 de la Charte)⁴¹. La Commission s'est aussi prononcée sur la liberté d'expression en regard d'autres situations, telles l'affichage en milieu collégial⁴², l'affichage des marques de commerce⁴³ et l'affichage public en général⁴⁴.

Si, comme nous venons de le voir, la Cour suprême du Canada favorise une interprétation de la liberté d'expression garantie par la Charte canadienne qui tient compte des inégalités sociales, à plus forte raison la *Charte des droits et libertés de la personne*, vu la consécration de droits sociaux fondamentaux, porte une notion de la liberté d'expression qui revêt une dimension sociale. Il importe à cet égard de souligner, au chapitre des droits économiques et sociaux, la garantie par la Charte québécoise du droit à l'information (article 44). « [On] peut se demander si le droit de toute personne à l'information – droit que seule la Charte québécoise énonce – n'est pas susceptible d'exercer un impact sur la liberté d'expression en matière de presse et de conférer à ce concept un contenu qui ne concorde pas entièrement avec l'interprétation donnée à

⁴⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les restrictions à la liberté de réunion pacifique dans le cadre de la réglementation municipale* (1999).

⁴¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Les mouvements racistes et l'incitation à la discrimination* (1994). Pour une réflexion d'ensemble, voir : Pierre BOSSET, « Les mouvements racistes et la *Charte des droits et libertés de la personne* », (1994) 35 *Cahiers de Droit* 583-625.

⁴² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le contrôle de l'affichage public en milieu collégial* (1995).

⁴³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *L'affichage des raisons sociales et des marques de commerce* (1999).

⁴⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Mémoire à la Commission élue permanente des Communautés culturelles et de l'immigration sur la liberté d'expression et l'usage exclusif du français dans l'affichage public et la publicité commerciale* (1983). V. également : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les règles s'appliquant à l'usage de la langue chinoise et de la langue française dans les commerces du quartier chinois de Montréal* (2001).

l'article 2b) de la Charte canadienne »⁴⁵. Le juge Baudouin, de la Cour d'appel du Québec, souligne lui aussi la différence qui existe, en dépit de la similitude des termes employés dans certaines dispositions, entre la Charte québécoise et la Charte canadienne. « [P]our ne prendre qu'une illustration, une importante différence entre les deux Chartes saute aux yeux », soit l'énumération dans la Charte québécoise de droits économiques et sociaux⁴⁶. Cette différence emporte à notre avis des effets importants en matière de liberté d'association, d'expression et de religion et doit orienter l'interprète vers une conception des libertés fondamentales qui souligne la dimension sociale de ces libertés fondamentales.

3 LA LIBERTÉ DE RELIGION

Par la liberté de religion, c'est la question des rapports majorité-minorités qui fait irruption dans la sphère du droit. Cette question est porteuse d'une dynamique distincte de celle du libéralisme : « D'autres valeurs vont entrer en scène, véhiculées par un courant de pensée distinct et assez éloigné du libéralisme, notamment par la valorisation d'une certaine solidarité sociale d'abord à caractère universaliste, évoluant ensuite vers la réparation d'injustices séculaires subies par certains groupes et que, faute d'une meilleure étiquette, on peut qualifier de "pluralisme communautaire"⁴⁷ ». Ce pluralisme communautaire ou « communautarisme » (pour nous rattacher aux débats ayant actuellement cours en philosophie politique) s'oppose indéniablement au libéralisme classique centré sur l'individu, « sur sa capacité de transcender son groupe ou son identité collective ». Le communautarisme met au contraire l'accent « sur la capacité du groupe de conférer une identité aux individus atomisés [...] au sein des sociétés libérales⁴⁸ ». En partant

⁴⁵ André MOREL, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) *R.D.U.S.* 49.

⁴⁶ *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1995] R.J.Q.2561 (C.A.), p. 2568.

⁴⁷ Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 61.

⁴⁸ François ROCHER, « Citoyenneté fonctionnelle et État multinational : pour une critique du jacobinisme juridique et de la quête d'homogénéité », *Droits fondamentaux et citoyenneté : une citoyenneté fragmentée*, (... suite)

de cette opposition entre libéralisme individualiste et approche communautarienne, nous nous arrêterons à deux aspects importants de la discussion juridique relative à la liberté de religion : la définition même du concept de « religion » et la délimitation de la portée juridique de la liberté de religion.

3.1 Le concept de « religion »

Historiquement, la liberté de conscience et de religion a joué un rôle déterminant dans l'émergence des libertés fondamentales et, notamment, dans l'élaboration des « déclarations des droits de l'homme » du 18^e siècle⁴⁹. Qu'entendre exactement, toutefois, par liberté de « religion » dans le contexte contemporain? Cette question s'est posée juridiquement, dès que des groupes et des individus se sont réclamés des Chartes pour revendiquer la liberté de religion pour des croyances très minoritaires, sinon individualisées.

L'essence de la liberté de religion a été circonscrite en ces termes par la Cour suprême du Canada, sous l'angle de l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

« Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte [...]. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience »⁵⁰.

limitée, illusoire? (M. Coutu, P. Bosset, C. Gendreau et D. Villeneuve, dir.), Montréal/Onati (Espagne), Éditions Thémis et Institut international de sociologie juridique, 2000, p. 209.

