

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite

disponible à : www.themis.umontreal.ca

Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois

Marc RIBEIRO*

Résumé

Dans ce texte, l'auteur analyse les implications de la doctrine de l'imprécision en droit constitutionnel canadien. La notion voisine de la portée excessive est également abordée sous certains aspects, dans la mesure où ceux-ci peuvent être pertinents dans le contexte. Dans un premier temps, l'auteur analyse les fondements constitutionnels actuels de la théorie de l'imprécision, pour ensuite suggérer d'éventuels fondements supplémentaires pouvant avoir pour conséquence d'élargir son applicabilité. Par ailleurs, en ce qui a trait au contenu de la théorie, il est fait état des facteurs d'appréciation de la clarté législative tels que présentés par la Cour suprême. L'auteur considère que la norme générale d'évaluation qui consiste à demander si la loi constitue un « guide suffisant pour orienter un

Abstract

In this text, the author studies the implications of the Void-for-Vagueness doctrine in Canadian constitutional law. The related doctrine of Overbreadth is also touched upon as far as it can be relevant to Vagueness in some regards. First, the author presents the different provisions of the Charter under which Vagueness can become relevant. Then, additional constitutional bases for the doctrine are suggested in an attempt to widen the scope of its applicability. With regards to the content of the doctrine, emphasis is placed on the scheme of analysis developed by the Supreme Court concerning Vagueness. The author believes that the general requirement that the law be a "sufficient basis for legal debate" gives too much leeway to the legislator. In that regard, he

* L.L.B. (Université de Montréal), candidat au programme de doctorat en droit (Osgoode Hall Law School). L'auteur remercie le professeur François Chevrete de la Faculté de droit de l'Université de Montréal pour ses commentaires à l'occasion de la rédaction de ce texte. Les idées exprimées n'engagent cependant que l'auteur.

*débat judiciaire » est trop permissive presents some criteria that might
envers le législateur. À cet égard, allow the general requirement to
l'auteur présente certains facteurs fluctuate depending on the
pouvant être de nature à faire fluc- circumstances, thus allowing an
tuer le degré de précision exigé se- analysis taking better account of the
lon les circonstances, et ainsi different interests at stake.
permettre une analyse tenant da-
vantage compte des divers intérêts
en jeu.*

Plan de l'article

Introduction	667
I. Les fondements constitutionnels de la théorie	670
A. Les fondements actuels.....	670
1. L'article premier	670
a. L'exigence préliminaire d'une « règle de droit »	670
b. Le volet « atteinte minimale »	673
c. Les interrelations entre le fondement « règle de droit » et le fondement « atteinte minimale ».....	675
2. L'article 7 et d'autres dispositions comprenant une restriction inhérente.....	679
B. La non-autonomie de la théorie.....	687
C. Les possibilités de fondements futurs	690
1. Les autres fondements possibles dans la Charte canadienne	691
a. Quelques fondements mineurs	691
b. L'alinéa 11 <i>g</i>) – Non-rétroactivité pénale	695
2. Les fondements dans la Charte québécoise	698
3. Les fondements dits « de principe » ou « contextuels ».....	703
a. La primauté du droit	703
b. La séparation des pouvoirs	705
II. Le contenu de la théorie	708
A. Appréciation de la clarté législative	708
1. Par rapport aux justifications de la théorie.....	708
a. L'avertissement raisonnable aux citoyens.....	709

b. La limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi	712
2. Par rapport aux principes d'interprétation.....	716
B. Pondération de l'exigence de précision	719
1. Les facteurs de modulation de l'exigence	719
a. Le fondement constitutionnel invoqué	719
b. L'effet paralysant (« <i>chilling effect</i> »)	724
c. Les destinataires de la loi.....	728
d. Les interprètes de la loi.....	732
e. La présence d'un « substrat de valeurs ».....	733
f. La nature de la loi (sociale, pénale, etc.)	735
g. Le contenu de la loi (degré de généralité suscité par les objectifs poursuivis).....	737
2. Interrelations entre certains facteurs de modulation et le critère du « débat judiciaire ».....	739
C. La question des situations hypothétiques	743
Conclusion	748

L'avènement de la **Charte canadienne des droits et libertés**¹ a engendré l'élaboration de la doctrine de la nullité pour cause d'imprécision. Inspirée des modèles américains et européens, cette théorie permet dans certaines circonstances de tenir compte du degré de précision d'une loi afin d'évaluer sa validité constitutionnelle.

Bien qu'elle jouisse d'une consécration relativement récente au Canada², elle s'apparente toutefois à des concepts qui font depuis longtemps partie de notre système juridique. En effet, ses origines remontent au principe de la primauté du droit³ qui proclame la suprématie législative et incite notamment l'État à la clarté dans l'énonciation des normes juridiques⁴. Dans cette optique, l'exigence de précision de la loi a pour objet d'assurer un avertissement raisonnable aux citoyens concernant le contenu législatif, tout en limitant le pouvoir discrétionnaire des autorités chargées de l'application de la loi⁵. Les tribunaux ont traditionnellement assuré une certaine protection de ces considérations en droit pénal de même qu'en droit administratif. Ainsi, la maxime **nullum crimen nulla poena sine lege** (il n'y a de peine qu'en accord avec la loi) de même que l'interprétation stricte des lois pénales incertaines et l'invalidation des règlements jugés trop vagues sont en quelque sorte les pendants pré-Charte de la théorie de l'imprécision⁶.

¹ Partie I de la **Loi constitutionnelle de 1982** [annexe B de la **Loi de 1982 sur le Canada** (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après : la « Charte » ou « Charte canadienne »).

² La question fut traitée pour la première fois par la Cour suprême du Canada dans l'affaire **R. c. Morgentaler**, [1988] 1 R.C.S. 30.

³ **Comité pour la République du Canada c. Canada**, [1991] 1 R.C.S. 139, 210 (juge L'Heureux-Dubé); confirmé dans **R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society**, [1992] 2 R.C.S. 606, 632.

⁴ Voir François CHEVRETTE et Herbert MARX, **Droit constitutionnel : notes et jurisprudence**, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, pp. 33-35.

⁵ **Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1c) du Code Criminel (Man.)**, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1152 (ci-après appelé le « Renvoi sur la prostitution »).

⁶ Voir Carol ROGERSON, « The Judicial Search for Appropriate Remedies under the **Charter** : the Examples of Overbreadth and Vagueness », dans Robert J. SHARPE (dir.), **Charter Litigation**, Toronto, Butterworths, 1987, aux pages 233, 242 et 243; Gary T. TROTTER, « LeBeau : Toward a Canadian Vagueness Doctrine », (1988) 62 **C.R.** (3d) 183, 188.

Ces considérations liées à la primauté du droit constituent les fondements de la théorie de l'imprécision au sens strict. Comme nous le verrons, elles ont pour objet de limiter le règne de l'arbitraire à l'occasion des limitations apportées aux droits constitutionnels. Ce qui importe est alors la **façon** dont les droits des citoyens sont affectés. Mentionnons immédiatement qu'il existe une seconde série de considérations qui peuvent rendre problématique l'imprécision des termes d'une loi. Cela concerne le souci de conserver une certaine proportionnalité à l'occasion des restrictions apportées aux droits constitutionnels. Il s'agit plus particulièrement du problème de la portée excessive qui est pertinente dans le cadre de certaines dispositions de la Charte. L'on cherche à éviter que des termes vagues soient interprétés trop largement, et que les droits constitutionnels soient alors limités davantage que ne peut légitimement le faire l'État. Ce qui est problématique est alors le **degré** de restriction dont peuvent faire l'objet les droits et libertés.

Dans la décision de principe sur la question, soit l'affaire **Nova Scotia Pharmaceutical Society**⁷, la Cour suprême a choisi de réserver l'emploi de l'expression « théorie de l'imprécision » strictement aux aspects du problème qui sont relatifs à la primauté du droit. Le juge Gonthier a, en effet, décidé de traiter séparément de la notion de portée excessive, qu'elle découle ou non de l'imprécision de la loi⁸. À l'intérieur de ce texte, nous préférons aborder de façon globale les problèmes constitutionnels pouvant être engendrés par les lois exagérément vagues. Nous nous pencherons donc sur les questions relatives à la précision législative dans l'optique à la fois de la primauté du droit et de la portée excessive, en faisant bien entendu les distinctions qui s'imposent en temps opportun. Nous croyons qu'une telle approche permet de mieux cerner les enjeux constitutionnels qui sont mis en cause par l'usage de libellés législatifs imprécis. Nous examinerons de façon plus soutenue l'imprécision au sens strict (volet de primauté du droit) étant donné que la Cour suprême a développé un cadre d'analyse particulier à son égard, mais les problèmes relatifs à la portée excessive ne seront cependant pas occultés et seront mis en relief lorsque le contexte l'exigera.

⁷ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3.

⁸ *Id.*, 630 et 631.

Ceci dit, nous étudierons la question constitutionnelle de l'imprécision en deux temps. La première partie s'attardera aux considérations de forme, tandis que la seconde partie sera consacrée aux aspects substantifs.

Dans la première partie, nous examinerons principalement les fondements constitutionnels pouvant être invoqués à l'appui de la théorie. Nous ferons état de l'impact que peut avoir le fondement invoqué sur la façon d'aborder l'imprécision dans un litige donné. Cela nous donnera notamment l'occasion d'aborder les liens que peut parfois entretenir l'imprécision avec la portée excessive des lois. Nous constaterons par ailleurs que l'imprécision n'a pas encore acquis d'existence autonome en droit constitutionnel canadien. Cela signifie qu'elle ne peut être invoquée que lorsqu'un autre droit garanti par la Charte est mis en jeu. Nous terminerons cette première partie en examinant quelques avenues constitutionnelles qui pourraient être invoquées dans l'avenir afin de permettre une éventuelle reconnaissance autonome de la théorie, ou du moins un élargissement de son applicabilité.

La seconde partie, relative aux aspects de fond, nous donnera l'occasion d'examiner le contenu de la théorie. Le seuil au-delà duquel une loi sera jugée nulle pour cause d'imprécision est assez élevé. Nous examinerons de plus près les notions d'avertissement raisonnable et de limitation du pouvoir discrétionnaire, soit les deux principaux éléments relatifs à la primauté du droit qui sont pertinents à l'égard de la théorie classique de l'imprécision. Nous verrons que les tribunaux se doivent d'examiner l'ensemble du contexte interprétatif propre à une loi afin d'évaluer correctement son degré d'intelligibilité. Une disposition sera considérée imprécise si elle « ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques »⁹. Comme nous le verrons, certains facteurs ont été esquissés en jurisprudence afin de pondérer occasionnellement le degré de précision requis. Nous tenterons notamment à cet égard de clarifier le rapport entre la norme de clarté généralement exigée (le guide suffisant) et les facteurs de pondération ayant été évoqués. Enfin, nous nous intéresserons à la question particulière de savoir dans quelle mesure un plaideur pourra invoquer

⁹ *Id.*, 639.

l'imprécision d'une loi telle qu'appliquée à la situation hypothétique d'un tiers, alors que la loi n'est toutefois pas imprécise dans sa propre situation.

I. Les fondements constitutionnels de la théorie

A. Les fondements actuels

Aucune disposition de la Charte ou de la **Loi constitutionnelle de 1867**¹⁰ ne prohibe expressément l'imprécision des lois. Les tribunaux canadiens ont cependant – à l'instar des instances judiciaires américaines et européennes – fait découler de certains droits et libertés enchâssés dans la Constitution des exigences implicites de précision législative.

Ainsi, la théorie de l'imprécision est pertinente dans le cadre de l'article premier **in limine** de la Charte qui prescrit l'existence d'une « règle de droit » comme condition préliminaire à l'invocation de la disposition limitative. L'imprécision a également une importance sous le volet « atteinte minimale » de l'analyse fondée sur l'article premier. Enfin, la théorie peut être invoquée dans le cadre des articles de la Charte comprenant une restriction inhérente, dont l'article 7.

1. L'article premier

a. L'exigence préliminaire d'une « règle de droit »

L'imprécision est une notion pertinente dans le cadre de l'article premier **in limine** de la Charte. Rappelons que lorsqu'une violation d'un droit garanti a été établie, le ministère public doit satisfaire à une exigence préliminaire avant de pouvoir démontrer que la limitation est justifiable dans le cadre de la disposition limitative. En effet, la restriction en question doit être énoncée par une « règle de droit ». Le texte de l'article premier est le suivant :

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justi-

¹⁰ **Loi constitutionnelle de 1867**, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

fication puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. (Nous soulignons)

1. **The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.** (Nous soulignons)

À titre comparatif, notons que le même type d'exigence se retrouve aux diverses dispositions limitatives contenues dans la **Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**¹¹. Ce document ne contient pas une disposition d'application générale comme l'article premier de la Charte, mais prévoit plusieurs clauses limitatives spécifiques, soit les paragraphes 8(2), 9(2), 10(2) et 11(2). Ces dispositions exigent de façon analogue à l'article premier de la Charte que les restrictions soient « prévues par la loi » (« **prescribed by law** »). La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a donné une interprétation large à cette expression pour en faire découler une certaine exigence de précision. Ainsi, dans l'affaire **Sunday Times**¹², l'« avertissement raisonnable aux citoyens » concernant autant la forme que le fond a été dégagé comme faisant partie intégrante de l'expression « prévues par la loi ». Par la suite, dans l'affaire **Malone**¹³, la même Cour a rajouté le souci de limiter le pouvoir discrétionnaire octroyé au décideur comme composante essentielle de cette exigence préliminaire.

La Cour suprême a statué dans le même sens que la Cour européenne dans son interprétation du volet « règle de droit » prévu à l'article premier de la Charte. Elle en a tiré les deux mêmes préoccupations liées à la primauté du droit, soit l'avertissement et la limitation du pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi. Ainsi, non seulement il y a nécessité d'une « règle de droit » au sens formel¹⁴, mais également au sens quali-

¹¹ **Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, (1950) 213 R.T.N.U. 221 (ci-après nommée « Convention européenne »).

¹² **Sunday Times**, Arrêt du 26 avril 1979, série A, n° 30.

¹³ **Malone**, Arrêt du 2 août 1984, série A, n° 82.

¹⁴ Voir notamment **Opération Dismantle c. La Reine**, [1985] 1 R.C.S. 441; **R. c. Therens**, [1985] 1 R.C.S. 613; **Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba**, [1985] 1 R.C.S. 721.

tatif : la règle doit présenter un certain degré de précision. Dans l'affaire **Irwin Toy**¹⁵, le juge en chef Dickson s'est exprimé ainsi :

*En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite « par une règle de droit ».*¹⁶

La norme de l'inintelligibilité est assez peu exigeante envers l'État. Rares sont les décisions ayant mené à l'invalidité de lois en vertu du test préliminaire de la « règle de droit ». Parmi celles-ci, mentionnons l'affaire **Ontario Board of Censors**¹⁷ rendue par la Cour d'appel de l'Ontario, qui traitait de la validité d'une loi octroyant un vaste pouvoir discrétionnaire à une commission administrative pour censurer les films dans la province. Le degré de latitude illimité octroyé à la commission fit conclure à la Cour que la limite à la liberté d'expression n'émanait pas d'une « règle de droit » au sens qualitatif. De façon analogue, dans l'affaire **Comité pour la République du Canada**, le juge L'Heureux-Dubé estima qu'une loi donnant un pouvoir discrétionnaire illimité au ministre des Transports pour autoriser des activités expressives dans les aéroports ne constituait pas une « règle de droit »¹⁸.

Notons que ces deux décisions étaient relatives à l'octroi de pouvoirs discrétionnaires absolus à un organe exécutif. Bien que la question ait été analysée dans le cadre de la théorie de l'imprécision, il est intéressant de noter que les lois en cause n'étaient pas en réalité imprécises au sens strict. En effet, l'on ne peut pas dire que les normes prescrites pour les décisions admi-

¹⁵ **Irwin Toy c. Procureur général du Québec**, [1989] 1 R.C.S. 927.

¹⁶ *Id.*, 983.

¹⁷ **Ontario Film & Video Appreciation Society c. Ontario Board of Censors**, (1984) 5 D.L.R. (4th) 766 (C.A. Ont.).

¹⁸ **Comité pour la République du Canada c. Canada**, précité, note 3, 215. Notons cependant que le juge L'Heureux-Dubé n'arrête pas l'analyse à cette étape. Elle préfère, en effet, analyser de façon subsidiaire le test dicté par l'arrêt **Oakes**, pour conclure qu'il n'est pas satisfait.

nistratives étaient vagues : il n'y avait tout simplement pas de normes, l'Administration se voyant clairement conférer carte blanche. Bien que le sens de ces deux lois ait été clair en théorie, les tribunaux ont cependant assimilé la situation à de l'imprécision étant donné que les problèmes engendrés étaient les mêmes que ceux posés par la doctrine qui nous intéresse. En effet, non seulement les citoyens ne pouvaient prévoir quelle allait être la décision de l'Administration, mais de façon plus importante, cette dernière était totalement livrée à l'arbitraire. Dans les deux cas, il n'y avait, en effet, aucun obstacle à ce que le décideur fasse primer des considérations personnelles pour restreindre la liberté d'expression.

b. Le volet « atteinte minimale »

Lorsque l'État tente de justifier une atteinte à un droit protégé par la Charte, il doit satisfaire au critère établi dans l'arrêt **Oakes**¹⁹. Il doit, entre autres, sous le volet « atteinte minimale », démontrer que la mesure contestée est bien conçue de manière à ne pas empiéter plus que nécessaire sur les droits et libertés des citoyens²⁰. Si la mesure prise par l'État est exagérée par rapport à l'objectif visé, elle sera déclarée invalide. On dit alors que la loi a une portée excessive. En réalité, « la portée excessive est subsumée dans le “volet atteinte minimale” du critère de l'article premier énoncé dans l'arrêt **Oakes** ». ²¹

L'imprécision est pertinente à cet égard car l'on considère qu'une loi qui ne balise pas suffisamment le pouvoir discrétionnaire des personnes chargées d'appliquer la loi a une portée potentiellement excessive. En d'autres termes, ce n'est pas vraiment le manque de précision en lui-même qui est considéré comme problématique dans le contexte, mais plutôt le fait que la loi, par son imprécision, puisse être interprétée d'une façon qui outre-passe les moyens légitimes dont dispose l'État afin d'atteindre ses objectifs.

En général, les concepts d'imprécision et de portée excessive sont distincts dans la mesure où une loi peut très bien ne souffrir

¹⁹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

²⁰ *Comité pour la République du Canada c. Canada*, précité, note 3, 246.