⁴⁹ V. l'étude classique de Georg JELLINEK, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, trad. par Georges Fardis, Paris, Albert Fontemoing, 1902.

⁵⁰ R. c. *Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, 336.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, le juge Laforest a émis l'opinion que la Cour pouvait et devait évaluer le degré de sincérité des croyances d'un individu, mais n'avait pas à mettre en question la validité de cette croyance, « même si peu de gens la partagent »⁵¹. Plus récemment, dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, la Cour a entériné cette position, précisant que « chacun est libre d'embrasser et de professer, sans ingérence de l'État, les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience », sous réserve des limitations susmentionnées, lesquelles doivent être normalement examinées sous l'angle de l'article premier de la Charte canadienne⁵². En ce qui concerne la Charte québécoise, le Tribunal des droits de la personne a pris une orientation similaire dans *Commission des droits de la personne (Bédard) c. Autobus Legault*⁵³, en estimant que « la protection à l'encontre de la discrimination fondée sur la religion vise essentiellement la sincérité des croyances d'un individu plutôt que leur degré de conformité aux dogmes ou pratiques prescrits par la religion particulière à laquelle il adhère ».

La liberté de religion, en ce qu'elle confère protection aux croyances individualisées – y compris peut-être celles dictées par une morale laïque⁵⁴ – et qu'elle se définit comme dirigée à l'encontre de la coercition et de la contrainte, pointe donc *a priori* dans la direction d'un libéralisme individualiste, compatible avec les formulations les plus classiques de cette conception. Mais ici aussi, les choses sont davantage complexes. Pour cerner adéquatement la nature du travail interprétatif de la Cour suprême en matière de liberté de religion, il ne faut pas uniquement s'attarder à la définition du concept mais prendre également en considération la portée pratique qui est attribuée à cette liberté.

⁵¹ *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, p. 295.

⁵² *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, p. 917.

⁵³ *Commission des droits de la personne (Bédard) c. Autobus Legault*, [1994] R.J.Q. 3027 (T.D.P.), infirmé à [1998] R.J.Q. 3022 (C.A.).

⁵⁴ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (j. Wilson).

3.2 La portée de la liberté religieuse

L'étude n° 2 examine le concept d'accommodement raisonnable, notamment dans le contexte de la discrimination fondée sur le handicap et la religion⁵⁵. Il nous faut revenir brièvement sur cet aspect, tout à fait central pour bien saisir la dynamique spécifique de la liberté religieuse en contexte canadien et québécois.

Dès 1985, la Cour d'appel de l'Ontario interprétait l'alinéa 2a) de la Charte canadienne comme garantissant non seulement le fait d'entretenir et de professer certaines croyances religieuses, mais aussi le fait d'en observer les pratiques essentielles⁵⁶. À la même époque, la Cour suprême du Canada rendait la célèbre décision *Simpsons-Sears*⁵⁷, relative au *Code ontarien des droits de la personne*, laquelle, en introduisant la notion de discrimination indirecte ou par effet préjudiciable, tirait les conséquences pratiques de cette conception de la liberté religieuse, en matière d'emploi. Il s'agissait en l'occurrence, comme on sait, de l'obligation de travailler le vendredi soir et le samedi : la Cour estima que l'employeur devait assumer une obligation d'accommodement raisonnable des croyances et des pratiques religieuses de la salariée⁵⁸. Cette approche fut confirmée et précisée dans des décisions subséquentes⁵⁹, jusqu'à ce que la Cour suprême finisse par incorporer l'obligation d'accommodement raisonnable (sauf contrainte excessive) dans le concept même du droit à l'égalité⁶⁰.

⁵⁵ M. GARON et P. BOSSET, *Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes* (étude n° 2).

⁵⁶ *R. c. Videoflicks*, [1985] 14 D.L.R. (4th) 10 (C.A. Ont.), décision confirmée par [1986] 2 R.C.S. 713.

⁵⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536.

⁵⁸ Celle-ci, membre de l'Église adventiste du 7^e jour, était tenue à l'observance stricte du sabbat, qui s'étend du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi.

⁵⁹ En matière de discrimination fondée sur la religion, voir *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)* [1990] 2 R.C.S. 489; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

⁶⁰ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.

Il résulte de cette jurisprudence, comme le montre l'étude n° 2, une obligation d'adaptation de la société à la diversité religieuse. La construction juridique de la liberté de religion s'éloigne alors d'une vision libérale classique, en reconnaissant un « droit à la différence » pour les minorités religieuses (qui sont fréquemment, également, des minorités culturelles, ethniques ou linguistiques). Cela implique que le droit prenne en considération un certain nombre de caractéristiques et de phénomènes sociaux concrets. Même si la défense de la liberté de conscience et de religion a joué un rôle très important dans l'émergence du libéralisme classique, nous nous trouvons ici face à une dynamique différente, que nous pouvons qualifier, comme Andrée Lajoie et José Woehrling l'ont fait, de « communautaire »⁶¹. S'il y a prise de distance évidente par rapport à une approche libérale – celle, notamment, qui présida à l'interprétation de la *Déclaration canadienne des droits* en matière religieuse⁶² – cette distanciation ne peut guère s'analyser en regard du clivage entre le modèle libéral et le modèle social. L'approche « communautaire » partage certes avec le modèle social une prise en considération de certains phénomènes sociaux, mais dans une perspective très différente : non afin d'établir des normes sociales d'application universelle, mais au contraire, afin de poser des normes spécifiques visant des groupes particuliers au sein de la société. Cela ne veut pas dire que les approches sociales et communautaires ne puissent être complémentaires ni conciliables; on doit cependant être conscient du fait que les principes et valeurs sur lesquelles elles reposent, de même que les objectifs qu'elles poursuivent, ne sont pas les mêmes.

L'étude n° 2 donne un aperçu général des interventions de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en matière de discrimination religieuse (et, par conséquent, en matière de liberté de religion⁶³). Nous ne reviendrons sur l'activité de la Commission dans ce

⁶¹ Quant à Andrée Lajoie, cf. *Jugements de valeurs*, op. cit. (note 47). V. aussi : José WOEHRLING, « Les droits et libertés dans la construction de la citoyenneté au Canada et au Québec », *Droits fondamentaux et citoyenneté*, op. cit. (note 48), pp. 290 et s.

⁶² V. par exemple : *Robertson et Rosetanni c. La Reine*, [1963] R.C.S. 651.

⁶³ Liberté de religion et interdiction de la discrimination religieuse sont en effet des notions voisines, sinon interchangeables. Voir : José WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *R.D. McGill* 325, p. 364.

domaine que pour montrer sous quel angle celle-ci a abordé le pluralisme communautaire, ainsi que pour tenter de voir dans quelle mesure une interprétation autonome de la liberté de religion dans la Charte québécoise pourrait être justifiée.

L'un des problèmes les plus délicats à avoir été abordés par la Commission est certes la conciliation de la liberté de religion et du droit à l'égalité avec le caractère confessionnel de certaines institutions⁶⁴. Dans quelle mesure une institution privée possédant un caractère confessionnel peut-elle exiger que son personnel adhère à la même confession, ou se soumettre aux rites et pratiques qui s'y rattachent? Une école publique, un hôtel de ville ont-ils le droit d'afficher des symboles religieux (v.g., un crucifix) ou d'observer certaines pratiques religieuses comme la prière, en invoquant l'appartenance religieuse de la majorité ou, tout simplement, la tradition⁶⁵? À l'inverse, une institution publique, sur la base d'une exigence de laïcité, peut-elle refuser que des élèves ou des membres de son personnel portent un attribut vestimentaire ayant une connotation religieuse (le *hidjab*, par exemple)⁶⁶?

Dans un document de réflexion publié en 1995, la Commission en appelait à l'esprit de tolérance et au dialogue pour résoudre les problèmes de conciliation des droits que soulève le pluralisme religieux dans le cadre d'une société globale laïcisée⁶⁷. D'un point de vue juridique, la Commission, sans la moindre ambiguïté, soulignait toutefois que l'interdiction du foulard islamique dans une école publique était incompatible avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, sauf circonstances exceptionnelles (coercition, intimidation, etc., dont la preuve incombe à l'établissement scolaire)⁶⁸. Pour la Commission, la Charte exige le respect, par les

⁶⁴ Pierre BOSSET, « Pratiques et symboles religieux : quelles sont les responsabilités des institutions? », dans (coll.), *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Éditions Yvon Blais, 2000, pp. 39-63.

⁶⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les symboles et rituels religieux dans les institutions publiques* (1999).

⁶⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques (aspects juridiques)* (1994).

⁶⁷ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le pluralisme religieux au Québec : un défi d'éthique sociale (document de réflexion)* (1995).

⁶⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques*, loc. cit.

établissements publics, des convictions religieuses personnelles des élèves. Juridiquement, en effet, il n'y a pas de conflit entre l'exercice de la liberté religieuse et l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, à partir du moment où le port du foulard islamique reflète une conviction personnelle libre et volontaire (la situation serait bien sûr différente, si des élèves étaient forcées de porter le *hidjab*⁶⁹). Pour autant, la Commission n'est pas demeurée insensible à l'élément « conciliation des droits et libertés » posé par le port de ce vêtement (le respect de la liberté religieuse est souvent vu comme entrant en conflit, ici, avec le principe de l'égalité entre les sexes⁷⁰). En fait, sur le plan de la socialisation aux normes fondamentales d'une société démocratique, la position de la Commission constitue « un pari stratégique en faveur de la capacité de l'école publique de faire comprendre et accepter les valeurs et comportements qui découlent du principe de l'égalité des sexes »⁷¹. La Commission se fonde ici sur une éthique de responsabilité⁷² l'obligeant à tenir compte des conséquences négatives qu'aurait, pour une élève portant le *hidjab*, un refoulement hors du réseau public d'enseignement. Sans doute faut-il accepter la part de risque inhérente à ce pari en faveur de l'école publique, car cette part de risque « distingue une société qui propose ses convictions d'une autre qui les impose »⁷³.

⁶⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques*, pp. 14-15.