²¹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3, 629.

que de l'un des deux à la fois. La Cour d'appel de l'Ontario a bien exposé le rapport entre l'imprécision et la portée excessive dans la décision **Zundel**²²:

*L'imprécision et la portée excessive d'une loi sont deux notions. Elles peuvent être appliquées séparément ou elles peuvent être intimement liées. L'effet recherché d'une loi peut être parfaitement clair et donc ne pas être vague, et pourtant son application peut être trop large. Par ailleurs, pour illustrer le fait que les deux notions puissent être intimement liées, le libellé d'une loi peut être tellement imprécis qu'on juge son effet trop large.*²³

Dans certains contextes, les deux concepts peuvent donc être totalement distincts. Cependant, ils seront étroitement liés sous le volet de l'« atteinte minimale » étant donné que l'imprécision n'y est problématique que dans la mesure où elle peut engendrer une portée excessive. La Cour suprême a d'ailleurs reconnu dans l'affaire **Nova Scotia Pharmaceutical Society** que « l'imprécision, en ce qui concerne le volet "atteinte minimale" du critère relatif à l'article premier, se confond avec la notion connexe de portée excessive ». ²⁴

L'examen des questions de précision des textes législatifs dans le volet « atteinte minimale » ne relève donc pas de la doctrine de l'imprécision au sens strict. Ce n'est que dans la mesure où la loi vague peut résulter en une portée excessive que son degré de précision sera pertinent. Les préoccupations des tribunaux à ce stade ne concernent pas la primauté de droit et ses deux corollaires d'« avertissement raisonnable » et de « limitation du pouvoir discrétionnaire » comme c'est normalement le cas dans le cadre de la théorie de l'imprécision. Le juge Gonthier a d'ailleurs affirmé dans l'affaire **Nova Scotia Pharmaceutical Society** que, sous le volet de l'« atteinte minimale », le manque de clarté ne doit pas être qualifié d'« imprécision », mais bien de portée excessive. Il s'est exprimé ainsi :

Par souci de clarté, je préférerais réserver l'emploi du mot « imprécision » au degré le plus grave de l'imprécision, lorsque la loi est

²² **R. c. Zundel**, (1987) 58 O.R. (2d) 129.

²³ *Id.*, 157 et 158. Traduction tirée de **R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3, 630 (approuvant le passage cité).

²⁴ **R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3, 627. Voir également **Comité pour la République du Canada c. Canada**, précité, note 3, 208, ainsi que **Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)**, [1991] 2 R.C.S. 69, 95.

*imprécise au point de ne pas représenter une restriction prescrite par une « règle de droit » au sens de l'article premier in limine. L'autre aspect de l'imprécision, découlant de la portée excessive, devrait être considéré comme tel.*²⁵

Malgré cette distinction majeure, nous traiterons tout de même dans ce texte de l'impact de l'imprécision dans le cadre de l'atteinte minimale, tout en gardant à l'esprit la particularité des fondements sous-jacents de l'exigence. Même si l'imprécision n'est problématique dans le cadre de ce fondement constitutionnel que de façon indirecte par le biais de la portée excessive, il nous semble opportun d'en traiter dans la même foulée que la théorie classique de l'imprécision, car les deux phénomènes peuvent interagir de façon intéressante. Cela permettra de couvrir l'ensemble des problèmes constitutionnels liés à l'usage de libellés législatifs imprécis et d'en retirer une meilleure compréhension globale. Notons par ailleurs que la Cour suprême traite parfois délibérément des problèmes d'« imprécision » dans le cadre de l'atteinte minimale. Ainsi, le juge La Forest a tenu les propos suivants à l'occasion de l'affaire **Radio-Canada** :

*Je souligne que dans Nova Scotia Pharmaceutical Society [...] le juge Gonthier a préféré réserver l'emploi du mot « imprécision » au degré le plus grave d'imprécision, savoir les cas où la loi est imprécise au point de ne pas constituer une restriction prescrite par une « règle de droit », et qu'il a employé plutôt le terme « portée excessive » pour désigner l'autre aspect de la notion d'imprécision. Dans le présent pourvoi, j'utilise le terme « imprécision » au sens de « portée excessive ».*²⁶

c. Les interrelations entre le fondement « règle de droit » et le fondement « atteinte minimale »

La référence à la théorie de l'imprécision a habituellement peu d'impact lorsque celle-ci est invoquée dans le cadre de l'article premier *in limine*. Étant donné que l'imprécision est également pertinente, du moins de façon indirecte, sous le volet « atteinte minimale » du critère **Oakes**²⁷, la Cour évitera la plupart du temps de conclure que la loi est trop imprécise pour constituer

²⁵ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3, 630 et 631.

²⁶ *Société Radio-Canada c. Procureur général du Nouveau-Brunswick (P.G.)*, [1996] 3 R.C.S. 480, 510.

²⁷ *R. c. Oakes*, précité, note 19.

une « règle de droit », ce qui mettrait un terme à l'analyse fondée sur l'article premier.

En effet, malgré les fondements sous-jacents différents concernant les exigences respectives d'une « règle de droit » et de l'« atteinte minimale », il n'en demeure pas moins qu'en pratique, la plupart du temps, une loi qui ne passe pas le premier test ne passera pas non plus le second. L'on considère habituellement que si une loi est trop « inintelligible » pour constituer une « règle de droit », elle sera également susceptible d'une interprétation par le décideur pouvant lui donner une portée excessive. Par contre, l'inverse n'est pas vrai, et une loi dont l'imprécision peut résulter en une portée excessive n'échouera pas nécessairement le test de la « règle de droit ». Le fait que la seconde norme soit habituellement plus exigeante, en pratique, a incité la Cour suprême à considérer qu'« il vaut mieux dans la vaste majorité des cas aborder la question de l'imprécision dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier plutôt que d'invalidier d'emblée la loi »²⁸. À ce sujet, la Cour s'est ralliée à l'opinion suivante émise par le juge McLachlin (en dissidence) dans l'affaire **Taylor** :

J'hésiterais toutefois à contourner complètement l'analyse en vertu de l'article premier en concluant que les mots employés sont à ce point vagues qu'ils ne constituent pas une restriction prescrite par une « règle de droit », à moins de pouvoir vraiment dire de la disposition qu'elle n'énonce pas de norme intelligible.²⁹

Malgré cela, il pourrait arriver que, dans certains cas, l'imprécision sous l'élément « règle de droit » de l'article premier acquiert une pertinence réelle. Cela serait dû à la nature et aux objectifs différents de l'exigence de l'imprécision dans les deux étapes qui nous intéressent au sein de l'article premier. Rappelons que sous le volet « règle de droit », les préoccupations d'imprécision sont reliées directement à la primauté du droit. L'on veut éviter que les droits constitutionnels soient restreints de façon non prévisible et arbitraire. En ce qui concerne le volet « atteinte minimale », ce n'est pas vraiment le respect de la primauté du droit qui incite les tribunaux à combattre l'imprécision, mais bien la crainte de la portée excessive. L'on appréhende les

²⁸ **Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)**, précité, note 24, 95.

²⁹ **Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor**, [1990] 3 R.C.S. 892, 956.

situations où le décideur, s'autorisant d'un libellé lui octroyant une grande discrétion, limite les droits constitutionnels de façon plus que nécessaire.

Comme nous l'avons vu, ces deux objectifs connexes mais conceptuellement différents convergent la plupart du temps; c'est pourquoi les tribunaux préfèrent analyser directement le second test, soit celui de l'« atteinte minimale ». Cependant, dans certaines situations, il pourrait arriver que les deux tests conservent une pertinence mutuellement exclusive. Prenons par exemple le cas de l'affaire *Slaight Communications*³⁰. La problématique qui nous intéresse n'a pas été soulevée en tant que tel dans cette affaire qui est néanmoins intéressante dans la mesure où elle offre un cadre d'analyse permettant d'illustrer adéquatement nos propos.

L'article 61.5(9)c) du *Code canadien du travail*³¹ prévoyait qu'un arbitre pouvait ordonner à un employeur de faire « toute [...] chose qu'il juge équitable » afin de remédier à un congédiement injuste. En l'espèce, l'arbitre rendit une ordonnance qui obligeait l'employeur à rédiger une lettre de recommandation dans laquelle il reconnaissait que le congédiement était injuste. De plus, l'employeur se voyait interdit de répondre à toute demande de renseignements autrement que par l'envoi de cette lettre. Il a été jugé que cela portait atteinte à l'alinéa 2**b**) de la Charte qui protège la liberté d'expression. À l'étape de la justification, la présence d'une « règle de droit » au sens formel était controversée, étant donné que c'était, en pratique, l'ordonnance de l'arbitre qui était confrontée à l'article premier. La Cour suprême décida cependant que l'exigence d'une « règle de droit » au sens formel était satisfaite étant donné que l'arbitre avait exercé son pouvoir en vertu de la loi. L'atteinte fut ensuite confrontée au test de l'article premier en tant que tel et elle fut jugée valide. Le test de l'« atteinte minimale » fut satisfait en l'absence de portée excessive, tant de la loi que de l'ordonnance. La loi en elle-même respecte le test de l'« atteinte minimale » par le biais d'une « interprétation conciliatrice » effectuée par la Cour : la disposition doit être interprétée comme ne permettant pas à l'arbitre de porter atteinte à l'alinéa 2**b**) d'une façon qui ne serait pas justifiable

³⁰ *Slaight Communications c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

³¹ S.R.C. 1970, c. L-1.

dans le cadre de l'article premier. Malgré les termes à première vue attributifs de discrétion absolue, cette technique de l'interprétation atténuée à l'aide de la Charte permet donc d'éviter le problème de la portée excessive.

En ce qui concerne l'ordonnance de l'arbitre, mentionnons que c'est elle qui est, en pratique, confrontée au test de l'article premier. En théorie, cependant, la raisonnable de la restriction à la liberté d'expression contenue dans l'ordonnance est examinée par le biais d'un mécanisme de droit administratif. En effet, c'est la **légalité** de l'ordonnance qui est évaluée par rapport à une loi ayant incorporé, par interprétation, les exigences de la Charte. Si l'arbitre ne respecte pas ces exigences, sa décision pourra être révisée selon la norme de la « simple erreur de droit » pour cause d'excès de compétence.

Nous constatons que dans ce contexte, la loi est d'une précision suffisante pour satisfaire au test de l'« atteinte minimale ». Cela est dû au jeu de l'interprétation conciliatrice dont elle a fait l'objet et qui l'immunise contre le vice de la portée excessive (soit la préoccupation principale sous l'« atteinte minimale » dans le cadre de la théorie de l'imprécision). Par contre, et c'est là l'objet de notre propos, il serait intéressant d'examiner si la loi satisfait à l'exigence d'une « règle de droit » au sens qualitatif. En effet, la loi donne un pouvoir discrétionnaire très large à l'arbitre de décider ce qu'il juge être le plus approprié dans les circonstances pour contrebalancer les effets du congédiement. À cet égard, les propos déjà cités du juge en chef Dickson dans l'affaire **Irwin Toy** sont révélateurs :

s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite par une « règle de droit ».³²

³² **Irwin Toy c. Procureur général du Québec**, précité, note 15, 983.

L'octroi d'un si large pouvoir discrétionnaire à l'arbitre dans l'affaire *Slaight*³³ n'est pas sans rappeler les arrêts *Ontario Board of Censors*³⁴ et *Comité pour la République du Canada*³⁵ (opinion du juge L'Heureux-Dubé) à l'occasion desquels le test de la « règle de droit » n'avait pas été satisfait à cause de la trop grande latitude accordée au décideur.

Il est vrai qu'en ce qui concerne l'affaire *Slaight*, le pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu dans la mesure où il doit être exercé dans le respect des prescriptions de l'« atteinte minimale » intégrées dans la loi par le biais de l'interprétation conciliatrice. Il n'en demeure pas moins cependant que ces mesures qui immunisent la loi contre la portée excessive ne font que créer un plafond au-delà duquel l'arbitre n'aura pas juridiction. Même si l'arbitre doit agir à l'intérieur de ces prescriptions, il dispose tout de même d'une marge de manœuvre considérable pour décider de quelle façon il restreindra la liberté d'expression. Cela peut être incompatible avec le souci de préserver la primauté du droit à l'occasion des restrictions apportées aux libertés fondamentales enchâssées dans la Charte. De cette façon, la loi qui était à l'origine de l'ordonnance de l'arbitre pourrait être incompatible avec l'exigence d'une « règle de droit » au sens qualitatif, et cela malgré l'absence de portée excessive à l'étape de l'« atteinte minimale ».

2. L'article 7 et d'autres dispositions comprenant une restriction inhérente

Dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, le juge Gonthier a noté que « [l]'imprécision peut être soulevée aux termes des dispositions de fond de la Charte chaque fois que ces dispositions comprennent une restriction inhérente. »³⁶ C'est le cas en ce qui concerne l'article 7 comme l'avait spécifié le juge Lamer

³³ *Slaight Communications* c. *Davidson*, précité, note 30.

³⁴ *Ontario Film & Video Appreciation Society* c. *Ontario Board of Censors*, précité, note 17.

³⁵ *Comité pour la République du Canada* c. *Canada*, précité, note 3 (opinion du juge L'Heureux-Dubé).

³⁶ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3, 631.

dans le Renvoi sur la prostitution³⁷. À ce titre, la précision législative constitue un « principe de justice fondamentale ».

Notons que d'autres dispositions de la Charte peuvent être considérées comme comprenant une « restriction inhérente » permettant d'invoquer la théorie de l'imprécision. C'est ainsi que la Cour suprême a conclu à l'occasion de l'affaire *Morales*³⁸ que l'imprécision d'une loi restreignant le droit à la mise en liberté sous condition d'un accusé contrevenait à l'alinéa 11e) de la Charte qui prévoit que tout inculpé a le droit « de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable ».³⁹ Le tempérament apporté par la notion de « juste cause » constitue une « restriction inhérente » permettant de tenir compte de l'imprécision de la loi au même titre que les « principes de justice fondamentale » de l'article 7.

Somme toute, pour ce qui est des dispositions de fond de la Charte, c'est le plus souvent dans le cadre de l'article 7 que la théorie de l'imprécision est invoquée à l'heure actuelle. Rappelons que le schéma d'analyse dicté de façon générale par cette disposition comporte deux étapes. En effet, pour que l'article 7 soit invoqué avec succès, il faut en premier lieu que l'on établisse une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité. Ensuite, il doit être prouvé que cette atteinte n'est pas conforme aux « principes de justice fondamentale ». Une loi qui restreint la vie, la liberté ou la sécurité en des termes vagues est donc vulnérable sur le plan constitutionnel.

Dans le cadre de l'article 7, il semblerait que l'imprécision soit pertinente à la fois pour des motifs reliés à la primauté du droit et pour éviter la portée excessive. Dans cette optique, il s'agit en quelque sorte d'un amalgame des considérations qui sont pertinentes sous le volet « règle de droit » et sous le volet « atteinte minimale » de l'article premier. L'imprécision a ainsi une double fonction lorsqu'elle est invoquée à titre de « principe de justice fondamentale ». En effet, l'article 7 emprunte d'une part les

³⁷ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code Criminel (Man.)*, précité, note 5, 1155.

³⁸ *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711.

³⁹ Notons que l'article 7 aurait été de toute façon applicable dans l'affaire *Morales* sous son aspect « liberté », mais le juge en chef Lamer préféra analyser la question sous l'angle de l'alinéa 11e) qui offrait une protection plus spécifique dans les circonstances.

mêmes considérations relatives à la primauté du droit qui prévalent sous le volet « règle de droit », soit l'avertissement raisonnable et le souci de limiter le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi. Les propos du juge Gonthier dans l'affaire **Nova Scotia Pharmaceutical Society** traduisent cette réalité :

*Dans une perspective théorique, les justifications invoquées à l'appui de la théorie de l'imprécision au regard de l'article 7 et de l'article premier [in limine], sont semblables. Il ressort de la jurisprudence précitée que les arguments relatifs à l'avertissement raisonnable donné aux citoyens et à la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi sont avancés dans tout débat touchant l'imprécision.*⁴⁰

D'autre part, tout comme c'est le cas à l'étape de l'« atteinte minimale », la portée excessive est une préoccupation pertinente relativement à l'analyse de l'imprécision dans le cadre de l'article 7. La portée excessive a été expressément reconnue comme étant contraire aux « principes de justice fondamentale » par la Cour suprême dans l'affaire **Heywood**⁴¹. Or, comme nous l'avons vu plus tôt, qui dit « imprécision » dit la plupart du temps « portée excessive potentielle ». Mentionnons cependant que la portée excessive – qu'elle résulte ou non de l'imprécision d'une loi – doit être analysée avec moins de rigueur dans le cadre de l'article 7 qu'à l'étape de l'« atteinte minimale » de l'article premier. L'on n'exigera pas de l'État qu'il porte « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté : un simple test de proportionnalité suffira⁴².

Abordons maintenant une certaine problématique susceptible de se manifester dans l'avenir au sujet de l'applicabilité de la théorie de l'imprécision dans le cadre de l'article 7. Rappelons que pour établir une atteinte à cet article, il est nécessaire de démontrer deux choses, soit une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité et la non-conformité avec les « principes de justice fondamentale ». De plus, et c'est ce qui risque de devenir problématique, le libellé de l'article 7 suppose l'existence d'un certain lien entre ces deux éléments. Le texte de l'article est le suivant :

⁴⁰ R. c. **Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3, 631.

⁴¹ R. c. **Heywood**, [1994] 3 R.C.S. 761, 792 et 793; voir également R. c. **Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3, 629.

⁴² R. c. **Heywood**, précité, note 41, 793 et 794.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

La plupart du temps, dans le cadre de la théorie de l'imprécision, l'existence d'un lien entre les deux éléments ne pose pas de problème. Par exemple, dans le cas d'une loi créatrice d'infraction criminelle en des termes vagues, il est clair que l'injustice créée par l'imprécision des termes a un impact direct sur la privation éventuelle de liberté. Le manque d'avertissement raisonnable et le large pouvoir discrétionnaire octroyé au décideur sont tant d'éléments qui ont une influence immédiate sur la restriction de liberté. Dans d'autres cas cependant, le lien entre l'imprécision de la loi (contraire aux « principes de justice fondamentale ») et la privation de l'un des droits prévus à l'article 7 est loin d'être évident. Cela soulève la question de savoir si l'article 7 serait applicable.