⁷⁰ Yolande GEADAH, *Femmes voilées, intégrismes démasqués*, Montréal, VLB Éditeur, 1996. D'autres mettent par contre en valeur le caractère polysémique du *hidjab*, qui peut être vu comme un moyen d'expression de l'identité personnelle et culturelle, voire comme une contestation de l'assujettissement de la femme comme objet sexuel dans les sociétés modernes. Voir notamment : Homa HOODFAR, « The Veil in Their Minds and on Our Heads : The Persistence of Colonial Images of Muslim Women », *Resources for Feminist Research* (hiver 1993), 3-10; et Georges LEROUX, « Les langages du voile », *Le Temps Fou* (avril 1995), p. 14.

⁷¹ Pierre BOSSET, « Le foulard islamique et l'égalité des sexes : réflexion sur le discours juridique institutionnel en France et au Québec », dans *Droits fondamentaux et citoyenneté*, op. cit. (note 48), p. 320.

⁷² Yves LAFONTAINE, « Égalité et pluralisme dans les institutions publiques : le rôle de la Commission des droits de la personne », *Pluralisme, citoyenneté et éducation* (F. Gagnon, Marie McAndrew et M. Pagé, dir.), L'Harmattan, 1997, p. 228.

⁷³ P. BOSSET, « Le foulard islamique et l'égalité des sexes : réflexion sur le discours juridique institutionnel au Québec et en France », loc. cit., p. 320.

La Commission a également été appelée à examiner le problème, analytiquement différent, d'une école confessionnelle *privée* qui impose à ses employés – même ceux qui ne sont pas membres de cette confession religieuse – le port d'un accessoire vestimentaire déterminé. Elle a alors souligné que, bien que le second volet de l'article 20 de la *Charte des droits et libertés de la personne* permette à une école confessionnelle privée de n'embaucher que des employés appartenant à la dite confession, il ne l'autorise pas, en cas d'embauche d'autres employés, à porter atteinte à la liberté religieuse de ces derniers, en leur imposant de porter des symboles religieux qui ne reflètent pas leurs convictions⁷⁴.

La Cour suprême du Canada s'est prononcée récemment sur une situation où les normes religieuses en question interdisaient l'avortement, les relations sexuelles avant mariage et les comportements homosexuels. La Cour, qui devait se prononcer sur le refus d'accréditer un programme universitaire de Colombie-Britannique, soumis à ces normes, a estimé que ce refus portait atteinte à la liberté de religion telle que garantie par la Charte canadienne⁷⁵.

Sous l'angle de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, cette dernière décision semble concéder au pluralisme communautaire des pouvoirs coercitifs trop grands, en regard des valeurs de liberté, de respect de la vie privée et d'égalité sans discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle. Une analyse juridique diffusée par la Commission – antérieurement à la décision de la Cour suprême – tend au contraire à refuser aux institutions sans but lucratif à caractère religieux le droit « de se poser en juges du comportement privé de leurs employés en cours d'emploi »⁷⁶. En soulignant que le droit de « prendre des décisions fondamentales personnelles sans influence externe indue » représente un élément du droit fondamental au respect de la vie privée, cette opinion conclut que « la validité des conditions d'emploi prétendant assujettir la vie personnelle des salariés aux préceptes d'une religion

⁷⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les contraintes vestimentaires d'ordre religieux applicables au personnel de certaines écoles privées* (1994).

⁷⁵ *British Columbia College of Teachers c. Université Trinity Western*, [2001] 1 R.C.S. 772.

⁷⁶ P. BOSSET, « Pratiques et symboles religieux : Quelles sont les responsabilités des institutions? », *op. cit.* (note 64), pp. 3-5.

demeure susceptible de faire l'objet de contestations juridiques ». Vu l'absence de référence dans la Charte québécoise à la « suprématie de Dieu »⁷⁷, vu la place prééminente du droit à la liberté de la personne (article premier) dans la Charte québécoise, vu la consécration expresse du droit au respect de la vie privée, vu enfin la portée restreinte du second volet de l'article 20, la décision de la Cour suprême ne peut manifestement être transposée sans nuance au contexte juridique québécois.

Si la Charte québécoise se montre, en matière d'accommodement, tout aussi ouverte au pluralisme communautaire que les lois antidiscrimination du reste du Canada et que la Charte canadienne elle-même, elle n'accorde pas de primauté de principe à la liberté religieuse lorsque celle-ci entre en conflit avec d'autres droits fondamentaux, tels le droit à la vie privée et le droit à l'égalité. Dans chaque cas, il convient de tenter une conciliation entre la liberté religieuse et les droits fondamentaux en cause, en tenant compte de la dynamique d'ensemble de la Charte québécoise. Le cas échéant, le pluralisme communautaire sera appelé à s'incliner devant les principes universalistes, issus du libéralisme démocratique et réinterprétés dans une perspective de solidarité propre à l'État social.

4 LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

Même si la distinction entre la sphère privée et la sphère publique est liée historiquement à l'émergence des idées libérales, ce n'est que récemment que le concept juridique de *vie privée* a pris une telle importance, comme garant ultime de l'intimité et de l'autonomie de la personne. Cette situation est due, en grande partie, au progrès de la médecine, des technologies de l'information et des biotechnologies⁷⁸. Le progrès scientifique multiplie les questions, souvent

⁷⁷ Préambule de la Charte canadienne : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit ». Sur la portée du Préambule, v. notamment : William PENTNEY, « Interpreting the Charter : General Principles », *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2^e éd. (G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir.), Carswell, 1989, pp. 53-54.