Afin d'illustrer notre propos, prenons l'exemple de la situation qui prévalait dans l'affaire *Taylor*⁴³. L'article 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁴⁴ interdit de diffuser des messages téléphoniques « susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe » religieux ou racial. Un tribunal avait, en vertu de cet article, ordonné à l'accusé de cesser de diffuser certains messages téléphoniques, ce qu'il refusa de faire. Suite à ce refus, il fut accusé d'outrage au tribunal et condamné à un emprisonnement. Mentionnons que dans l'affaire *Taylor*, la loi a été contestée à l'égard de l'alinéa 2**b**) (liberté d'expression) et l'imprécision fut examinée dans le cadre de l'article premier. Mettons cependant de côté l'alinéa 2**b**) pour les fins de l'illustration afin de voir si l'article 7 aurait pu être applicable et si l'imprécision aurait été pertinente à ce chapitre.

Il semble y avoir absence de lien entre la restriction de la liberté (soit l'emprisonnement pour outrage au tribunal) et la prétendue imprécision des termes de la loi. En effet, même en admettant que les termes de la loi pourraient être d'une impréci-

⁴³ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, précité, note 29.

⁴⁴ S.C. 1976-77, c. 33.

sion inacceptable⁴⁵, l'ordonnance émise en vertu de cette loi n'était certainement pas elle-même dépourvue de clarté. Nous avons affaire ici à un commandement clair basé sur une norme qui est vague par hypothèse. Or, c'est le non-respect volontaire et éclairé du commandement qui enclenche la privation de liberté. Le lien entre les deux éléments requis pour faire entrer en jeu l'article 7 fait défaut dans ce type de situation, ce qui peut compromettre l'applicabilité de l'argument d'imprécision.

La reconnaissance de l'applicabilité de l'article 7 dans ce type de cas pourrait avoir pour effet de donner une large portée à la théorie de l'imprécision. Cela est vrai dans la mesure où elle pourrait être invoquée non seulement lorsqu'il y a violation de la vie, de la liberté ou de la sécurité par effet direct de la loi, mais également lorsqu'une éventuelle violation de la liberté suite au non-respect d'une ordonnance risquerait d'apparaître. Cet élargissement du concept de liberté pourrait forcer le respect des « principes de justice fondamentale » à chaque fois qu'une ordonnance pénale ou civile est susceptible d'entraîner un emprisonnement pour outrage au tribunal si elle n'est pas respectée. Cette hypothèse a été effleurée par le juge Lamer dans le Renvoi relatif à la *Motor Vehicle Act*⁴⁶. Sans trancher cette question qui n'était pas pertinente en l'espèce, le juge Lamer n'a pas écarté l'éventualité d'une invocation indirecte du concept de liberté :

*Comme personne n'a traité de l'emprisonnement en tant que peine possible faute de paiement de l'amende, je préfère ne pas exprimer d'avis relativement à l'article 7 sur cette possibilité dans le cas où quelqu'un aurait été déclaré coupable d'une infraction de responsabilité absolue.*⁴⁷

Afin de dégager des éléments de réponse relativement à la problématique que nous venons de soulever, il importe de garder à l'esprit la double fonction de la théorie de l'imprécision dans le cadre de l'article 7 – question dont nous avons déjà fait état. Ain-

⁴⁵ Notons que selon la majorité dans *Taylor*, le paragraphe 13(1) est suffisamment précis pour satisfaire le test de l'article premier (p. 929). Occultons cependant cette réalité pour les fins de l'exercice afin de voir s'il aurait été possible de plaider l'imprécision dans le cadre de l'article 7 de la Charte.

⁴⁶ *Renvoi relatif au paragraphe 94 (2) de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288*, [1985] 2 R.C.S. 486.

⁴⁷ *Id.*, 515.

si, d'une part, l'imprécision y est pertinente pour des motifs reliés à la primauté du droit (avertissement et limitation de la discrétion). D'autre part, elle peut acquérir une importance au regard de l'article 7 dans la mesure où elle peut avoir pour effet de conférer une portée excessive à la loi (arrêts **Nova Scotia Pharmaceutical Society**⁴⁸ et **Heywood**⁴⁹).

Sous l'angle de la primauté du droit, l'article 7 serait probablement inapplicable dans la situation que nous avons exposée. Cela est dû aux raisons sous-jacentes pour lesquelles l'imprécision, dans son volet principal de « primauté du droit », est reconnue comme « principe de justice fondamentale ». Les propos du juge Lamer dans le Renvoi sur la prostitution sont intéressants :

Il me semble évident qu'il y a atteinte aux principes de justice fondamentale si une personne risque d'être privée de sa liberté parce qu'elle n'a pas reçu un avertissement suffisant que sa conduite était visée pour l'infraction définie par le Parlement.⁵⁰(Nous soulignons)

En fait, la raison pour laquelle l'imprécision est pertinente dans le cadre de l'article 7, du moins sous l'angle de la primauté du droit, est le désir d'éviter que les considérations arbitraires soient **la cause** d'une privation de liberté. Or, dans la situation que nous avons exposée, l'accusé Taylor savait fort bien à quoi s'en tenir lorsqu'il décida de ne pas respecter l'ordonnance claire du tribunal. L'on ne peut prétendre qu'il n'a pas reçu un avertissement raisonnable quant aux conséquences de ses actes, pas plus que les responsables de l'application de la loi bénéficiaient d'un pouvoir discrétionnaire illimité pour le condamner d'outrage au tribunal.

Une autre décision de la Cour suprême qui donnait ouverture à une problématique de ce type est l'affaire **Morgentaler**⁵¹. Malgré la complexité que présente cet arrêt, notamment à cause des quatre séries de motifs exprimés par les juges, il vaut néanmoins la peine de s'y attarder dans le contexte de la problématique que nous avons énoncée, étant donné qu'il fournit certains éléments

⁴⁸ **R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3.

⁴⁹ **R. c. Heywood**, précité, note 41.

⁵⁰ **Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195. 1 (1) c) du Code Criminel (Man.)**, précité, note 5, 1155.

⁵¹ **R. c. Morgentaler**, précité, note 2.

de réponse. L'article 251 C.cr. prohibait les avortements à moins qu'il n'y ait « danger pour la santé » de la mère. L'évaluation du critère de la santé était confiée à des comités de médecins qui pouvaient émettre des autorisations aux termes d'une procédure assez complexe et laborieuse. Il était allégué, entre autres, l'imprécision de l'expression « danger pour la santé ». Les juges Beetz et Dickson ont pour leur part, dans des motifs séparés, conclu que la procédure portait atteinte à la sécurité de la femme. Dans cette optique, il n'y avait aucun problème concernant l'applicabilité de la théorie de l'imprécision étant donné le lien immédiat pour la femme entre la norme prétendument vague et la restriction de la sécurité. Le médecin pouvait, pour sa part, invoquer en défense une violation de l'article 7 au nom de la femme enceinte.⁵²

Par contre, dans le cadre des motifs dissidents du juge McIntyre, l'applicabilité des arguments d'imprécision était plus problématique. Selon lui, l'article 251 ne crée aucune atteinte à la sécurité de la femme. Il devait donc se rabattre sur la liberté pour rendre applicable l'article 7. Cette liberté est mise en jeu par l'emprisonnement engendré par le non-respect de la décision claire du comité. Dans ce contexte, il n'y a pas de lien entre l'exigence de précision du critère du « danger pour la santé » en tant que « principe de justice fondamentale » et l'atteinte à la liberté. Fait révélateur, le juge McIntyre n'examine d'ailleurs pas si l'expression en question est suffisamment précise : il se contente de reprendre à ses fins les propos de la Cour d'appel selon lesquels « il n'y a aucune difficulté à déterminer ce qui est interdit et ce qui est permis [...] les intimés savaient que les actes projetés et accomplis par eux constituaient une infraction à l'article en cause »⁵³. Ce type d'approche milite en faveur de la thèse selon laquelle l'article 7 n'est pas violé en l'absence de lien direct entre l'imprécision d'une part, et la vie, la liberté ou la sécurité d'autre part.

⁵² Au sujet de la possibilité d'invoquer les droits constitutionnels d'autrui, voir notamment *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.

⁵³ *R. c. Morgentaler*, (1985) 52 O.R. (2d) 353, 387 et 388 (C.A. Ont.), cité avec approbation par le juge McIntyre (dissident) dans *R. c. Morgentaler*, précité, note 2, 153 et 154. (La troncature de la citation est de nous).

Cela ne veut cependant pas dire, selon nous, que l'article 7 sera inapplicable dans chaque cas où un tel lien direct fait défaut. C'est ici qu'entre en jeu la seconde fonction de la théorie de l'imprécision dans le cadre de l'article 7 dont nous avons déjà fait état. Il s'agit du souci d'éviter que l'imprécision se transforme en portée excessive. En effet, même si les problèmes d'imprécision liés à la primauté du droit disparaissent avec l'énonciation d'une ordonnance claire, une portée excessive peut subsister à cause de l'imprécision de la norme sur laquelle ladite ordonnance est basée. Si la disposition législative est tellement vague qu'elle permet à l'autorité de rendre une ordonnance arbitraire et démesurée, il peut y avoir un problème de portée excessive au sens de l'article 7 si l'on emprisonne un citoyen pour avoir refusé de s'y conformer. Ainsi, dans certains cas, l'imprécision pourrait avoir un lien avec la violation de la liberté par le biais de la portée excessive qu'elle autorise. Cet argument ne serait cependant pas applicable dans tous les types de situations. Par exemple, dans l'affaire *Morgentaler*⁵⁴, il est peu probable que les termes « danger pour la santé » aient pu avoir pour effet d'engendrer une portée excessive. La marge de manœuvre des comités thérapeutiques n'était sans doute pas assez large pour alléguer une portée excessive⁵⁵. En ce qui concerne le cas de l'affaire *Taylor*, toujours en occultant l'alinéa 2b), les risques de portée excessive auraient été plus probables, bien que la majorité de la Cour ait décidé le contraire dans le cadre de son analyse de l'article premier⁵⁶.

La démonstration qui précède révèle, à notre sens, qu'il n'est pas impossible que l'article 7 puisse être applicable en l'absence de lien direct et apparent entre l'imprécision et l'atteinte au droit protégé. Cela pourrait être le cas si la loi confère une discrétion très large au décideur et soulève par le fait même le problème de la portée excessive.

⁵⁴ *R. c. Morgentaler*, précité, note 2.

⁵⁵ Il est même probable que selon les standards actuels de précision émanant de l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, l'expression du « danger pour la santé » ne puisse même plus être qualifiée d'imprécise au sens strict, contrairement à ce que semblait suggérer le juge en chef Dickson (pp. 68 et 69) qui prit en considération le manque de clarté de la norme parmi plusieurs facteurs pour conclure que les « principes de justice fondamentale » étaient violés.

⁵⁶ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, précité, note 29, 929.

B. La non-autonomie de la théorie

Il importe de souligner le fait que la théorie de l'imprécision n'a pas d'existence autonome comme motif d'invalidation des lois en droit constitutionnel canadien. En effet, la Cour suprême a reconnu la légitimité des arguments relatifs à l'imprécision uniquement dans le cadre des articles de la Charte dont nous avons fait état. Il s'agit de l'article premier *in limine*, du volet « atteinte minimale » de l'analyse de l'arrêt **Oakes**⁵⁷ et des dispositions comprenant une « restriction inhérente » dont l'article 7. Aucun de ces articles ne permet de fonder une contestation constitutionnelle uniquement sur des prétentions d'imprécision de la loi en cause. Il doit toujours y avoir un droit expressément garanti par la Charte qui soit atteint afin que l'imprécision puisse acquérir une importance constitutionnelle. Ainsi, dans le cadre de l'article premier *in limine* et du volet « atteinte minimale », il est manifeste qu'il doit en premier lieu y avoir eu une violation d'un droit garanti pour que l'article premier entre en ligne de compte. En ce qui concerne l'article 7, l'imprécision n'est pas non plus un motif d'invalidation autonome, mais constitue plutôt un « principe de justice fondamentale » qui doit obéir aux règles d'applicabilité élaborées en la matière :

*Les principes de justice fondamentale [...] constituent non pas un intérêt protégé, mais plutôt un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne.*⁵⁸

Notons que certaines décisions de la Cour suprême sont de nature à semer la confusion à propos du caractère non autonome de la doctrine de l'imprécision. Ainsi, dans l'affaire **Young c. Young**⁵⁹, il était question de la validité constitutionnelle des paragraphes 16(8) et 17(5) de la **Loi sur le divorce**⁶⁰ qui prévoient que les décisions judiciaires en matière de garde et de droit d'accès doivent tenir compte de l'« intérêt de l'enfant ». En se fondant sur ces dispositions, un tribunal de Colombie-Britannique avait émis une ordonnance restreignant la possibilité pour Monsieur Young d'endoctriner ses enfants avec la religion des témoins

⁵⁷ R. c. **Oakes**, précité, note 19.

⁵⁸ *Renvoi relatif au paragraphe 94 (2) de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288*, précité, note 46, 501.

⁵⁹ [1993] 4 R.C.S. 3.

⁶⁰ L.R.C. (1985), c. 3 (2^e supp.).

de Jéhovah. Le père contestait la loi et l'ordonnance en vertu des articles 2**a**) (liberté de religion), 2**b**) (liberté d'expression), 2**d**) (liberté d'association) et 15(1) (droit à l'égalité), en plus de prétendre que le critère de l'« intérêt de l'enfant » souffrait d'imprécision.

Les arguments relatifs à l'imprécision ne devraient normalement être examinés que lorsqu'une atteinte a été établie relativement à l'un des droits substantifs invoqués. Le juge L'Heureux-Dubé a cependant examiné les prétentions d'imprécision de la loi, pour conclure qu'elle était suffisamment précise, et cela sans qu'elle ne soit par ailleurs arrivée à la conclusion qu'un autre droit constitutionnel était violé⁶¹. La seule place de la théorie de l'imprécision dans cette affaire aurait été dans le cadre de l'article premier. Or, il est curieux de retrouver des considérations qui relèvent de l'article premier dans un jugement alors qu'aucune violation à un droit garanti n'a été démontrée.

De façon analogue, dans l'affaire *P.(D.) c. S.(C.)*⁶², l'article 30 C.c.B.C., qui consacre lui aussi le critère du « meilleur intérêt de l'enfant » en ce qui concerne les droits de garde des parents séparés de corps, avait fait l'objet d'une ordonnance allant dans le même sens que celle qui avait été émise dans l'affaire *Young*⁶³. Les mêmes griefs constitutionnels ont été invoqués par le père, et le juge L'Heureux-Dubé, parlant cette fois-ci au nom de la majorité, a encore examiné la question de l'imprécision alors qu'elle n'a par ailleurs conclu à la violation d'aucun droit protégé⁶⁴. Cela fut sans conséquence étant donné que l'argument de l'imprécision a été rejeté sur le fond.

Cependant, le fait que les motifs ne révèlent aucun obstacle à la recevabilité de l'argument dû à l'absence de fondement constitutionnel est déplorable car cela sème une certaine confusion. Avant d'avoir l'occasion de dire que « le critère du meilleur intérêt de l'enfant énoncé à l'article 30 C.c.B.C. [...] ne saurait être imprécis au sens de l'article premier de la *Charte* »⁶⁵, on s'attendrait à ce qu'une atteinte à un droit substantif de la Charte ait été établie, ce qui n'a pas été le cas. De même, avant de lire que

⁶¹ *Young c. Young*, précité, note 59, 71-77.

⁶² [1993] 4 R.C.S. 141.

⁶³ *Young c. Young*, précité, note 59.

⁶⁴ *P.(D.) c. S.(C.)*, précité, note 62, 178-181.

⁶⁵ *Id.*, 180.

« l'article 30 C.c.B.C. n'est pas imprécis au sens de l'article 7 de la Charte »⁶⁶, il serait souhaitable que la question de savoir s'il y a eu une quelconque atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité soit au moins abordée, ce qui ne fut pas fait. Avec égards, une telle analyse de la doctrine de l'imprécision dans le cadre de l'article 7 est insatisfaisante. L'omission de préciser la nécessaire atteinte préalable à la vie, à la liberté ou à la sécurité pour faire entrer en jeu les « principes de justice fondamentale » est clairement incompatible avec la mécanique propre à l'article 7 telle que développée notamment dans l'affaire du Renvoi relatif à la *Motor Vehicle Act*⁶⁷.

La troisième décision de la Cour suprême à l'occasion de laquelle la théorie de l'imprécision a fait l'objet d'un examen en l'absence de fondement constitutionnel suffisant est l'affaire *Ruffo c. Conseil de la magistrature*⁶⁸. L'article 8 du *Code de déontologie de la magistrature*⁶⁹ qui prévoit que « [d]ans son comportement public le juge doit faire preuve de réserve, de courtoisie et de sérénité » était contesté par rapport à l'alinéa 2b) (liberté d'expression) de la Charte, ainsi qu'en vertu de la théorie de l'imprécision. Après avoir conclu qu'elle ne désirait pas se prononcer immédiatement sur la question de la liberté d'expression, la Cour a analysé la question de l'imprécision, sans toutefois invoquer quelque fondement constitutionnel pouvant justifier le recours à cette doctrine.⁷⁰

Les trois décisions mentionnées sont de nature à semer la confusion en ce qui concerne le caractère non autonome de la théorie de l'imprécision. S'agit-il d'*obiter dicta* selon lesquels la loi n'aurait pas été imprécise par rapport à l'article premier dans l'éventualité où le droit substantif par ailleurs invoqué aurait été violé? Si c'est le cas, la Cour aurait avantage à l'affirmer plus clairement afin d'assurer une certaine cohérence avec sa jurisprudence antérieure.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Renvoi relatif au paragraphe 94 (2) de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288*, précité, note 46.

⁶⁸ [1995] 4 R.C.S. 267.

⁶⁹ Décret 643-82, (1982) 114 G.O. II, 1648.

⁷⁰ *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, précité, note 68, 329-334. Nous reviendrons plus en détails sur l'affaire *Ruffo, infra*, p. 728 et suiv.