⁷⁸ F. FOURNIER et M. COUTU, *Le Québec et le monde 1975-2000 : Mutations et enjeux* (étude n° 1).

très complexes, qui ont trait à la protection de la vie privée. Par ailleurs, le développement accéléré des techniques d'information, de communication et de dépistage, notamment, réduit comme une peau de chagrin, potentiellement du moins, la sphère d'intimité et d'autonomie de la personne.

Par exemple, la procréation médicalement assistée soulève le problème de la confidentialité des origines biologiques de l'enfant ou de la divulgation de l'identité du donneur auprès de la mère⁷⁹. La généralisation du recours au courrier électronique et à Internet pose la question du degré de confidentialité du courriel ou des consultations sur le « web » : l'employeur peut-il à son gré prendre connaissance des messages électroniques envoyés et reçus par ses salariés et vérifier leur utilisation d'Internet⁸⁰? Plus largement, dans quelle mesure un droit à la vie privée existe-t-il pour les salariés et, le cas échéant, quelles en sont les limites⁸¹? Sur un autre plan, l'état de santé d'un détenu atteint du VIH doit-il être considéré comme une communication médicale confidentielle, quels que soient les pratiques sexuelles de ce détenu et le risque qu'il présente (en ne révélant pas son état, par exemple) pour d'autres détenus⁸²?

Ces quelques exemples d'interrogations témoignent de la complexité des problèmes soulevés par le droit au respect de la vie privée. Toutefois, la notion de vie privée n'est pas du tout aisée à définir ni à circonscrire. Ainsi, la Cour suprême du Canada, dans *Ville de Longueuil c. Godbout*⁸³, a souligné que « la portée du droit à la vie privée n'a pas été entièrement délimitée ». De fait, cette notion demeure à la fois floue et polysémique, ses contours se dégageant progressivement au fil des décisions des tribunaux. La doctrine québécoise a tenté, à quelques

⁷⁹ Jacques BEAULNE, « Réflexions sur quelques aspects de la procréation médicalement assistée en droit des personnes et de la famille », (1995) 26 *R.G.D.* 235-263.

⁸⁰ René PÉPIN, « Le statut juridique du courriel au Canada et aux États-Unis », (2001) 6 *Lex Electronica* n° 2, <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-2/pepin.htm>.

⁸¹ Diane VEILLEUX, « Le droit à la vie privée – sa portée face à la surveillance de l'employeur », (2000) *R. du B.* 3-46.

⁸² Ralf JÜRGENS, Norbert GILMORE, « Prisons, Sida et divulgation de renseignements médicaux. Analyse juridique et éthique », (1994) 27 *Criminologie* 127-162.

⁸³ *Ville de Longueuil c. Godbout*, [1997] 3 R.C.S. 844.

reprises, d'opérer une systématisation des composantes de la vie privée⁸⁴. Étant donné toutefois les frontières mouvantes de la notion, il s'agit là d'un exercice difficile et peut-être périlleux⁸⁵. Comme il est question ici de la délimitation d'intérêts juridiquement protégés du fait de leur insertion dans la sphère des droits fondamentaux, il est sans doute plus fécond – puisque ces intérêts s'opposent évidemment à d'autres intérêts revendiquant une garantie juridique – de penser avant tout la notion de vie privée en tenant compte des oppositions qu'elle génère. Par exemple, on peut, comme l'a souligné la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Bridgestone/Firestone*⁸⁶, penser la notion de vie privée uniquement en termes de territoire protégé (le domicile, notamment) ou plutôt en tant qu'attribut de la personne (une sphère d'intimité et d'autonomie personnelles). Les deux notions ne sont pas *en soi* en contradiction avec la tradition libérale, mais l'une rattache la vie privée à la propriété ou à la possession, l'autre s'harmonise aisément – du moins, on peut le prétendre – avec le concept central du libéralisme juridique, l'« autonomie de la volonté »⁸⁷. Évidemment, les conséquences pratiques du choix de l'une ou l'autre interprétation sont considérables : faire de la propriété ou de la possession la seule voie d'accès au droit à la vie privée, revient – comme l'a illustré l'affaire *Godbout c. Ville de Longueuil*⁸⁸ – à défendre une conception très restrictive du droit à la vie privée.

⁸⁴ V. par exemple Patrick GLENN, « Le droit au respect de la vie privée », (1979) 39 *R. du B.* 879. Ou, plus récemment, Alain-Robert NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux*, Toronto, Carswell, 2000.

⁸⁵ V. en ce sens Hanspeter MOCK, « Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (article 8 CEDH) à l'aube du XXI^e siècle. Aperçu de la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », (1998) 10 *Revue universelle des droits de l'homme* 237-246, p. 239 :

« Si aujourd'hui, compte tenu notamment des progrès techniques, le droit au respect de la vie privée a acquis une importance primordiale pour l'individu, il est, paradoxalement, presque impossible d'en donner une définition exhaustive et la Cour européenne y a du reste expressément renoncé ».

⁸⁶ *Syndicat des travailleurs et travailleuses de Bridgestone/Firestone (CSN) c. Trudeau*, [1999] R.J.Q. 2229.