C. Les possibilités de fondements futurs

Examinons quelques avenues constitutionnelles supplémentaires qui pourraient être invoquées dans l'avenir pour servir de fondement à la théorie de l'imprécision. Certaines d'entre elles peuvent élargir son champ d'applicabilité, alors que d'autres pourraient être de nature à lui donner un statut autonome. La Cour suprême a laissé la porte ouverte à une invocation de la théorie de l'imprécision à l'occasion de certains fondements constitutionnels additionnels dans la mesure où ceux-ci comporteraient une « restriction inhérente »⁷¹. À notre avis, une telle « restriction inhérente » peut être de deux ordres. Premièrement, lorsqu'une disposition de la Charte prévoit qu'une garantie est assujettie à certaines restrictions légales, l'imprécision dans son volet « primauté du droit » peut entrer en ligne de compte. L'imprécision est alors analysée objectivement, comme c'est le cas à l'occasion du volet « règle de droit » de l'article premier. Deuxièmement, peut devenir pertinente dans le cadre de la Charte une imprécision, que nous qualifierons de subjective, et qui est liée au concept de portée excessive. Ainsi, certains articles de la Charte font entrer en jeu des considérations de proportionnalité de l'atteinte à l'étape même de la définition du droit. Dans certains cas, nous verrons que cela peut avoir pour effet de rendre l'imprécision applicable, comme c'est le cas à l'étape de l'« atteinte minimale » de l'analyse fondée sur l'article premier.

Nous avons vu que l'article 7, de même que l'alinéa 11e), incorporent les deux séries de considérations (primauté du droit et portée excessive) pour faire jouer l'imprécision. Nous croyons que certains autres fondements constitutionnels qui incorporent l'une de ces considérations ou les deux à la fois peuvent logiquement permettre d'invoquer la théorie de l'imprécision. De plus, nous estimons que certaines sources additionnelles peuvent constituer des fondements à la théorie de l'imprécision sans toutefois prendre la forme de dispositions comprenant une « restriction inhérente ». Nous examinerons les fondements futurs éventuels en trois catégories, soit les autres fondements dans la Charte canadienne (1), les fondements dans la Charte québécoise (2) et les fondements dits « de principe » ou « contextuels » (3).

⁷¹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3, 631.

1. Les autres fondements possibles dans la Charte canadienne

a. Quelques fondements mineurs

L'article 8 de la Charte prévoit que « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Dans le cadre de cette disposition, l'on peut considérer que le caractère abusif que doit revêtir la fouille, la perquisition ou la saisie constitue une « restriction inhérente » pouvant rendre pertinents les arguments de précision législative. « [P]our qu'une fouille, perquisition ou saisie ne soit pas abusive, la loi doit donner le pouvoir de l'opérer »⁷². Cela découle du principe de légalité (*Rule of Law*)⁷³. Dans cette optique, il est raisonnable de penser que si une loi autorise une atteinte à la vie privée en des termes trop vagues, l'exigence de légalité pourra ne pas être satisfaite. L'imprécision deviendra donc pertinente pour des motifs relatifs à la primauté du droit. Elle pourra aussi acquérir une importance dans une optique de portée excessive, car le mot « abusives » à l'article 8 évoque des considérations de proportionnalité de l'atteinte.

D'une façon analogue, l'article 9 de la Charte pourrait aussi être invoqué. Celui-ci prévoit que « [c]hacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires ». Les remarques que nous avons formulées à l'égard de l'article 8 sont également applicables pour ce qui est de l'article 9. Ainsi, le caractère « arbitraire » que doit revêtir une détention ou un emprisonnement pourrait donner ouverture à la théorie de l'imprécision. Cela est d'autant plus plausible dans la mesure où il est déjà admis qu'un pouvoir discrétionnaire trop large conféré par la loi peut rendre arbitraire une détention⁷⁴. Il doit y avoir suffisamment de critères juridiques pour orienter la discrétion de l'autorité admi-

⁷² François CHEVRETTE et Hugo CYR, « La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce », dans Gérald A. BEAUDOIN et Errol P. MENDES, *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1996, p. 521, à la page 544.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291.

nistrative ou judiciaire⁷⁵. Bien que la jurisprudence n'ait pas encore analysé la question de l'imprécision dans le cadre des articles 8 et 9 de la Charte, il nous semble que les deux dispositions se prêtent logiquement à de tels arguments à travers les restrictions inhérentes que constituent les notions d'« abusif » ou d'« arbitraires »⁷⁶.

Une autre disposition de la Charte pouvant donner ouverture, dans une certaine mesure, à des arguments d'imprécision est l'article 6, dont le texte est le suivant :

6. (1) ***Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.***

(2) ***Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :***

(a) ***de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;***

(b) ***de gagner leur vie dans toute province.***

(3) ***Les droit mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés :***

(a) ***aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;***

(b) ***aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.***

(4) ***Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.***

Dans la mesure où les « lois » auxquelles il est fait référence aux alinéas 6(3)a) et 6(3)b) et au paragraphe 6(4) constituent certainement des « restrictions inhérentes » aux droits de circulation et d'établissement garantis aux paragraphes 6(1) et 6(2), l'on peut prétendre que la théorie de l'imprécision exige que ces lois ne soient pas exagérément vagues. Il s'agit-là cependant de simples exigences objectives de légalité liées à la primauté du droit. Ainsi, l'imprécision n'entrerait pas en ligne de compte pour évaluer une

⁷⁵ Voir F. CHEVRETTE et H. CYR, *loc. cit.*, note 72, 586-590.

⁷⁶ Voir dans le même sens Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd., (Student Edition), Toronto, Carswell, 1996, p. 868.

quelconque proportionnalité de l'atteinte aux droits des paragraphes 6(1) et 6(2), sous réserve peut-être de l'alinéa 6(3)**b** qui prévoit que les conditions de résidence prévues par la loi doivent être « justes ». Mis à part ce dernier cas où l'imprécision pourrait acquérir une importance de nature subjective liée à la portée excessive, les arguments d'imprécision seraient pertinents à l'égard de l'article 6 pour des raisons strictement liées à la primauté du droit, comme c'est le cas à l'étape du volet « règle de droit » de l'article premier.

Un raisonnement analogue s'impose à l'égard du paragraphe 15(2) de la Charte. Voici le texte de l'article 15 :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

De la même façon que dans le cadre du paragraphe 6(4), la restriction inhérente que constituent les programmes d'accès à l'égalité prévus au paragraphe 15(2) peut faire entrer en jeu une exigence selon laquelle les normes entourant ces programmes doivent être définies de façon suffisamment précise. Notons que les fondements éventuels contenus dans les articles 6 et 15 de la Charte constitueraient somme toute des élargissements très mineurs de l'applicabilité de la théorie de l'imprécision. Ceux-ci renferment, en effet, un caractère essentiellement technique qui limite leur portée à un nombre relativement restreint de situations.

Un autre moyen de trouver appui dans la Charte pour la théorie de l'imprécision serait par le biais de l'article 12 qui prévoit que « [c]hacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». Le caractère cruel et inusité peut-il faire entrer en ligne de compte l'imprécision? Pour ce qui est de l'imprécision dans son volet objectif de primauté du droit, le juge Lamer l'a probablement écartée pour sa part dans la mesure où il

a décidé dans l'affaire **Smith**⁷⁷ que le caractère arbitraire du processus pouvant mener à l'imposition d'une peine a peu de pertinence dans le cadre de l'article 12⁷⁸. L'examen doit être centré sur la peine et non sur la procédure pouvant mener à son imposition. Mentionnons cependant que le juge Lamer ne parlait alors qu'en son nom et en celui du juge en chef Dickson.

Les autres juges dans l'affaire **Smith** se sont prononcés d'une manière différente. Ainsi, dans des opinions séparées, les juges Wilson⁷⁹, McIntyre (dissident)⁸⁰ et Le Dain⁸¹ ont exprimé l'avis que le caractère arbitraire du processus menant à l'imposition de la peine pouvait être pertinent dans le cadre de l'article 12⁸². Cette prise de position va dans le même sens qu'une certaine jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis relative au VIII^e Amendement (qui est le pendant de l'article 12 de la Charte). Notons à cet égard que le VIII^e Amendement a été reconnu expressément en tant que fondement de la théorie américaine du « **Void-for-Vagueness** »⁸³. Au Canada, l'imprécision considérée dans l'optique de la primauté du droit pourrait donc être pertinente dans le cadre de l'article 12 de la Charte, mais cela demeure controversé.

Par ailleurs, il serait intéressant de voir si l'imprécision des termes d'une loi pourrait être problématique à l'égard de l'article 12 en raison de la portée excessive qu'elle pourrait engendrer. Il n'y a pas de doute que la proportionnalité entre la peine et la conduite reprochée est une question qui se situe au cœur de l'article 12. À cet égard, un libellé législatif imprécis qui laisserait une importante marge de manoeuvre au décideur dans l'imposition de la sentence pourrait éventuellement entraîner des décisions donnant une portée disproportionnée à la loi. La validité de cette dernière pourrait-elle de ce seul fait être mise en doute? Pour qu'une peine viole l'article 12, il ne suffit pas qu'elle soit

⁷⁷ *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

⁷⁸ *Id.*, 1076.

⁷⁹ *Id.*, 1109 et 1110.

⁸⁰ *Id.*, 1098 et 1103-1106.

⁸¹ *Id.*, 1111.

⁸² Notons que le juge La Forest a pour sa part préféré ne pas se prononcer sur cette question dans l'affaire **Smith**, précité, note 77, 1113.

⁸³ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

simplement disproportionnée, mais bien **exagérément** disproportionnée⁸⁴. Ceci dit, il semblerait que le caractère indéterminé des normes encadrant la détermination de la peine ne puisse pas en tant que tel entraîner une invalidation de la loi. En effet, tout porte à croire que la portée excessive pouvant découler de l'imprécision de la loi fera l'objet d'un remède au cas par cas par le biais de l'article 24 de la Charte quand la discrétion aura **effectivement** été exercée de façon à rendre la peine exagérément disproportionnée. À cet égard, les propos du juge Lamer dans l'affaire **Smith** sont révélateurs :

*C'est ce qui porte atteinte à l'art. 12, savoir la certitude et non simplement la potentialité. Sans ce minimum, l'article reste quand même susceptible de servir à imposer une peine cruelle et inusitée. Mais cela se produira que si un juge choisit d'infliger, disons sept ans au « petit contrevenant ». On pourra alors avoir recours à l'art. 24. C'est la sentence du juge, et non l'article, qui viole la Charte. Toutefois, le minimum a pour effet de créer la certitude que, dans certains cas, dès qu'il y aura déclaration de culpabilité, la violation se produira. C'est cet élément de certitude qui fait que l'article lui-même viole à première vue l'art. 12 et le minimum doit donc, sous réserve de l'article premier, être déclaré inopérant.*⁸⁵

b. L'alinéa 11g) – Non-rétroactivité pénale

Les lois se prêtant le plus naturellement à une analyse fondée sur l'imprécision sont les lois à caractère pénal. Cependant, dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour suprême, toutes les lois pénales ne sont pas soumises à des exigences de clarté législative. En effet, une loi peut être qualifiée de « pénale » si elle impose des sanctions à quiconque omet de la respecter. Les deux sanctions classiques sont l'emprisonnement et l'amende. Dans le cas d'une législation prévoyant la possibilité d'un emprisonne-

⁸⁴ *R. c. Smith*, précité, note 77, 1072.

⁸⁵ *Id.*, 1078. Il est intéressant de noter dans le cadre de l'article 12 que la nature de l'analyse variera selon la norme de référence qui est visée. Ainsi, pour ce qui est de l'analyse de la conduite visée, l'examen se fait « **on its face** », et l'on regarde non seulement la conduite dont il est question en l'espèce, mais également toutes les conduites susceptibles d'être englobées par la loi. Par contre, en ce qui concerne la peine imposée, l'analyse doit être faite « **as applied** » et seule la peine effectivement imposée en l'espèce est pertinente aux fins de l'article 12 de la Charte. L'on ne peut invoquer le problème relatif aux peines qui pourraient hypothétiquement être imposées en vertu d'une loi accordant une large discrétion au décideur.

ment, la doctrine de l'imprécision est applicable sans problèmes car le droit à la « liberté » de l'article 7 est mis en jeu. Cependant, les lois pénales ne prévoyant que l'amende comme sanction ne peuvent pas être contestées dans le cadre de l'article 7 étant donné que ce dernier ne protège pas le droit de propriété. Ainsi, nous constatons qu'une grande partie des lois pénales échappent à l'emprise de la théorie de l'imprécision, à moins qu'elles n'interdisent une activité qui est par ailleurs protégée en elle-même, soit la liberté d'expression par exemple. L'application de la théorie de l'imprécision à l'ensemble des lois pénales pourrait être rendue possible par le recours à l'alinéa 11g) de la Charte qui interdit la rétroactivité en matière pénale. Cet article est formulé de la façon suivante :

11. Tout inculpé a le droit : [...]

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

11. Any person charged with an offence has the right [...]

g) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

L'alinéa 11g) est inspiré de l'article 7 de la **Convention européenne**⁸⁶, auquel la Cour européenne des droits de l'homme a depuis longtemps donné une interprétation libérale en assimilant les infractions trop imprécises à des infractions inexistantes⁸⁷. Il y a lieu de considérer que le constituant canadien était conscient de cette réalité lorsqu'il a édicté l'alinéa 11g). Les propos du juge en chef Dickson dans le **Renvoi de l'Alberta**⁸⁸ sont pertinents au

⁸⁶ **Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, (1950) 213 R.T.N.U. 221.

⁸⁷ Voir Francis G. JACOBS, **The European Convention on Human Rights**, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1996, 164 et 165.

⁸⁸ **Re Public Services Employee Relations Act**, [1987] 1 R.C.S. 313 (le juge en chef Dickson était dissident dans cette affaire, mais sa dissidence portait sur d'autres questions).

sujet de l'usage d'instruments internationaux aux fins d'interprétation de la Charte :

la similarité entre les principes généraux et les dispositions de la Charte et ceux des instruments internationaux concernant les droits de la personne confère une importance considérable aux interprétations de ces instruments par des organes décisionnels, tout comme les jugements des tribunaux américains portant sur le Bill of Rights ou ceux des tribunaux d'autres ressorts sont pertinents et peuvent être persuasifs.⁸⁹

Une interprétation de l'alinéa 11*g*) comme comprenant implicitement une exigence de clarté des lois pénales serait par ailleurs compatible avec la philosophie prônée par la Cour suprême selon laquelle les droits et libertés doivent recevoir une interprétation libérale en fonction de leur objet afin de s'assurer que les citoyens « bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte »⁹⁰.

L'utilité première de l'alinéa 11*g*) est d'assurer que le législateur n'adoptera aucune loi assortie de sanctions pénales qui vise-rait des actes commis avant son entrée en vigueur. Ainsi, la portée des lois pénales doit être prospective. Le principal objectif sous-jacent à cette règle est d'éviter que les citoyens soient punis pour des actes à l'égard desquels ils n'avaient pas obtenu d'avertissement raisonnable quant aux restrictions légales pouvant s'y rattacher. Cela est manifestement lié à la primauté du droit dans la même mesure que la théorie de l'imprécision. Bien que les lois imprécises n'aient à première vue qu'une portée prospective au sens strict, l'objectif sous-jacent à la règle de l'alinéa 11*g*) ne sera atteint de façon satisfaisante que si l'on assimile une loi trop vague à une loi rétroactive. Ainsi, l'alinéa 11*g*) devrait constituer un fondement constitutionnel de la théorie de l'imprécision⁹¹. Si l'on considère aux fins de l'article premier qu'une loi atteignant un certain degré d'imprécision n'est pas une « règle de droit », ne peut-on pas également conclure que cette loi est insuffisante pour créer une « infraction d'après le droit interne du Canada » selon les termes de l'alinéa 11*g*)? Une loi comportant

⁸⁹ *Id.*, 348.

⁹⁰ R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 52, 344.

⁹¹ Voir dans le même sens : F. CHEVRETTE et H. CYR, *loc. cit.*, note 72, 626 et 627; André JODOUIN, « La Charte canadienne et la nouvelle légalité », dans G.A. BEAUDOUIN et E. P. MENDES, *op. cit.*, note 72, p. 786.

un degré d'imprécision tel qu'elle permet en réalité au juge de décider postérieurement à la survenance de faits si ceux-ci doivent ou non tomber sous l'emprise de la prohibition peut constituer de la « rétroactivité » législative par le détour de l'interprétation judiciaire. L'esprit de l'alinéa 11*g*) peut ainsi être bafoué si l'on permet qu'un accusé soit condamné en vertu de cette loi.

2. Les fondements dans la Charte québécoise

La *Charte des droits et libertés de la personne*⁹², qui ne s'applique bien sûr qu'aux lois québécoises, renferme, à notre avis, plusieurs dispositions pouvant constituer des fondements intéressants à la théorie de l'imprécision. Bien entendu, les dispositions de la Charte québécoise qui offrent des garanties similaires aux dispositions de la Charte canadienne peuvent, dans la même mesure que ces dernières, constituer des fondements à la théorie. Ainsi, il est facile d'imaginer que l'article 9.1 puisse constituer une base quasi constitutionnelle à la théorie de l'imprécision d'une façon qui est analogue à l'article premier de la Charte canadienne. Le texte de l'article 9.1 est le suivant :

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

Le second alinéa de l'article 9.1 constitue une disposition limitative permettant à l'État d'apporter des restrictions aux droits fondamentaux des articles 1 à 9. Étant donné que la jurisprudence reconnaît déjà que l'interprétation de l'article 9.1 est essentiellement la même que celle de l'article premier de la Charte canadienne⁹³, celui-ci pourrait rendre pertinents les arguments relatifs à la précision législative⁹⁴. De la même façon, les articles 24.1, 31 et 37 de la Charte québécoise qui correspondent respectivement aux articles 8, 11*e*) et 11*g*) de la Charte canadienne pourraient permettre une invocation de la doctrine de l'imprécision.

⁹² L.R.Q., c. C-12 (ci-après appelée « Charte québécoise »).

⁹³ *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

⁹⁴ Voir dans le même sens François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) *R.J.T.* 461, 467.

Les textes de ces dispositions législatives québécoises sont les suivants :

24.1. Nul ne peut faire l'objet de saisies, perquisitions ou fouilles abusives.

31. Nulle personne arrêtée ou détenue ne peut être privée, sans juste cause, du droit de recouvrer sa liberté sur engagement, avec ou sans dépôt ou caution, de comparaître devant le tribunal dans le délai fixé.

37. Nul accusé ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une violation de la loi.

Les dispositions que nous venons de voir n'apportent rien de vraiment nouveau à l'applicabilité de la théorie de l'imprécision étant donné que les garanties offertes sont les mêmes que dans la Charte canadienne. Certaines autres dispositions de la Charte québécoise présentent un plus grand intérêt dans la mesure où elles peuvent avoir pour effet d'incorporer une exigence de précision à l'égard des lois québécoises qui n'a pas d'équivalent dans la Charte canadienne. La portée de la théorie de l'imprécision pourrait donc être élargie au Québec. Ces dispositions sont les articles 6 et 24 de la Charte québécoise, que nous allons maintenant aborder.