⁸⁷ Alain-R. NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux*, *op. cit.* (note 84), p. 42.

⁸⁸ *Godbout c. Ville de Longueuil*, précitée (note 83).

Le critère fondamental établi par la Cour suprême est celui, dégagé dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, du « droit de s'attendre raisonnablement à la protection de la vie privée »⁸⁹. Ce critère se fonde sur la notion subjective de la vie privée, ce qui ne revient pas à laisser l'appréciation du concept à une pure subjectivité : l'attente doit être, compte tenu du contexte, « raisonnable ». Élaboré en regard de l'intrusion éventuelle des agents de l'État dans la vie privée des citoyens, le critère de l'attente raisonnable consiste à évaluer si, compte tenu des circonstances, « le droit de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi »⁹⁰.

Le droit à la vie privée, tel que construit par la Cour suprême au regard de l'article 8 de la Charte canadienne, s'inscrit dans le contexte spécifique de la protection des citoyens contre l'intrusion des agents de l'État dans la sphère d'autonomie et d'intimité constitutionnellement protégée. La portée de l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec est nécessairement plus large⁹¹, puisque la Charte québécoise vise non seulement l'activité étatique mais également les relations entre les personnes privées; en outre, le droit au respect de la vie privée y demeure garanti de manière explicite. Il ne s'agit donc pas d'une pure construction jurisprudentielle, rattachée aux « garanties juridiques » – une section de la Charte canadienne qui, dans l'ensemble, vise surtout le droit pénal – mais bien de l'affirmation explicite d'une norme fondamentale par l'Assemblée nationale du Québec. Dans la décision *Advance Cutting & Coring*, la Cour suprême (juge Lebel) attache une grande importance au fait que la liberté d'association, dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, est garantie de manière autonome, alors que le droit constitutionnel américain a dû inférer cette liberté de la protection de la liberté d'expression et de croyance dans le Premier Amendement. Il en résulte, suivant le juge Lebel, une interprétation différente de la liberté d'association, qui « confirme l'importance

⁸⁹ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159.

⁹⁰ *Id.*, p. 160.

⁹¹ On ne suivra pas ici l'opinion contraire, erronée à notre avis, défendue par Alain-R. NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux*, op. cit. (note 84), p. 56n.

attribuée au phénomène social de l'association dans la société canadienne»⁹² et qui n'en départage pas la portée en fonction de la liberté d'expression de l'individu. En suivant un raisonnement similaire, le droit à la vie privée dans la Charte québécoise doit recevoir une interprétation spécifique, qui se démarque du contexte de droit pénal à l'origine de la construction jurisprudentielle de la notion de vie privée dans la Charte canadienne.

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse est sollicitée en permanence – et, suite aux progrès scientifiques et techniques déjà mentionnés, de plus en plus fréquemment – pour intervenir, sous forme d'avis officiels ou de mémoires sur des projets de lois, face à diverses interrogations de cet ordre. Les exemples suivants, que nous aborderons succinctement, permettent d'illustrer la diversité et le niveau de complexité (juridique, éthique, technique aussi) des opinions que la Commission est appelée à formuler :

- § En matière *d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels*, la Commission a fait part à de nombreuses reprises à l'Assemblée nationale et au gouvernement de ses préoccupations en matière de droit au respect de la vie privée. La Commission a notamment rappelé que le recours au décloisonnement de l'administration publique, tentation à laquelle succombent trop facilement un nombre croissant d'organismes publics, doit demeurer une mesure d'exception⁹³.
- § En matière *d'accès à l'emploi et de conditions de maintien d'emploi*, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a dû prendre position sur la question des examens médicaux, des tests psychologiques et psychométriques, et des tests de dépistage de drogue⁹⁴.

⁹² *Advance Cutting & Coring*, précitée (note 7), ¶ 171.

⁹³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission de la culture de l'Assemblée nationale dans le cadre de l'examen du Rapport sur la mise en œuvre des lois sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels* (1997).

⁹⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les examens médicaux en emploi* (1998); COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les tests psychologiques et psychométriques en emploi* (1998); COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES (... suite)

- § Autre sujet traité par la Commission, celui de *la surveillance vidéo* des salariés, des patients psychiatriques et des personnes circulant sur la voie publique. Sur ce point, la Commission a émis des avis officiels relatifs à la surveillance vidéo des salariés, tant à l'extérieur⁹⁵ que sur les lieux mêmes⁹⁶ du travail. La Commission s'est également prononcée sur la surveillance vidéo en milieu hospitalier et sur la voie publique. Dans un avis diffusé en 1998, la Commission a tenu à préciser les critères généraux applicables en matière d'isolement en milieu hospitalier⁹⁷. De même, la Commission a adopté en 1992 un avis officiel prenant position sur la compatibilité à la Charte de la surveillance magnétoscopique d'une artère commerciale et résidentielle par les policiers⁹⁸.
- § Les questions relevant du droit au respect de la vie privée dans la mise en œuvre de la *Loi sur la sécurité du revenu* ont également fait l'objet de mises en garde et d'avis juridiques de la part de la Commission⁹⁹.

DROITS DE LA JEUNESSE, *La compatibilité avec la Charte québécoise des tests de dépistage de drogues en emploi* (1998).