L'article 6 de la Charte québécoise prévoit que « [t]oute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi ». Cette disposition reconnaît le caractère fondamental du droit de propriété⁹⁵, qu'elle soumet cependant aux restrictions « prévue[s] par la loi » (« **provided by law** »). Cette auto-limitation du droit est propice à l'invocation de la théorie de l'imprécision dans la mesure où elle constitue une « restriction inhérente » selon les termes de l'affaire **Nova Scotia Pharmaceutical Society**⁹⁶. Bien que la jurisprudence n'ait pas encore traité de cette question de façon approfondie, certaines décisions ont reconnu que le mot « loi » employé à l'article 6 impliquait une certaine exigence de précision liée à la primauté du droit⁹⁷. Il est approprié, selon nous, de considérer

⁹⁵ **Veilleux c. Commission de protection du territoire agricole du Québec**, [1989] 1 R.C.S. 839, 851 et 852.

⁹⁶ **R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3.

⁹⁷ **Procureur général du Québec c. Club Price Canada Inc.**, [1992] R.J.Q. 475, 498 et 499 (C.S.); **Droit de la famille-1769**, [1993] R.J.Q. 873, 883 (C.S.); **Procureur**

l'article 6 comme étant un fondement de la théorie de l'imprécision. Notons cependant que l'analyse doit alors se faire d'un point de vue strictement objectif dans l'optique de la primauté du droit. Comme l'article 6 ne comprend aucune exigence de proportionnalité de l'atteinte, l'imprécision dans son volet « portée excessive » ne devrait pas constituer une considération pertinente. Une reconnaissance de l'imprécision dans le cadre de l'article 6 peut avoir pour effet de conférer une large portée à cette théorie à l'égard de la législation québécoise. Ainsi, un grand nombre de lois civiles, de même que les lois pénales prévoyant l'amende comme sanction seront soumises à des exigences de clarté législative, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour suprême. Cet élargissement de l'applicabilité de cette théorie ne peut qu'être bénéfique pour la primauté du droit.

Le fondement le plus intéressant de la théorie de l'imprécision dans la Charte québécoise pourrait être l'article 24 qui se lit comme suit:

24. Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite.

24. No one may be deprived of his liberty or of his rights except on grounds provided by law and in accordance with prescribed procedure.

À notre avis, cette disposition constitue une consécration générale de la primauté du droit. À ce titre, toute législation québécoise serait soumise à des exigences de clarté en vertu de la théorie de l'imprécision. L'article 24 se prête à une analyse de précision de la loi à travers la « restriction inhérente » qu'il prévoit, selon laquelle les droits des citoyens sont soumis aux « motifs prévus par la loi » (« **grounds provided by law** »). Il convient de spécifier que cette analyse devrait s'effectuer d'un point de vue purement objectif, comme dans le cadre du volet « règle de droit » de l'article premier de la Charte canadienne. L'article 24 n'implique, en effet, aucune considération relative à la proportionnalité de l'intervention étatique pouvant justifier la pertinence de l'imprécision dans son volet « portée excessive ». À notre avis, il ne fait aucun doute que l'emploi à l'article 24 de

général du Québec c. *Société canadienne de métaux Reynolds Ltée*, [1993] R.J.Q. 98, 105 (C.A.).

l'expression « motifs prévus par la loi » (« **grounds provided by law** ») constitue un fondement pour la théorie de l'imprécision.

Par ailleurs, notre affirmation selon laquelle ce fondement couvrirait toutes les lois québécoises mérite davantage d'explications. Dans le cadre de l'article 24, les cas où l'imprécision deviendrait pertinente sont ceux où l'État prive les citoyens de leur « liberté » ou de leurs « droits ». L'aspect « liberté » n'apporte rien de nouveau par rapport à l'article 7 de la Charte canadienne. Par contre, le mot « droits » a un sens beaucoup plus large. Nous croyons que son sens doit être compris dans l'esprit du principe selon lequel les citoyens possèdent à la base tous les droits, sauf ceux qui leur sont retirés par la loi. Ainsi, pour chaque intervention législative, il y aurait privation de « droits » à l'égard de certains citoyens, et une exigence de précision serait de mise en vertu de l'article 24.

À l'encontre de notre conception de l'article 24, certains pourraient être tentés de dire que le mot « droits » qui y est employé doit nécessairement être compris dans un contexte pénal. Ainsi, il pourrait être avancé que le mot « liberté » a pour effet de conférer à l'article une certaine coloration pénale. Il pourrait également être allégué que la conception que nous prônons a pour effet de rendre inutile le mot « liberté » dans la mesure où la notion est nécessairement comprise dans le mot « droits ». Par ailleurs, le caractère pénal de l'article serait renforcé par la rubrique intitulée « Droits judiciaires » qui coiffe les articles 23 à 38.

Bien que ces objections puissent éventuellement être retenues par certains tribunaux et ainsi limiter la portée de l'article 24 aux lois pénales, nous ne croyons pas que les obstacles que nous avons identifiés devraient être déterminants. Concernant la rubrique (« Droits judiciaires »), elle peut servir dans l'interprétation de l'article⁹⁸, mais son poids ne devrait pas être très important dans les circonstances. À cet égard, il est intéressant de noter que la rubrique (« Droits judiciaires ») n'a pas empêché de donner une large portée à l'article 23 de la Charte qui garantit l'indépendance et l'impartialité des tribunaux. Ce dernier couvre, en effet, les

⁹⁸ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106. Voir également Pierre André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 64 et 65.

auditions judiciaires et quasi judiciaires en général, et n'est pas limité aux procès de nature pénale⁹⁹. Par ailleurs, la présence du mot « liberté » ne doit pas nécessairement avoir pour effet de limiter le sens du mot « droits ». Il arrive souvent que le législateur soit redondant dans l'emploi des mots, et il n'est pas absolument impératif de donner un sens positif à chacun des termes employés¹⁰⁰. Ce n'est pas parce que le concept de « liberté » est compris dans le mot « droits » qu'il faut nécessairement restreindre la portée de ce dernier. De toute façon, le mot « liberté » a peut-être été rajouté pour indiquer que le degré de précision exigé de la loi sera d'autant plus important lorsque la liberté est mise en jeu car elle est prévue spécifiquement. À notre avis, cela n'enlève rien à l'amplitude que doit conserver la notion de « droits ». L'article 24 devrait constituer une protection générale de la primauté du droit.

Comme autre objection à notre interprétation de l'article 24, il pourrait être allégué que le mot « droits » ne devrait référer qu'aux droits protégés par la Charte québécoise. Ainsi, la primauté du droit consacrée à l'article 24 aurait une portée restreinte et jouerait en quelque sorte le rôle d'une disposition limitative de façon analogue au volet « règle de droit » de l'article premier de la Charte canadienne. Cette vision qui semble avoir été retenue dans certaines décisions judiciaires¹⁰¹ est, avec égards, fort discutable. En effet, lorsque le quasi-constituant souhaite faire référence aux autres droits de la Charte, il le fait habituellement de façon plus explicite que par l'emploi du simple mot « droits ». Ainsi, à l'article 9.1, on utilise l'expression « libertés et droits fondamentaux » pour désigner les garanties des articles 1 à 9. De même, à l'article 10, on utilise le vocable « droits et libertés de la personne » pour désigner l'ensemble des droits de la Charte. La terminologie employée à l'article 24 milite pour une conception large du mot « droits » menant vers une consécration pleine et

⁹⁹ Voir de façon générale Pierre TESSIER, « Les garanties procédurales des Chartes en matière civile », dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, p. 295.

¹⁰⁰ Voir notamment *Re Estabrooks Pontiac Buick Ltd.*, (1983) 44 N.B.R. (3d) 201, n° 54-57 (C.A.N.B.); *Salmon c. Duncombe* (1886), 11 A.C. 627.

¹⁰¹ *Procureur général du Québec c. Marché Bonanza Jean-Talon Inc.*, [1987] D.L.Q. 202, 206 (C.S.); *Procureur général du Québec c. Club Price Canada Inc.*, précité, note 97, 501.

entière du principe de la primauté du droit, et de la théorie de l'imprécision par la même occasion. Cette interprétation s'inscrirait dans la tendance qui veut que les documents quasi constitutionnels soient interprétés largement de manière à assurer pleinement la réalisation de leurs objets¹⁰². L'interprétation que nous prônons irait par ailleurs dans le même sens que le préambule de la Charte canadienne qui consacre explicitement la primauté du droit. Le fait que cette garantie fasse l'objet d'un article particulier dans la Charte québécoise (l'article 24) peut permettre de constituer un fondement peut-être plus concret à la théorie de l'imprécision que ne peut le faire le préambule de la Charte canadienne, dont nous traiterons plus loin.

3. Les fondements dits « de principe » ou « contextuels »

Mis à part les articles de la Charte canadienne et de la Charte québécoise dont nous avons fait état, l'on pourrait envisager de trouver des fondements à la théorie de l'imprécision à travers certains principes constitutionnels faisant l'objet d'une consécration plus ou moins forte au Canada. Nous songeons principalement à la primauté du droit et à la séparation des pouvoirs, que nous allons aborder successivement.

a. La primauté du droit

Il importe de ne pas occulter le fait que la primauté du droit est un principe qui jouit d'une consécration constitutionnelle de façon implicite à travers le préambule de **la Loi constitutionnelle de 1867**¹⁰³, et d'une consécration explicite depuis 1982 dans le préambule de la Charte canadienne. Ainsi, la primauté du droit semble être davantage qu'une simple doctrine philosophique et il serait intéressant de voir à quel point elle peut constituer un principe contraignant auquel est soumis l'État dans ses interactions avec les citoyens. Nous avons déjà vu que l'article 24 de la Charte québécoise semble constituer une consécration générale de la primauté du droit à l'égard des lois québécoises. Or, le pré-

¹⁰² *Robichaud c. La Reine*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Action Travail des femmes c. C.N. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150.

¹⁰³ *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 10.

ambule de la Charte canadienne pourrait avoir un effet similaire à l'égard de l'ensemble des lois du pays.

Dans l'affaire **Comité pour la République du Canada**, le juge L'Heureux-Dubé a établi un lien entre la doctrine de l'imprécision et la primauté du droit¹⁰⁴. C'est de ce principe que découlent les deux préoccupations sous-jacentes à la théorie de l'imprécision, soit 1'« avertissement raisonnable aux citoyens » et la « limitation du pouvoir discrétionnaire des autorités chargées de l'application de la loi ». De cette prise de position, par ailleurs confirmée dans l'affaire **Nova Scotia Pharmaceutical Society**¹⁰⁵, la Cour suprême aurait pu faire découler une applicabilité plus large de la théorie de l'imprécision. Ce principe de la primauté du droit pourrait avoir pour effet d'assouplir les conditions formelles d'applicabilité de la doctrine aux lois qui ne portent pas par ailleurs atteinte à un droit substantif protégé expressément par la Charte. Ainsi, il serait possible à travers la primauté du droit de reconnaître la légitimité des arguments relatifs à l'imprécision constitutionnelle à l'égard d'un plus grand nombre de lois et peut-être même de lui donner une portée autonome.

Notons que l'approche adoptée par la Cour suprême dans certains jugements dont nous avons déjà fait état¹⁰⁶, va dans le sens d'une invocation autonome de la théorie de l'imprécision. Ces jugements n'accompagnent cependant leurs démarches d'aucune justification théorique permettant d'affirmer qu'ils constituent des précédents selon lesquels il serait possible à ce jour d'invoquer l'imprécision comme motif autonome d'invalidation des lois. L'état du droit positif est encore à l'effet, comme nous l'avons vu, que la théorie de l'imprécision n'a pas d'existence autonome. Cependant, la reconnaissance d'une plus grande applicabilité de la doctrine pourrait s'inscrire dans le courant de la jurisprudence de la Cour suprême établissant un lien avec la primauté du droit.

¹⁰⁴ **Comité pour la République du Canada c. Canada**, précité, note 3, 210.

¹⁰⁵ **R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3, 632.

¹⁰⁶ **Young c. Young**, précité, note 59; **P.(D.) c. S. (C.)**, précité, note 62; **Ruffo c. Conseil de la magistrature**, précité, note 68.

b. La séparation des pouvoirs

Selon la théorie de la séparation des pouvoirs, les fonctions étatiques sont exercées par trois organes distincts, soit le législatif, l'exécutif et le judiciaire¹⁰⁷. La séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire est intéressante à nos fins dans la mesure où les lois trop imprécises peuvent avoir pour effet de conférer aux tribunaux des fonctions à connotation législative.

En théorie, le législateur doit énoncer des normes d'application générale et les juges doivent se contenter d'interpréter et d'appliquer les normes aux cas particuliers qui leur sont présentés. Comme nous le verrons dans la deuxième partie de ce texte traitant des aspects substantifs, cette théorie ne reflète pas vraiment la réalité juridique canadienne, les tribunaux jouant un rôle beaucoup plus considérable que ne le laisse entendre la séparation classique des pouvoirs¹⁰⁸. Selon une conception plus souple de la nature des pouvoirs législatifs et judiciaires telle qu'exposée par la majorité des auteurs, il n'en demeure pas moins qu'une certaine séparation demeure. Ainsi, au niveau des principes, seraient contraires à la doctrine moderne de la séparation des pouvoirs les lois d'une imprécision telle qu'elles permettent de conclure que le législateur a omis d'exercer son rôle – lequel sera finalement assumé par le juge inévitablement appelé à faire primer ses propres convictions pour déterminer la portée de ces lois.

Ce que nous venons d'exposer se situe au niveau des principes : il y aurait incompatibilité entre la séparation des pouvoirs et les lois exagérément vagues. Il importe cependant de garder à l'esprit la nécessité de trouver une assise constitutionnelle à un raisonnement de la sorte. Ainsi, pour que l'argument de l'imprécision comme motif d'invalidité des lois puisse se fonder de façon autonome sur la théorie de la séparation des pouvoirs, il importe de clarifier, en premier lieu, le statut de cette dernière dans la hiérarchie des normes juridiques. Non seulement le contenu de la doctrine de la séparation des pouvoirs n'est pas à l'heure actuelle clairement défini, comme nous l'avons vu, mais

¹⁰⁷ Voir F. CHEVRETTE et H. MARX, *op. cit.*, note 4, pp. 113 et 114.

¹⁰⁸ Au sujet du rôle créateur des tribunaux, voir notamment Lord REID, « Judge as Law Maker », (1972) 12 *J.S.P.T.L.* (N.S.) 22; Jules DESCHESNES, « Le rôle législatif du pouvoir judiciaire », (1974) 5 *R.D.U.S.* 1; Dale GIBSON, « Judges as Legislators : Not Whether But How », (1986-87) 25 *Alta. L. Rev.* 249.

son statut ne l'est pas davantage. Est-ce une simple doctrine politique n'ayant aucun effet positif sur l'ordre juridique? Est-ce une simple constatation d'un état de faits? Est-ce une convention constitutionnelle non susceptible de faire l'objet d'une application forcée par les tribunaux? Est-ce une norme imposée par la constitution? Si la réponse à la dernière question est négative¹⁰⁹, la séparation des pouvoirs demeure, au plus, un argument qui apporte de la légitimité à la doctrine de l'imprécision invoquée dans le cadre des articles qui y donnent ouverture à l'heure actuelle. Par contre, si la réponse est positive, elle pourrait fonder une contestation constitutionnelle d'une loi de façon autonome, c'est-à-dire en dehors d'un droit protégé par la Charte.

La jurisprudence à l'appui de la thèse selon laquelle la séparation des pouvoirs législatifs et judiciaires serait un impératif constitutionnel est pratiquement inexistante à l'heure actuelle au Canada. Il y a cependant un précédent émanant du Conseil privé, soit l'affaire *Liyanage c. La Reine*¹¹⁰. En 1967, la plus haute instance judiciaire du Commonwealth avait, en effet, été saisie d'un appel de la Cour suprême de Ceylan où l'on contestait une loi adoptée à la suite d'un coup d'État manqué. Cette loi temporaire, qui créait rétroactivement une nouvelle infraction, visait à punir un groupe particulier d'individus qui étaient nommés dans un livre blanc. La loi présentait, par ailleurs, un caractère extraordinaire à plusieurs points de vue. Ainsi, elle changeait substantiellement le droit de la preuve et les mécanismes de la phase préjudiciaire, en plus d'imposer une sentence minimale de dix ans et de supprimer les droits d'appels et les droits d'être jugé par jury. L'ensemble de ces facteurs fit conclure à Lord Pearce que cette loi était en réalité un jugement et qu'elle usurpait par le fait même des pouvoirs de nature judiciaire¹¹¹. La loi a donc été jugée invalide à cause de son incompatibilité avec la séparation des pouvoirs.

À l'égard de l'affaire *Liyanage*, deux questions se posent. Premièrement, est-ce que ce type de raisonnement élaboré dans le

¹⁰⁹ Dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Slanec et Grimstead*, (1933) 54 B.R. 230, le juge Rivard affirmait à la page 267 que « chez nous comme en Angleterre [...], la séparation des pouvoirs n'est pas une doctrine constitutionnelle ».

¹¹⁰ *Liyanage c. La Reine*, [1967] 1 A.C. 259.

¹¹¹ *Id.*, 290 et 291.

cadre constitutionnel de Ceylan est applicable au Canada? Deuxièmement, est-ce que le raisonnement pourrait être étendu pour couvrir la théorie de l'imprécision et lui conférer, par le fait même, une existence autonome en droit constitutionnel canadien?

Dans l'affaire **Gagnon c. Sa Majesté la Reine**¹¹², rendue par la Cour d'appel du Québec en 1971, le juge Montgomery s'est dit d'avis que le raisonnement tenu dans l'affaire **Liyanage** pourrait être applicable au Canada étant donné la similitude entre la constitution de Ceylan et la nôtre¹¹³. Plus particulièrement, la partie VII de la **Loi constitutionnelle de 1867**¹¹⁴ intitulée « Judicature » pourrait être interprétée comme conférant une protection constitutionnelle à certaines fonctions ne pouvant être exercées que par les tribunaux.

L'analogie entre ce type d'argument et les problèmes posés par l'imprécision des lois est intéressante. Ainsi, dans le cas des lois du type de celle contestée dans l'affaire **Liyanage**, nous assistons à une usurpation du pouvoir judiciaire par l'assemblée législative, car la loi en question est tellement précise qu'elle supprime toute la discrétion qui est habituellement conférée aux tribunaux. À l'opposé, dans le cas des lois exagérément vagues, le législateur opère une large délégation de pouvoirs en faveur des tribunaux. Autrement dit, dans **Liyanage**, la loi est tellement précise qu'elle permet au législateur d'exercer une partie du pouvoir judiciaire, alors que pour l'imprécision, la loi est tellement vague qu'elle permet aux juges d'exercer une partie du pouvoir législatif.

Il serait néanmoins difficile à nos yeux d'étendre la portée de l'affaire **Liyanage** (traitant d'une usurpation de pouvoirs) au cas de l'imprécision (impliquant une délégation de pouvoirs). Premièrement, l'affaire **Liyanage** constituait un cas relativement exceptionnel où un grand nombre de facteurs avaient été nécessaires pour conclure à l'invalidation. Deuxièmement, une usurpation est généralement considérée plus grave qu'une délégation de pouvoirs

¹¹² **Gagnon c. Sa Majesté la Reine**, [1971] C.A. 454.

¹¹³ *Id.*, 473 et 474. L'argument n'a cependant pas été retenu en l'espèce étant donné que la loi n'était pas aussi intrusive à l'égard du pouvoir judiciaire que ne l'était la législation en cause dans l'affaire **Liyanage**: « the Ceylon legislation has a punitive and vindictive character not found in the Public Order Act. » (474)

¹¹⁴ **Loi constitutionnelle de 1867**, précitée, note 10.

(même s'il s'agit d'une vaste délégation), car il est toujours possible pour l'autorité délégatrice de récupérer son pouvoir à volonté. Par exemple, le législateur délègue régulièrement de vastes pouvoirs à l'Administration, ce qui est valide sans problèmes¹¹⁵. Mentionnons cependant que, contrairement aux délégations de pouvoirs législatifs en faveur de l'Administration, les délégations à l'égard des tribunaux au moyen de lois imprécises sont plus problématiques, car elles impliquent une détermination de l'ordre juridique qui s'effectuera *ex post facto*. Cela crée le problème additionnel de la rétroactivité des lois qui est interdite en matière pénale par l'alinéa 11*g*) de la Charte, dont nous avons déjà fait état.

II. Le contenu de la théorie

Lorsqu'il a été déterminé que la théorie de l'imprécision est applicable à un litige donné, il faut évaluer la validité de la disposition législative en cause à la lumière de certains éléments. Dans cette deuxième partie, nous examinerons le contenu de la doctrine de l'imprécision.

Comment procéder à l'évaluation d'une loi afin de déterminer sa validité à l'égard de la théorie de l'imprécision? Cette première question sera examinée ci-après (A). Cela nous permettra de dégager les principes généraux d'appréciation de la clarté législative. Ensuite, nous examinerons certains facteurs qui sont de nature à faire fluctuer le degré de précision exigé par la constitution dans certaines circonstances (B). Enfin, nous nous pencherons sur la question particulière de savoir dans quelle mesure un individu peut invoquer l'imprécision de la loi telle qu'appliquée à la situation hypothétique d'un tiers (C).

A. Appréciation de la clarté législative

1. Par rapport aux justifications de la théorie

Mis à part les cas où l'imprécision peut se transformer en portée excessive, les préoccupations de précision législative sont,

¹¹⁵ Voir notamment le *Renvoi sur le règlement concernant les produits chimiques*, [1943] R.C.S. 1.

comme nous l'avons vu, liées à la primauté du droit. Plus particulièrement, les deux objectifs sous-jacents sont l'« avertissement raisonnable aux citoyens » et la « limitation du pouvoir discrétionnaire des autorités chargées de l'application de la loi ». Il importe de garder ces deux préoccupations à l'esprit à l'occasion de toute analyse fondée sur l'imprécision.

a. L'avertissement raisonnable aux citoyens

De façon classique, le critère de l'« avertissement raisonnable » vise à assurer que les citoyens soient en mesure de connaître l'étendue de leurs obligations légales. L'on veut que le libellé soit suffisamment précis pour permettre à un citoyen qui lit la loi de savoir avec un degré d'approximation raisonnable ce qui est interdit et ce qui ne l'est pas. La Cour suprême du Canada a cependant énoncé une conception quelque peu différente de la notion d'« avertissement ». Exposons cette vision particulière pour ensuite formuler certains commentaires à son égard.

En vertu de l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, l'élément de l'« avertissement raisonnable » comporte deux exigences, l'une de forme et l'autre de fond. L'exigence quant à la forme concerne la connaissance qu'ont les citoyens du texte même de la loi¹¹⁶. Cet avertissement formel a un caractère relativement secondaire étant donné le principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi ». L'exigence principale relative à l'« avertissement raisonnable » se situe au niveau du fond. Il s'agit de savoir si les citoyens, en général, ont été avisés ou sont conscients du caractère répréhensible d'une conduite, et cela, peu importe s'ils ont lu le texte de loi :

Du point de vue du fond, l'avertissement raisonnable réside donc dans la conscience subjective de l'illégalité d'une conduite, fondée sur les valeurs qui forment le substrat du texte d'incrimination et sur le rôle que joue le texte d'incrimination dans la vie de la société.¹¹⁷

Le principal moyen de savoir si l'avertissement raisonnable au niveau du fond est satisfait consiste donc en un examen du « substrat de valeurs » sur lequel la loi est fondée. Ainsi, pour reprendre l'exemple utilisé par le juge Gonthier, les dispositions

¹¹⁶ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3, 633.

¹¹⁷ *Id.*, 634.

sur l'homicide du **Code criminel** ne posent pas de problème à l'égard de l'avertissement étant donné que, sur le plan des valeurs, la plupart des citoyens perçoivent l'acte de tuer un autre être humain comme étant blâmable¹¹⁸. Lorsque le texte de loi n'est fondé sur aucun substrat de valeurs partagé par l'ensemble de la collectivité, l'« avertissement raisonnable » peut être rempli si l'État a compensé cette faiblesse en attirant l'attention du public sur le libellé de la loi. Par exemple, les avis et la publicité concernant les dispositions sur l'attribution de points d'inaptitude et la suspension des permis de conduire permettent de satisfaire le critère de l'avertissement, malgré l'absence de valeurs auxquelles l'on pourrait les rattacher¹¹⁹.

La Cour suprême relie donc l'« avertissement » à la présence d'un « substrat de valeurs » ou l'équivalent par le biais de la publicité dont la loi a fait l'objet, dans la mesure où ils constituent des éléments qui font présumer que les citoyens sont subjectivement conscients du caractère répréhensible de la conduite. L'on constate que cette conception est différente de la vision traditionnelle de la notion d'« avertissement raisonnable ». En vertu de la conception classique, la question pertinente est de savoir si l'imprécision empêchera le citoyen qui lit la loi d'en comprendre le sens. Par contre, avec la conception de la Cour suprême, la question est plutôt de savoir si le citoyen connaît subjectivement le sens de la loi, peu importe si les termes de celle-ci sont imprécis et nonobstant le fait qu'il ait pris ou non connaissance du texte de la loi.

Nous constatons que la conception de la Cour suprême amène les tribunaux à se pencher sur des choses qui sont relativement étrangères à la loi elle-même pour déterminer sa validité¹²⁰. Si l'on définit l'« avertissement » de manière à centrer l'analyse sur la « conscience subjective » des citoyens plutôt que sur la précision des termes utilisés dans la loi, il est trompeur de parler de « théorie de l'imprécision ». Une loi peut être très précise sans que les citoyens soient pour autant conscients du caractère répréhensible de la conduite qu'elle prohibe. Ce seul fait devrait-il néces-

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*, 635.

¹²⁰ Voir, à cet effet : Luc HUPPÉ, « La fonction des lois et la théorie de l'imprécision », (1992) 52 **R. du B.** 831, 833.

sairement remettre en cause la validité de la loi? Si l'élément relatif à l'avertissement, tel que le conçoit la Cour suprême (la « conscience subjective »), était indispensable à l'égard de chaque loi sous peine de déclaration d'invalidité pour cause d'imprécision, cela remettrait en cause la validité d'un grand nombre de lois dont le texte n'aurait même pas à manquer de précision. La législation canadienne comporte énormément de dispositions qui n'ont fait l'objet d'aucune publicité auprès du public et qui ne sont par ailleurs reliées à aucun « substrat de valeurs » partagé par la collectivité. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les lois non pénales auxquelles la doctrine de l'imprécision est, rappelons-le, également applicable¹²¹. Il serait surprenant que des dispositions de droit civil, par exemple, soient déclarées invalides pour cause d'imprécision au seul motif qu'elles ne satisfont pas à l'élément de l'« avertissement raisonnable » tel que développé par la Cour suprême.

Dans la logique de ce qui précède, nous serions portés à moduler le rôle attribué à la question du « substrat de valeurs ». Loin d'être un facteur impertinent dans le cadre de la théorie de l'imprécision, nous croyons que sa fonction en est une de pondération de l'exigence de clarté législative. Lorsque la question de la « conscience subjective » est satisfaite, l'on devrait être moins exigeant envers le législateur quant à la précision des termes utilisés¹²². Par ailleurs, c'est la conception classique de l'avertissement, dont nous avons déjà fait état, qui devrait figurer parmi les fondements de base de la théorie et servir d'élément d'appréciation de la clarté législative.

Notons que les démarches adoptées, en pratique, par la Cour ne sont pas réellement incompatibles avec notre discours. Comme nous le verrons¹²³, la Cour suprême utilise en réalité le critère du « substrat de valeurs » pour pondérer l'exigence de précision. De plus, la conception classique de l'« avertissement raisonnable » n'a pas été complètement ignorée dans la mesure où la Cour lui reconnaît implicitement une pertinence lorsqu'elle est appelée à faire la synthèse de ses observations dans l'affaire **Nova Scotia**

¹²¹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3, 642.

¹²² Nous traiterons de cette question plus en détails dans la section B relative aux facteurs de pondération, plus particulièrement aux pages 733 et suivantes.

¹²³ *Infra*, p. 733 et suiv.

Pharmaceutical Society. En effet, la Cour indique à plusieurs reprises que la loi doit être suffisamment précise pour délimiter une « sphère de risque »¹²⁴. Cette notion constitue certainement un corollaire de l'avertissement raisonnable au sens classique. Elle connote l'idée de précision du commandement à l'égard du citoyen.

Somme toute, nous constatons une certaine ambivalence dans la jurisprudence de la Cour suprême quant à la définition de la notion d'« avertissement raisonnable ». La Cour aurait avantage à clarifier la situation afin d'éviter la confusion. Pour notre part, sans oublier l'importance que peut avoir la question du « substrat de valeurs » en tant que facteur de pondération, nous utilisons dans ce texte le vocable d'« avertissement raisonnable » dans sa conception classique. Cette dernière est centrée principalement sur l'intelligibilité pour le lecteur des termes utilisés dans la loi. C'est à ce titre que l'« avertissement raisonnable » constitue, à notre sens, l'un des deux fondements logiques principaux de la théorie de l'imprécision.

b. La limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi

Le second fondement logique de la théorie de l'imprécision est le désir de limiter le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi. Comme c'est le cas pour l'élément « avertissement raisonnable », ce critère constitue une particularisation du principe de la primauté du droit, dans la mesure où l'on vise à s'assurer que les droits constitutionnels des citoyens ne seront pas limités arbitrairement. Aux États-Unis, l'élément de la « limitation du pouvoir discrétionnaire » est actuellement considéré comme primordial par rapport à celui de l'« avertissement raisonnable » dans l'analyse de l'imprécision des lois¹²⁵. Cette position – qui comme nous le verrons semble être partagée par la Cour suprême du Canada – s'explique d'au moins deux façons.

Premièrement, il importe de réaliser que l'élément de l'« avertissement raisonnable » dans sa conception classique ne se prête à une analyse réelle qu'à l'égard des lois qui imposent des

¹²⁴ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3, 639.

¹²⁵ *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352,358 (1983).

commandements aux citoyens. Il s'agit habituellement de lois pénales créatrices d'infractions. Il devient alors pertinent de se demander si la loi avait suffisamment délimité une « sphère de risque » afin de permettre aux citoyens de savoir quelles sont les conduites prohibées. Or, la doctrine de l'imprécision n'est pas censée être applicable uniquement aux lois pénales créatrices d'infractions, mais également à tous les autres types de lois qui ne se prêtent pas nécessairement à une analyse visant à déterminer si le citoyen avait été suffisamment averti relativement au caractère illicite d'une conduite. Par exemple, dans le cas de l'affaire **Morales**¹²⁶, l'article 515(10)**b** du **Code criminel** réglait, en des termes vagues, les conditions de remise en liberté provisoire des accusés. Notons que cette disposition, à l'instar de bien d'autres textes législatifs, s'adressait directement aux juges sans passer par le citoyen. Ainsi, il devenait manifestement futile d'examiner l'élément de l'« avertissement raisonnable » dans le contexte. En ce qui concerne l'élément relatif à la « limitation du pouvoir discrétionnaire », celui-ci est toujours susceptible de faire l'objet d'une analyse dans un litige fondé sur l'imprécision. Étant donné que toute loi est susceptible de faire l'objet d'une interprétation et d'une application par les tribunaux, le critère de la « limitation du pouvoir discrétionnaire » présente un caractère universel lui conférant une certaine primauté logique.

De plus, l'emphase qui est mise sur ce deuxième fondement de la théorie permet de rendre plus légitime le recours aux interprétations judiciaires antérieures de la loi afin d'en clarifier le sens. Comme l'ont noté certains auteurs¹²⁷, cette technique d'interprétation est critiquable dans la mesure où elle ne permet pas de donner un « avertissement raisonnable » aux citoyens. En effet, cela oblige les individus à consulter non seulement la loi, mais également l'ensemble de la jurisprudence s'ils désirent connaître l'étendue de leurs droits et obligations. La gravité du phénomène est atténuée si l'on met l'accent sur l'élément « limitation du pouvoir discrétionnaire » plutôt que sur l'élément

¹²⁶ **R. c. Morales**, précité, note 38.

¹²⁷ John Calvin JEFFRIES, Jr., « Legality, Vagueness and the Construction of Penal Statutes », (1985) 71 **Va. L. Rev.** 189, 207 et 208; G.T. TROTTER, *loc. cit.*, note 6, 187 et 188; D. STUART, « The Canadian Void-for-Vagueness Doctrine Arrives with no Teeth », (1990) 77 **C.R.** (3d) 101, 108.

« avertissement raisonnable » dans le cadre de la doctrine de l'imprécision.

La Cour suprême du Canada semble avoir reconnu implicitement la primauté de l'élément de la « limitation de la discrétion ». En effet, elle a, d'une part, eu largement recours aux interprétations judiciaires antérieures des lois afin d'en clarifier le sens¹²⁸. D'autre part, la Cour a fortement insisté sur la question de savoir si la loi constitue un « guide suffisant pour orienter un débat judiciaire »¹²⁹. Cette question constitue certainement le corollaire immédiat du souci de limiter le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi.

En vertu de cette norme consacrée du « débat judiciaire », le seuil au-delà duquel une loi sera déclarée inconstitutionnelle pour cause d'imprécision est assez élevé. La Cour suprême est, en effet, relativement permissive à l'égard du législateur quant au degré de généralité auquel il peut faire appel. Ainsi, « [l]es règles juridiques ne fournissent qu'un cadre »¹³⁰ et « exposent les grandes lignes de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas »¹³¹. La Cour veut éviter une conception trop rigide de la fonction législative et préfère autoriser un certain degré de généralité dans le libellé des lois. Elle accorde, par le fait même, un rôle médiateur accru aux tribunaux afin d'atteindre de façon plus efficace les objectifs législatifs. Étant donné les limites inhérentes du langage, on ne peut s'attendre à ce que l'ordre juridique soit entièrement déterminé d'avance à travers la législation. La doctrine de l'imprécision ne vise pas à éliminer toute discrétion au sein du pouvoir exécutif et judiciaire. Cela constituerait une conception de la séparation des pouvoirs beaucoup trop rigide ayant pour effet de paralyser l'État ou du moins de diminuer l'efficacité de son action de façon trop considérable.

La loi sera jugée d'une imprécision inacceptable si elle ne parvient pas à baliser l'exercice de la discrétion conférée à l'autorité compétente. L'existence d'une discrétion importante a été jugée

¹²⁸ Voir notamment l'affaire *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, 1083.

¹²⁹ Voir l'affaire *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3, 638 et suiv.

¹³⁰ *Id.*, 638.

¹³¹ *Id.*

valide notamment dans le contexte de l'administration de la justice criminelle¹³² et elle peut même, à l'occasion, s'avérer nécessaire afin d'assurer une protection adéquate de certaines garanties constitutionnelles¹³³. Par exemple, dans l'affaire **Radio-Canada**¹³⁴, a été jugé valide l'article 486(1) du **Code criminel** qui accorde une large discrétion au juge d'ordonner le huis clos lorsque « l'administration de la justice » l'exige. La limite à la liberté d'expression imposée par l'article 486(1) fut jugée raisonnable dans la mesure où l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire assure une flexibilité nécessaire afin de porter le moins possible atteinte à la liberté en cause. Ainsi, loin d'être problématique dans le cadre de l'« atteinte minimale », le pouvoir discrétionnaire a plutôt l'effet inverse en favorisant des restrictions soigneusement adaptées à chaque situation¹³⁵. Par ailleurs, le risque de voir le juge exercer son pouvoir discrétionnaire de façon abusive est écarté selon la Cour dans la mesure où l'exercice de la discrétion doit se faire dans le respect de la Charte. Ainsi, le juge qui exerce sa discrétion doit lui-même s'assurer de porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression, sous peine de quoi il commettrait une erreur de droit susceptible de révision par les instances supérieures¹³⁶.

Il est intéressant de noter qu'une loi peut conférer un pouvoir discrétionnaire, soit de façon explicite (ou par implication nécessaire), soit en utilisant des termes vagues conférant à l'autorité compétente une latitude dans l'interprétation. Bien que ce soit l'usage de termes vagues qui fasse principalement l'objet de notre propos, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence relative aux pouvoirs discrétionnaires ayant été conférés « ouvertement » s'avère pertinente à nos fins afin de déterminer jusqu'à quel point l'octroi de tels pouvoirs peut être légitime. Ainsi, il arrive à l'occasion qu'un pouvoir discrétionnaire conféré en des termes

¹³² *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, 348; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 386, 410 et 411.

¹³³ Dans l'affaire *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, une disposition de la *Loi sur l'impôt et le revenu* a été jugée invalide en regard de l'article 8 de la Charte parce qu'elle retirait aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser l'octroi d'un mandat de perquisition.