⁹⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Filature et surveillance des salariés absents pour raison de santé : conformité à la Charte* (1999). Dans l'arrêt *Syndicat des travailleurs de Bridgestone/Firestone (CSN) c. Bridgestone/Firestone*, [1999] R.J.Q. 2225 (C.A.), la Cour d'appel a estimé que l'avis de la Commission « identifiait bien la nature et les limites du droit à la protection de la vie privée dans pareil contexte ». Les principes énoncés par la Commission ont été repris – en partie – par la Cour d'appel.

⁹⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Surveillance par caméra vidéo des lieux de travail : compatibilité avec la Charte* (1995). Voir aussi : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Surveillance vidéo dans les garderies : diffusion et accessibilité des images* (2003).

⁹⁷ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Conformité à la Charte de l'utilisation de caméras vidéo dans la salle d'isolement d'un centre hospitalier (aspects généraux)* (1998).

⁹⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *La surveillance magnétoscopique de la voie publique par les agents de l'État : compatibilité avec la Charte des droits et libertés de la personne* (1992). Voir aussi : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La surveillance vidéo dans les lieux publics par les organismes publics : son incidence sur les droits protégés par la Charte*, mémoire à la Commission d'accès à l'information (2003).

⁹⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les échanges de renseignements personnels prévus par l'article 65.1 de la Loi sur la sécurité du revenu et le droit au respect de la vie privée* (1997); COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport sur l'entente liant Équifax avec le ministère de la Main-d'œuvre, de la Sécurité du revenu et de la Formation professionnelle* (1990); COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *L'aide sociale et les mesures de contrôle et de vérification* (1989).

- § En matière de *confidentialité des renseignements nominatifs*, la Commission a pris position sur la question controversée de la divulgation de l'identité des délinquants, afin de prévenir la récidive en matière d'agression sexuelle d'enfants¹⁰⁰.
- § Enfin, au regard de la sphère d'autonomie personnelle, qui représente une composante importante du droit à la vie privée, la Commission s'est prononcée sur l'exigence de résidence sur le territoire d'une municipalité¹⁰¹.

Dans ses avis et mémoires, la Commission favorise une interprétation de la vie privée qui s'attache essentiellement à la personne, et non aux droits que celle-ci peut faire valoir sur un certain nombre de biens (le domicile, le véhicule, un espace de travail, etc.). Seule une telle acception du domaine d'application de la vie privée paraît en effet garantir de manière adéquate le respect de ce droit. Nous renvoyons le lecteur aux avis, opinions et mémoires de la Commission mentionnés plus haut. Nous voulons simplement évoquer la spécificité de la dynamique interprétative appropriée, suivant la Commission, à l'analyse des questions très complexes qui se soulèvent en matière de vie privée. Les divergences en matière de vie privée, en effet, ne se laissent pas appréhender de manière univoque; nous avons relevé dans les passages précédents une opposition entre une conception « objectiviste » (la sphère privée est liée à la propriété et à la possession de l'objet) et une conception « subjectiviste » (la sphère privée reflète l'autonomie de la personne, du « sujet de droit »). Il est évident qu'une affinité de pensée relie, surtout en matière de rapports socio-économiques, le paradigme libéral classique et la conception objectiviste de la vie privée, centrée sur les droits de propriété. Lorsqu'il est question du droit à la vie privée des salariés, les employeurs ont tendance à défendre une vision « objectiviste », alors que les syndicats défendent une conception axée sur l'autonomie des personnes. Mais la même position favorable à l'autonomie de la personne et à une conception

¹⁰⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La prévention de la récidive des agressions sexuelles commises contre les enfants* (1998).

¹⁰¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *L'exigence de résidence comme condition d'accès à un emploi dans la fonction publique municipale : compatibilité avec la Charte des droits et libertés de la personne* (1994). Dans ses principes fondamentaux, l'opinion de la Commission a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans la décision *Godbout c. Ville de Longueuil*, précitée (note 83).

large du droit à la vie privée pourra être également défendue par nombre de personnes qui se méfient du contrôle bureaucratique qu'exercent les organisations (publiques et privées) sur les individus, sans que ces personnes adhèrent pour autant au paradigme social du droit. On sait fort bien, en effet, qu'au sein du courant « libertarien » se retrouvent des partisans de politiques très conservatrices (non interventionnistes) en matière économique et sociale. Il faut donc se méfier des dichotomies simplistes qui tendraient à départager les attitudes interprétatives en matière de libertés et droits fondamentaux en deux camps, « progressiste » et « conservateur » pour les uns, « activiste » et « modéré » pour les autres.

En matière de vie privée, les décisions plus récentes de la Cour suprême, tels les arrêts *Edwards*¹⁰² et *Belnavis*¹⁰³, s'éloignent d'une conception centrée sur le sujet du droit à la vie privée, pour se replier sur des positions plus étroites, faisant appel à l'idée de propriété ou de possession. Ce recul n'est évidemment pas passé inaperçu et a soulevé, à juste titre, maintes critiques¹⁰⁴. Fort heureusement, dans la décision *Bridgestone/Firestone* notamment, la Cour d'appel du Québec a donné une interprétation « subjective » (au sens ci-haut indiqué) de l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Il est à espérer qu'une interprétation autonome du droit au respect à la vie privée sera, au regard du texte québécois, non seulement maintenue mais accentuée, vu l'importance des défis et enjeux actuels en matière de droit au respect de la vie privée.