¹³⁴ *Société Radio-Canada c. Procureur général du Nouveau Brunswick*, précité, note 26.

¹³⁵ *Id.*, 511.

¹³⁶ *Id.*

non équivoques en eux-mêmes soit assimilé à de l'imprécision. Par exemple, dans l'affaire **Comité pour la République du Canada**, le juge L'Heureux-Dubé a assimilé à l'imprécision l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire illimité au ministre pour accorder une permission de faire certaines activités dans les aéroports, étant donné que le résultat des deux vices est le même, soit que les droits des citoyens sont livrés à la volonté arbitraire d'une autorité qui n'est pas le législateur¹³⁷. Par ailleurs, il arrive à l'occasion que la jurisprudence relative à l'octroi de pouvoirs discrétionnaires en des termes non équivoques soit invoquée dans des litiges mettant en jeu l'imprécision pour illustrer le fait que la constitution permet au législateur d'accorder une latitude aux autorités chargées d'appliquer la loi¹³⁸. Selon la Cour suprême, le niveau à partir duquel cette pratique devient inacceptable est atteint lorsque le législateur a conféré un pouvoir discrétionnaire absolu au décideur de faire primer ses préférences personnelles dans un grand nombre de situations sans qu'il ne soit possible de trouver, en droit, des paramètres susceptibles d'encadrer et de contrôler l'exercice de cette discrétion.

2. Par rapport aux principes d'interprétation

Les principes généraux d'interprétation ont un rôle important à jouer dans l'évaluation de la clarté des lois confrontées à la théorie de l'imprécision. Lors d'un litige mettant en jeu la théorie de l'imprécision, le tribunal a pour tâche, comme nous l'avons vu, de déterminer si la disposition contestée est suffisamment précise pour servir de guide à un débat judiciaire. Il ne s'agit pas alors de procéder effectivement à l'interprétation stricte de la disposition, mais plutôt de déterminer si celle-ci est susceptible de faire l'objet d'une interprétation¹³⁹. Il faut éviter d'examiner la disposition législative dans l'absolu¹⁴⁰. Il importe, en effet, de tenir compte de l'ensemble du contexte interprétatif afin de déterminer si une

¹³⁷ **Comité pour la République du Canada** c. **Canada**, précité, note 3, 214 (opinion du juge L'Heureux-Dubé); voir également dans le même sens : **Ontario Film & Video Appreciation Society** c. **Ontario Board of Censors**, précité, note 17; **Osborne** c. **Canada (Conseil du Trésor)**, précité, note 24, 94.

¹³⁸ Voir notamment **Young** c. **Young**, précité, note 59, 72 (opinion du juge L'Heureux-Dubé); **P.(D.)** c. **S.(C.)**, précité, note 62, 179.

¹³⁹ **Ontario** c. **Canadien Pacifique Ltée**, précité, note 128, 1070.

¹⁴⁰ **R.** c. **Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3, 647 et 648.

loi est susceptible d'orienter un débat judiciaire. Cette nécessité de procéder à une analyse contextuelle est bien connue en interprétation des lois traditionnelle et revêt une importance particulière dans le cadre de la doctrine de l'imprécision.

Ainsi, une même expression peut s'avérer suffisamment précise lorsque employée dans un certain contexte et devenir exagérément vague dans un autre contexte. Par exemple, dans l'affaire **Morales**¹⁴¹, la majorité de la Cour suprême a jugé que les termes « intérêt public » employés dans le contexte propre à l'alinéa 515(10)**b**) du **Code criminel** étaient insuffisants pour orienter un débat judiciaire. Par contre, la même expression d'« intérêt public » employée à l'article 679(3) du **Code criminel** a été jugée suffisamment précise par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire **R. c. Farinacci**¹⁴². De la même façon, dans l'affaire **Protection de la jeunesse – 618**¹⁴³, la Cour du Québec jugea que les termes « intérêt de la société » employés à l'article 16 de la **Loi sur les jeunes contrevenants**¹⁴⁴ n'étaient pas exagérément vagues, étant donné la présence d'un contexte interprétatif plus riche que celui qui était présent pour la disposition en cause dans l'affaire **Morales**.

L'ensemble des éléments relatifs à l'interprétation des lois sont pertinents dans le cadre de la théorie de l'imprécision dans la mesure où ils sont susceptibles de jeter de la lumière sur le sens de dispositions à première vue exagérément obscures. Pour pallier à la généralité du libellé de certaines dispositions et ainsi éviter une déclaration d'invalidité pour cause d'imprécision, les tribunaux ont fait usage notamment des indices fournis par le reste de la disposition en cause¹⁴⁵, de considérations d'ordre pragmatique¹⁴⁶, d'interprétations déjà données aux termes contestés par des sources externes¹⁴⁷ ou par la jurisprudence antérieure¹⁴⁸.

¹⁴¹ **R. c. Morales**, précité, note 38.

¹⁴² **R. c. Farinacci**, (1993) 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.).

¹⁴³ **Protection de la jeunesse – 618**, [1993] R.J.Q. 1603 (C.Q.).

¹⁴⁴ L.R.C. 1985, c. Y-1.

¹⁴⁵ **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée**, précité, note 128, 1081; **R. c. Keegstra**, [1990] 3 R.C.S. 697, 779; **R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3, 651.

¹⁴⁶ **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée**, précité, note 128, 1081.

¹⁴⁷ *Id.*, 1085 et 1086.

La méthode la plus largement utilisée est celle qui consiste à examiner la jurisprudence antérieure ayant interprété la disposition en cause ou d'autres dispositions contenant une expression similaire. Cette technique a pour effet évident de conférer aux dispositions plus anciennes de meilleures chances d'être déclarées valides, car elles sont davantage susceptibles d'avoir fait l'objet d'une interprétation au fil des années par la jurisprudence. Par exemple, les dispositions du **Code criminel** concernant la possession et la vente de matériel obscène ont été jugées d'une précision suffisante¹⁴⁹ étant donné que les tribunaux sont parvenus, au cours des années, à leur conférer une certaine signification, si laconique soit-elle. Par contre, il est possible d'imaginer que si les concepts d'obscénité et d'indécence n'avaient pas fait l'objet de législation dans le passé et que le Parlement décidait aujourd'hui d'adopter de telles dispositions, les tribunaux seraient plus enclins à conclure à leur invalidité pour cause d'imprécision étant donné les difficultés énormes d'interprétation que ces concepts présentent et l'absence de traitement judiciaire dont ils auraient, par hypothèse, fait l'objet.

Comme nous l'avons noté au chapitre précédent, cette emphase mise sur l'interprétation judiciaire préalable a été critiquée par certains auteurs¹⁵⁰ au motif qu'elle oblige les citoyens à consulter non seulement les textes de loi pour régler leur conduite, mais aussi l'ensemble des recueils de jurisprudence. Les problèmes posés par ce phénomène sont relatifs au manque d'« avertissement raisonnable » accordé aux individus, qui est pourtant en théorie l'une des préoccupations principales sous-jacentes à la doctrine de l'imprécision. Cette réalité constitue, à notre sens, une illustration de la philosophie prônée implicitement par la Cour suprême, selon laquelle l'« avertissement raisonnable » est relégué au second rang au profit du critère de la « limitation du pouvoir discrétionnaire » des responsables de l'application de la loi. C'est, en effet, cette dernière préoccupation

¹⁴⁸ *Id.*, 1083; **R. c. Butler**, [1992] 1 R.C.S. 419; **Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1)c) du Code Criminel (Man.)**, précité, note 5, 1141 (juge en chef Dickson) et 1157 (juge Lamer); **R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3, 651.

¹⁴⁹ **R. c. Butler**, précité, note 148.

¹⁵⁰ *Supra*, note 127.

qui prend toute la place lorsque l'on examine le traitement judiciaire antérieur dont a fait l'objet une disposition.

De plus, lorsqu'une interprétation judiciaire d'une loi est effectuée à l'occasion d'un litige donné, l'avertissement est d'autant plus absent à l'égard de l'individu qui fait l'objet de la décision en l'espèce. L'effet de l'interprétation consiste alors à dire qu'« à partir de maintenant, c'est clair ». Il y a un problème évident au niveau de l'avertissement dans ce type de situation. Les tribunaux se soucient peu de cette réalité dans l'état actuel de la jurisprudence. Il en serait peut-être autrement si l'imprécision était reconnue dans le cadre de l'alinéa 11*g*) de la Charte qui interdit la rétroactivité pénale, dont nous avons traité précédemment¹⁵¹.

B. Pondération de l'exigence de précision

Au chapitre précédent, nous avons présenté les principes généraux qui doivent guider les tribunaux dans le processus d'appréciation d'une loi à l'égard de la théorie de l'imprécision. Voyons maintenant certains éléments pouvant être de nature à faire fluctuer le degré objectif de précision qui sera exigé. Nous analyserons successivement les facteurs de pondération les plus déterminants (1), pour ensuite clarifier le rapport qu'ils entretiennent avec la norme générale du « guide suffisant pour un débat judiciaire » (2).

1. Les facteurs de modulation de l'exigence

a. Le fondement constitutionnel invoqué

Le degré de précision exigé pour préserver la validité d'une loi peut varier selon le fondement constitutionnel invoqué à l'appui de la théorie dans un litige donné. Cela peut paraître en contradiction avec l'énoncé de la Cour suprême selon lequel la théorie de l'imprécision constitue une seule notion¹⁵². Afin de bien comprendre les raisons pour lesquelles le degré de précision variera en fonction du fondement constitutionnel, il importe de rappeler

¹⁵¹ *Supra*, p. 695 et suiv.

¹⁵² *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3, 631.

certaines éléments de distinction entre l'imprécision classique et la portée excessive.

Nous avons déjà vu que l'imprécision n'était pas un motif autonome d'invalidation des lois¹⁵³. C'est plutôt un moyen de rendre déraisonnable une restriction à un droit substantif garanti par la Charte. À l'égard des lois imprécises, des considérations de deux ordres peuvent entrer en ligne de compte. En premier lieu, sont pertinentes les considérations relatives à la primauté du droit, soit l'« avertissement raisonnable » et la « limitation du pouvoir discrétionnaire ». Dans cette optique, ce qui est problématique est la **façon** dont les droits constitutionnels font l'objet d'une restriction. Ceux-ci sont livrés à un processus potentiellement arbitraire à cause de l'imprécision des termes utilisés. À cet égard, la doctrine de l'imprécision a pour objet d'assurer que les limitations apportées aux droits constitutionnels se fassent dans le respect de la primauté du droit, et cela, peu importe le degré de restriction qui peut être légitimement visé par l'État. En second lieu, l'imprécision peut être problématique dans la mesure où cela peut avoir pour conséquence une restriction excessive des droits constitutionnels. L'imprécision devient ici pertinente par le détour de la portée excessive. Le décideur peut s'autoriser d'un libellé législatif imprécis pour limiter l'exercice des droits constitutionnels plus que ne peut légitimement le faire l'État. La trop grande généralité des termes utilisés par le législateur peut ainsi constituer un obstacle indirect à la proportionnalité que l'on cherche à préserver à l'occasion des limitations apportées aux droits constitutionnels. Ce n'est pas tant ici la **façon** dont les droits et libertés sont entravés qui est problématique que le **degré** de restriction dont ils font l'objet.

Rappelons que d'un point de vue terminologique, la Cour suprême dans l'affaire **Nova Scotia Pharmaceutical Society** a estimé que seules les préoccupations relatives à la primauté du droit pouvaient être englobées par le vocable de « théorie de l'imprécision »¹⁵⁴. Cependant, d'un point de vue pratique, il n'y a pas de doute que les préoccupations relatives à la portée excessive sont souvent mises en jeu par les lois imprécises. La Cour suprême préconise dans ce type de situation une analyse de la « portée

¹⁵³ *Supra*, p. 687 et suiv.

¹⁵⁴ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3, 630 et 631.

excessive » proprement dite. Pour notre part, étant donné que les deux phénomènes sont très intimement liés à la précision des lois et interagissent de façon intéressante, nous préférons les examiner ensemble dans le cadre de la théorie de l'imprécision¹⁵⁵, quitte à faire les distinctions qui s'imposent en temps opportun. Cette approche permet, à notre avis, une meilleure compréhension globale de la théorie de l'imprécision. Elle permet d'expliquer plus logiquement pourquoi une disposition peut être jugée suffisamment précise en vertu d'un fondement constitutionnel, puis trop imprécise dans le cadre d'un autre fondement.

Par exemple, dans l'affaire **Morales**¹⁵⁶, la norme de « l'intérêt public » de l'article 515(10)**b**) C.cr. avait été jugée trop imprécise dans le cadre de l'alinéa 11**e**) de la Charte. Elle fut ensuite jugée d'une précision suffisante dans le cadre du volet « règle de droit » de l'article premier, avant d'être finalement jugée invalide à l'étape de l'« atteinte minimale ». Comme l'a noté un auteur¹⁵⁷, ce type de démarche est incompatible avec l'affirmation ayant été faite dans l'affaire **Nova Scotia Pharmaceutical Society** selon laquelle « la doctrine de l'imprécision forme une seule notion ». En réalité, la notion d'imprécision peut varier selon le fondement constitutionnel invoqué, et cela, à cause des variations relatives aux préoccupations pouvant être pertinentes, soit la primauté du droit et la portée excessive. Ainsi, dans l'affaire **Morales**, la loi a été jugée suffisamment précise sous le volet « règle de droit », car ce dernier n'incorpore que des préoccupations relatives à la primauté du droit. Elle a, en revanche, été jugée trop imprécise en vertu de l'alinéa 11**e**) et de l'« atteinte minimale » dans la mesure où la portée excessive devenait une préoccupation pertinente à l'égard de ces deux fondements constitutionnels.

La précision des lois peut donc être pertinente d'un point de vue constitutionnel, à la fois pour des motifs liés à la primauté du droit (« avertissement » et « limitation du pouvoir discrétionnaire »), et pour des motifs relatifs à la portée excessive. Il découle de cette réalité que les articles de la Charte incorporant des préoccupations, soit de primauté du droit, soit de portée excessive,

¹⁵⁵ Voir *Supra*, p. 674 et 675.

¹⁵⁶ *R. c. Morales*, précité, note 38.

¹⁵⁷ Stéphane BEAULAC, « Les bases constitutionnelles de la théorie de l'imprécision : partie d'une précaire dynamique globale de la Charte », (1995) 55 *R. du B.* 257, 287.

donnent ouverture à l'applicabilité de la théorie de l'imprécision. Certains articles de la Charte ne vont incorporer que l'une des deux préoccupations ou bien vont les rendre pertinentes à un degré différent, ce qui a pour effet de faire varier le degré de précision exigé à l'égard des divers fondements constitutionnels de la théorie.

Certaines dispositions de la Charte comprennent explicitement ou implicitement l'exigence que les droits constitutionnels ne puissent être limités que de façon non arbitraire (autant que possible par le législateur). Ces dispositions incorporent donc les préoccupations relatives à la primauté du droit aux fins de la théorie de l'imprécision. Par ailleurs, certains articles de la Charte font entrer en jeu des considérations de proportionnalité des interventions de l'État dans le domaine des droits et libertés. À cet égard, l'imprécision dans son volet « portée excessive » acquiert une pertinence.

Ainsi, en ce qui concerne le volet « règle de droit » de l'analyse fondée sur l'article premier, le test sera peu exigeant envers l'État étant donné que seule la primauté du droit est pertinente à cette étape. Il faudra une norme inintelligible pour que l'on déclare la loi invalide en vertu de ce fondement constitutionnel. Par contre, à l'étape de l'« atteinte minimale », l'on ne se soucie plus de la primauté du droit, mais bien de la portée excessive que la loi peut avoir. Cette préoccupation est particulièrement importante dans la mesure où la loi se doit de porter « le moins possible » atteinte aux droits protégés. Les tribunaux seront alors plus exigeants envers le législateur quant à la précision des termes utilisés. L'on désire éviter que le décideur ne s'autorise d'un libellé législatif trop vague pour restreindre les droits constitutionnels plus que l'État ne peut légitimement le faire.

Le degré de précision exigé dans le cadre de l'article 7 et des autres dispositions comprenant une « restriction inhérente » variera selon la mesure différente dans laquelle ils peuvent rendre pertinentes les considérations de primauté du droit et de portée excessive. Ainsi, dans le cadre de l'article 7, la primauté du droit est importante, de même que la portée excessive (mais dans une moindre mesure cependant qu'à l'étape de l'« atteinte minimale »). L'on estime que les « principes de justice fondamentale » exigent à la fois le respect de la primauté du droit et d'une certaine proportionnalité dans les restrictions qu'apporte l'État à la vie, à la li-

berté ou à la sécurité¹⁵⁸. Par conséquent, le degré de précision requis dans le cadre de l'article 7 sera plus exigeant que dans le cadre de la « règle de droit », mais moins exigeant que dans l'analyse de l'« atteinte minimale ».

La même remarque est applicable à l'égard de l'alinéa 11e) qui garantit à tout inculpé le droit de ne pas se voir privé sans « juste cause » d'une mise en liberté sous caution. C'est ce qui ressort de l'analyse de la Cour suprême dans l'affaire **Morales**. Il se peut même que le degré de précision exigé dans le cadre de l'alinéa 11e) soit plus grand que celui qui est exigé à l'article 7. À cet égard, les propos du juge en chef Lamer dans l'affaire **Morales** sont intéressants :

*À mon avis, les principes de justice fondamentale ne permettent pas qu'une disposition autorisant l'incarcération laisse une large place à l'arbitraire. C'est d'autant plus vrai dans le contexte de la garantie constitutionnelle contre la privation de liberté sous caution sans juste cause qu'énonce l'al. 11e). Puisque la détention avant le procès est une mesure extraordinaire dans notre système de justice pénale, l'imprécision dans la définition des motifs la justifiant peut être encore plus injuste que l'imprécision dans la définition d'une infraction.*¹⁵⁹

Par ailleurs, parmi les autres fondements constitutionnels possibles que nous avons anticipés et esquissés dans la première partie de ce texte¹⁶⁰, le degré de précision requis pourrait ne pas être le même dans tous les cas. Ainsi, l'on peut penser que les articles 6(3)a), 6(4), 11g) et 15(2) de la Charte canadienne et 6, 24 et 37 de la Charte québécoise exigeraient un degré de précision assez modeste dans la mesure où seule la primauté du droit serait déterminante dans le contexte. Par contre, il y a lieu de croire que des fondements tels que les articles 8, 9 et 12 de la Charte canadienne de même que 9.1, 24.1 et 31 de la Charte québécoise susciteraient un degré de précision plus élevé étant donné l'impact des préoccupations liées à la portée excessive.