¹⁰² R. c. *Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128.

¹⁰³ R. c. *Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341.

¹⁰⁴ V. ainsi : Julia LAWN et Andrew BERNSTEIN, « Primacy to Privacy? The Supreme Court and the Privacy Threshold in *Edwards* », (1997) 55 *U.T.L.J.* 341-350; et Alain-R. NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux*, *op. cit.* (note 84), p. 444.

5 POUR CONCLURE

Pour conclure de manière générale cette étude, il demeure difficile d'apprécier globalement l'orientation prise par la jurisprudence constitutionnelle en matière de libertés et droits fondamentaux, même si l'on s'en tient aux grandes décisions de la Cour suprême. La Cour adhère toujours à une conception libérale de la *liberté d'association*, même si l'interprétation se fait davantage sociologique et repose sur une vision plus « réaliste »¹⁰⁵ des rapports entre le droit du travail et le droit constitutionnel. Par contre, la *liberté d'expression* se voit appréhendée d'une manière qui tient compte des déséquilibres socio-économiques et, en ce sens, se rapproche davantage d'une conception sociale que libérale. La *liberté de religion* fait l'objet de décisions qui pointent nettement dans la direction d'une conception « communautarienne » des croyances, rites et pratiques religieux minoritaires au Canada, ce qui demeure en concordance avec le principe du multiculturalisme affirmé par l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Enfin, l'interprétation du *droit au respect de la vie privée* (limité de toute façon par le fait qu'il s'agit, du point de vue de la Charte canadienne, d'un droit non écrit), oscille entre une vision restreinte y voyant un attribut de la propriété, et une conception plus large, axée sur l'autonomie de la personne.

Comment trouver un fil conducteur à travers ces différents domaines analytiques? Nous nous garderons bien de nous atteler à cette tâche très complexe¹⁰⁶. Contentons-nous de constater cette avancée indéniable : en matière de libertés fondamentales, les décisions de l'État (qu'il s'agisse du législateur, du gouvernement ou de l'administration) sont désormais susceptibles, suivant leur degré d'importance et leur impact sur les citoyens, d'être soumises à examen, non sur la seule base de critères formels (la décision fut-elle prise valablement, c'est-à-dire conformément à la procédure prescrite?), mais en fonction d'une évaluation substantive, qui implique une *discussion* des enjeux et des mesures adoptées, au regard des valeurs et des principes

¹⁰⁵ Au sens du « réalisme juridique », courant de pensée qui veut que l'interprétation du droit soit fonction d'indices sociaux concrets plutôt que purement conceptuels ou logico-formels.

¹⁰⁶ Cette tâche mobilise les énergies d'équipes entières de recherche dirigées par des juristes de premier plan. V. ainsi la démarche de recherche d'Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, *op. cit.* (note 47).

constitutionnels en cause. Dans certains cas il est vrai, la décision contestée est simplement validée par une seconde décision (judiciaire, celle-là) qui s'exempte elle-même de toute aspiration à la discussion : la décision majoritaire (celle des juges Beetz, LeDain et LaForest) dans la trilogie relative à la liberté d'association demeure l'exemple type d'un décisionnisme judiciaire unilatéral qui se ferme à tout processus de discussion. Fort heureusement, les décisions de la Cour suprême analysées dans ce chapitre échappent, en règle générale, à la tentation décisionniste et reposent sur un cheminement réflexif qui prend au sérieux le rôle critique que la *Charte canadienne des droits et libertés* attribue à l'État juridictionnel. Contre la critique à courte vue du « gouvernement des juges », il y a là un approfondissement et un élargissement majeur de la discussion et de l'espace public, donc de la démocratie elle-même.

Cela dit, et nous avons tenté à chaque occasion de le démontrer dans cette étude, les droits et libertés fondamentaux, tels que garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne*, ne peuvent et ne doivent pas être compris comme un simple reflet des dispositions (prétendument) équivalentes de la Charte canadienne. Une telle « théorie du reflet » ne tient compte, ni de la genèse distincte de la Charte québécoise (inspirée du droit international et, en particulier, des deux Pactes internationaux), ni de l'objet même de celle-ci (via la consécration des droits économiques et sociaux, la Charte affirme la valeur fondamentale de la démocratie *sociale* québécoise).

Si la doctrine et la jurisprudence, comme nous l'avons souligné, ont parfois insisté sur l'importance d'une interprétation des droits et libertés fondamentaux qui tienne compte de la structure d'ensemble de celle-ci et qui se différencie, sur nombre d'aspects, de la portée donnée aux dispositions correspondantes de la Charte canadienne, cette idée est très loin de s'être véritablement imposée. Seuls un renforcement du statut constitutionnel de la Charte québécoise et une plus grande mise en cohérence, à la lumière du droit international des droits de la personne, de son contenu normatif (notamment du point de vue de la portée juridique des droits économiques et sociaux), nous semblent susceptibles d'orienter l'interprète vers une prise en considération *permanente* de la spécificité de la Charte québécoise.