¹⁵⁸ *Supra*, pp. 680 et 681.

¹⁵⁹ *R. c. Morales*, précité, note 38, 728.

¹⁶⁰ *Supra*, p. 690 et suiv.

b. L'effet paralysant (« chilling effect »)

Nous avons vu que l'imprécision des termes d'une loi pouvait engendrer des problèmes de deux ordres. Ces problèmes peuvent être relatifs à la primauté du droit ou à la portée excessive. Le phénomène de l'« effet paralysant » ou « **chilling effect** » est une forme particulière de portée excessive qui peut se manifester à cause de l'imprécision d'une loi.

Habituellement, la portée excessive découlant de l'imprécision a lieu lorsque le décideur s'autorise d'un libellé législatif vague pour restreindre les droits et libertés de façon disproportionnée. Remarquons que c'est alors à l'étape judiciaire que la loi acquiert une portée excessive. Avant d'être appliquée par le décideur, la loi n'a effectivement pas encore de portée excessive. Par ailleurs, l'imprécision peut parfois engendrer un phénomène qualifié d'« effet paralysant ». Cette notion découle de la prémisse selon laquelle les citoyens désirant exercer des activités protégées par la constitution doivent bénéficier d'une certaine marge de manœuvre (« **breathing space** ») à l'intérieur de laquelle ils peuvent agir sans crainte de sanctions légales. L'expérience démontre que, dans l'incertitude, les individus préféreront souvent autocensurer leur conduite plutôt que de courir le risque d'être punis pour leurs gestes. Dans l'affaire **Comité pour la République du Canada**, le juge L'Heureux-Dubé a exposé le problème de la façon suivante :

Les droits et libertés doivent être protégés et non entravés. Les lois imprécises qui entravent les libertés fondamentales créent une voie parsemée d'incertitude sur laquelle les citoyens ont peur de s'engager, craignant des sanctions d'ordre juridique. L'imprécision ne sert qu'à semer la confusion, et la plupart des gens éviteront d'exercer leurs libertés plutôt que de risquer une sanction.¹⁶¹

Il y aura donc effet paralysant si les citoyens – à cause de l'imprécision d'une loi – craignent d'adopter une conduite qui leur est garantie par la constitution. Il se peut que cette crainte soit injustifiée dans la mesure où la loi telle qu'interprétée pourrait ne pas viser la conduite en question, mais l'imprécision est néanmoins inacceptable à cause de l'autocensure qu'elle engendre.

¹⁶¹ **Comité pour la République du Canada** c. **Canada**, précité, note 3, 214.

Notons que l'avertissement déficient donné au citoyen n'est pas problématique ici pour des raisons strictement reliées à la primauté du droit, mais bien parce que cela engendre un effet paralysant et, par le fait même, une portée excessive. Remarquons également que la portée excessive ainsi créée n'a pas lieu à l'étape de l'interprétation judiciaire de la loi, mais plutôt à l'étape de l'interprétation extrajudiciaire qu'en font les citoyens. Il importe toutefois de noter que toute imprécision n'entraîne pas nécessairement un effet paralysant. En effet, celui-ci entre en jeu uniquement si un commandement vague s'adresse au citoyen concernant l'exercice d'un droit constitutionnel qui prend la forme d'une conduite.

Dans le cas où l'on constate qu'un effet paralysant est effectivement susceptible d'être créé par la loi, cette portée excessive « extrajudiciaire » vient s'ajouter à l'éventuelle portée excessive pouvant survenir à l'étape judiciaire. Le degré de précision exigé sera haussé par la présence de l'effet paralysant, car il risque d'engendrer une portée excessive plus grave encore que celle découlant de la discrétion conférée au décideur. Lorsqu'une loi est imprécise et crée une portée excessive uniquement à l'étape judiciaire, les risques d'abus peuvent être évités par des mécanismes juridiques de contrôle des décisions (appel, révision, etc.). Comme la portée excessive se manifeste alors au vu et au su de tous, elle a moins de chances de survenir de façon significative. Par contre, le caractère insidieux de la portée excessive créée par l'effet paralysant rend l'imprécision d'autant plus grave et inacceptable qu'il est impossible de contrôler le phénomène, à moins de déclarer la loi invalide.

Ajoutons par ailleurs que, lorsque la loi qui inhibe une conduite protégée par la constitution est assortie de sanctions criminelles, la doctrine de l'effet paralysant est applicable avec davantage d'intensité étant donné la force particulièrement dissuasive du droit criminel. La menace de sanctions criminelles n'est cependant pas absolument nécessaire, comme en fait foi l'opinion du juge McLachlin (toutefois dissidente) dans l'affaire *Taylor*¹⁶², qui appliqua la doctrine du « *chilling effect* » dans le contexte de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁶³.

¹⁶² *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, précité, note 29, 964; voir également l'affaire *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes de l'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232 (où la doctrine de l'effet paralysant a eu une

Dans un autre ordre d'idées, l'effet paralysant d'une loi peut survenir suite à une interprétation atténuée (« **reading down** ») de celle-ci. Lorsque les tribunaux sont confrontés à une loi qui restreint de façon excessive les droits et libertés, ils font face à deux options. Ils peuvent soit déclarer la loi invalide, ou bien forcer son interprétation pour contrer la portée excessive et ainsi préserver sa validité. Dans ce dernier cas, il s'agit du phénomène de l'interprétation conciliatrice (ou « **reading down** »).

Des considérations de deux ordres au moins doivent guider les tribunaux dans le choix d'un remède dans ce type de situation. Premièrement, les tribunaux doivent s'assurer de ne pas usurper la fonction du législateur lorsqu'ils tentent de concilier les termes de la loi avec la constitution¹⁶⁴. Ainsi, si l'interprétation forcée que l'on donne à la loi ne découle pas naturellement et simplement des impératifs dictés par la constitution, alors les tribunaux seront appelés à procéder à une réécriture de la loi, ce qui doit être évité. Deuxièmement – et c'est là l'objet de notre propos – il faut éviter que cette interprétation atténuée de la loi ne crée une imprécision quant à la portée de celle-ci et que cela ne résulte en un effet paralysant. Il faut éviter une interprétation atténuée par laquelle les tribunaux risqueraient de créer une incertitude ayant un effet paralysant sur l'exercice des libertés fondamentales des citoyens. La portée excessive redeviendrait alors problématique dans ce contexte, et cela, de façon extrajudiciaire par le biais de l'effet paralysant. Le professeur Tribe expose le problème de la façon suivante dans le contexte américain :

The risk of introducing vagueness when attempting to reconstruct statutes reveals a structural relationship of general importance in the interplay of overbreadth and vagueness. This relationship is most sharply focused in a hypothetical statute : « It shall be a crime to say anything in public unless the speech is protected by the first and fourteenth amendments. » This statute is guaranteed not to be overbroad since, by its terms, it literally forbids nothing that the Constitution protects. The statute is nonetheless patently vague, although it is identical with the gloss Chief Justice Rehnquist would apparently put on every law in order to « save » it from an overbreadth

influence dans un contexte de sanctions disciplinaires imposées à des professionnels).

¹⁶³ L.R.C. (1985), c. H-6.

¹⁶⁴ **Schachter c. Canada**, [1992] 2 R.C.S. 679, 700.

challenge. [...] The problem with that solution is that it simply exchanges overbreadth for vagueness.¹⁶⁵

Ce type de considération peut être illustré de façon intéressante dans le contexte canadien à la lumière de l'affaire **Osborne**¹⁶⁶. Il était alors question de l'article 33 de la **Loi sur l'emploi dans la fonction publique (fédérale)**¹⁶⁷ qui interdisait aux fonctionnaires, sous réserve de certaines exceptions, de travailler pour ou contre un candidat ou un parti politique ou de se porter candidat à une élection. Cet article a été jugé contraire à la liberté d'expression et non justifiable dans le cadre de l'article premier à cause de sa portée excessive. Les moyens utilisés par l'État pour assurer l'impartialité de la fonction publique étaient trop draconiens, notamment à l'égard des personnes et des activités visées. La question de la réparation appropriée se posait alors. Devait-on tenter de préserver les applications valides de l'article ou bien l'invalidier purement et simplement?

En première instance¹⁶⁸, le juge Walsh avait opté pour la première solution. Il avait décidé d'interpréter la loi comme ne prohibant que les activités pouvant valablement faire l'objet d'une restriction par l'État. Il faisait ainsi entrer les exigences de l'article premier de la Charte à l'intérieur de l'article 33 de la loi. Cette approche, bien que conceptuellement différente, s'apparente, en pratique, à un procédé typique du droit américain, soit la réparation « **as applied** ». Cela consiste à déclarer les applications de la loi invalides au cas par cas plutôt que d'invalider d'emblée (« **on its face** ») une loi ayant à première vue une portée excessive. Les deux approches en reviennent effectivement au même dans la mesure où, dans les deux cas, l'on confrontera la conduite au test de l'article premier pour voir si elle est permise.

Ce type d'approche a comme avantage immédiat d'éviter l'invalidation de la loi pour cause de portée excessive, mais cela crée le problème de l'imprécision. Il n'est, en effet, pas évident pour un citoyen de savoir si sa conduite peut légitimement faire l'objet d'une restriction par l'État « dans le cadre d'une société

¹⁶⁵ Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2^e éd., Mineola (N.-Y.), Foundation Press, 1988, p. 1031.

¹⁶⁶ **Osborne** c. **Canada (Conseil du Trésor)**, précité, note 24.

¹⁶⁷ L.R.C. (1985), c. P-33.

¹⁶⁸ **C.F.P.** c. **Osborne**, [1986] 3 C.F. 206.

libre et démocratique ». Il redoublera par conséquent de prudence, ce qui correspond au problème de l'effet paralysant. C'est d'ailleurs principalement pour cette raison, et par souci de protéger pleinement les libertés garanties par le premier amendement, que les tribunaux américains acceptent de mettre de côté l'approche « *as applied* » au profit de l'invalidation de la loi « *on its face* » lorsqu'il y a risque d'effet paralysant¹⁶⁹.

Dans l'affaire *Osborne*, la Cour suprême n'a pas retenu l'approche du juge Walsh, préférant invalider l'article dans son intégralité. Notons cependant que la Cour n'a pas invoqué l'argument de l'effet paralysant à l'appui de sa prise de position, ce qu'elle aurait certainement pu faire. La Cour s'est contentée d'invoquer la première série de considérations, dont nous avons fait état, relative au souci de ne pas réécrire la loi, afin de ne pas usurper la fonction du législateur¹⁷⁰. Le risque d'un effet paralysant étant particulièrement présent dans l'affaire *Osborne*, la Cour aurait eu avantage à le mentionner à l'appui de la réparation choisie.

c. Les destinataires de la loi

Certaines lois sont destinées à régir le comportement de l'ensemble des citoyens, tandis que d'autres ont un champ d'application plus restreint. L'on peut penser, par exemple, aux codes de déontologie professionnelle qui, de par leur nature, visent uniquement une certaine tranche de la population. L'étude des caractéristiques propres aux destinataires de chaque loi peut s'avérer intéressante afin de faire fluctuer le degré de précision requis.

La décision de la Cour suprême dans *Ruffo c. Conseil de la magistrature*¹⁷¹ nous offre une illustration intéressante. Dans cette affaire, l'article 8 du *Code de déontologie de la magistrature*¹⁷² qui prévoit que, « [d]ans son comportement public le juge doit faire preuve de réserve, de courtoisie et de sérénité », faisait l'objet d'une contestation constitutionnelle à l'égard de l'alinéa 2b)

¹⁶⁹ L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 165, p. 1035.

¹⁷⁰ *Osborne c. Canada (Conseil du trésor)*, précité, note 24, 105.

¹⁷¹ *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, précité, note 68.

¹⁷² Décret 643-82, (1982) 114 G.O. II, 1648.

et de l'imprécision. Notons qu'étant donné qu'il s'agissait de législation déléguée, la contestation aurait pu être fondée simplement sur le vice d'imprécision de droit administratif, ce qui n'a pas été le cas. En ce qui a trait à l'évaluation constitutionnelle de la disposition contestée, le juge Gonthier cite, avec approbation, cet extrait du professeur Ouellette afin de pondérer à la baisse le degré de précision exigé :

la faute disciplinaire n'a pas à être définie avec la même précision que l'infraction pénale. Il est donc permis d'affirmer que la règle de la certitude ou de la précision des règlements souffre une exception en faveur des codes de déontologie et de discipline.

Effectivement, l'examen de certains codes de déontologie professionnelle révèle plusieurs cas de textes imprécis, mais énonçant des principes fondamentaux qui, de par leur nature même, sont de portée générale mais s'avèrent probablement parfaitement intelligibles par les gens du métier. (le soulignement est du juge Gonthier)¹⁷³

Comme le remarque la Cour¹⁷⁴, les propos du professeur Ouellette ont été tenus dans un contexte de droit administratif à l'égard de la validité des règlements. Cette réalité aurait dû avoir pour effet de diminuer la portée des excellents propos du professeur Ouellette dans le cadre d'une analyse constitutionnelle, ce que semble occulter la Cour. En effet, en droit administratif, une analyse d'imprécision est principalement centrée sur la possibilité pour les destinataires du règlement de comprendre les commandements émis par ce dernier¹⁷⁵. Il est alors justifié de faire fluctuer à la baisse la précision exigée par les codes de déontologie, étant donné que les « gens du métier » bénéficient d'une certaine expertise leur permettant de mieux comprendre des termes qui peuvent sembler inintelligibles pour le citoyen moyen. Par contre, dans le cadre d'une analyse fondée sur la Charte, des considérations supplémentaires peuvent entrer en jeu et faire hausser le degré de précision exigé dans le cas des codes de déontologie.

Ainsi, dans l'affaire **Ruffo**, il ne faut pas oublier qu'en plus d'être vague, la disposition portait atteinte à la liberté

¹⁷³ Yves OUELLETTE, « L'imprécision des codes de déontologie professionnelle », (1977) 37 **R. du B.** 669, 671 (tel que cité dans l'affaire **Ruffo** c. **Conseil de la magistrature**, précité, note 68, 333 et 334).

¹⁷⁴ **Ruffo** c. **Conseil de la Magistrature**, précité, note 68, 334.

¹⁷⁵ **Ville de Montréal** c. **Arcade Amusements Ltd.**, [1985] 1 R.C.S. 368, 401.

d'expression protégée par l'alinéa 2**b**) de la Charte. La Cour a décidé de ne pas se prononcer sur la question de l'alinéa 2**b**) étant donné qu'elle ne bénéficiait pas, à ce sujet, des éclaircissements des instances inférieures mais, étant donné la conception canadienne de la liberté d'expression développée notamment dans l'affaire *Irwin Toy*¹⁷⁶, il ne semble pas y avoir de doute que cette liberté est violée par l'article 8 du Code, sous réserve de l'article premier. C'est justement dans le cadre de l'article premier que l'imprécision pouvait acquérir une pertinence dans l'affaire *Ruffo*. Nous avons déjà souligné le fait que, dans cette affaire, la Cour a examiné les prétentions d'imprécision sans se prévaloir d'un fondement constitutionnel, étant donné que la question relative à l'alinéa 2**b**) n'avait pas été analysée¹⁷⁷. En toute logique, l'examen des prétentions d'imprécision du Code devait impérativement se faire dans le cadre de l'article premier en prenant pour acquis qu'il y a une atteinte *prima facie* à l'alinéa 2**b**). Autrement, il n'y avait aucun fondement constitutionnel à l'analyse d'imprécision qu'a effectuée la Cour. Or, dans le cadre de l'article premier, les questions de la portée excessive (*overbreadth*) et de l'effet paralysant (*chilling effect*)¹⁷⁸ entrent en jeu dans l'analyse de l'imprécision étant donné la nécessité de porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression. En ce qui concerne les codes de déontologie, il importe de réaliser le caractère particulièrement important de l'effet paralysant qu'ils occasionnent lorsqu'ils prohibent, en des termes vagues, une activité expressive. Cet effet paralysant est probablement plus important que ceux qui peuvent être créés par des lois d'application générale. Les propos du professeur Rogerson sont à cet égard très pertinents :

*The idea of chilling effect rests upon an assumption that citizens know the law and govern their behaviour in accordance with it. The truth of that assumption will obviously vary and might be stronger, for example, in circumstances where the law is directed at regulating the behaviour of a specific group of individuals, such as civil servants or lawyers, and weaker in circumstances where the law is a general trespass statute.*¹⁷⁹

¹⁷⁶ *Irwin Toy c. Procureur général du Québec*, précité, note 15.

¹⁷⁷ *Supra*, p. 689.

¹⁷⁸ *Supra*, p. 724 et suiv.

¹⁷⁹ C. ROGERSON, *loc. cit.*, note 6, 262 et 263.

L'on peut, en effet, imaginer le caractère particulièrement paralysant d'une loi qui restreint, en des termes généraux, les possibilités d'expression d'un groupe spécifique de personnes. Des conséquences professionnelles graves peuvent découler d'un manquement à un code de déontologie. Une obligation générale de réserve peut amener les individus visés à s'autocensurer d'une façon qui va bien au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de l'État. Dans le cas de l'affaire **Ruffo**, le devoir imposé par le Code ne vise pas seulement à restreindre l'expression sur certains sujets à certains endroits ou par certains moyens de communication. Le devoir imposé est au contraire extrêmement large et vise tous les comportements publics des membres de la magistrature. Les termes vagues de la loi créent un effet paralysant qui risque de restreindre considérablement l'exercice de la liberté d'expression. Loin de se soucier de ces préoccupations, la Cour suprême semble plutôt avaliser l'important effet paralysant créé par l'article 8 du **Code**. Les propos suivants du juge Gonthier sont révélateurs à cet égard :

*La règle de déontologie, en effet, se veut une ouverture vers la perfection. Elle est un appel à mieux faire, non par la sujétion à des sanctions diverses mais par l'observation de contraintes personnellement imposées. Une définition, par ailleurs, en déterminant des règles fixes, tend par là même à devenir un plafond, une autorisation implicite de poser les gestes qui ne se veulent pas prohibés. Ces deux notions, sans nul doute, s'avèrent difficiles à réconcilier. Voilà qui explique la généralité du devoir de réserve qui, en tant que norme déontologique, cherche davantage à prodiguer des conseils d'ensemble quant à la conduite que d'en illustrer le détail et les manifestations permises.*¹⁸⁰

Somme toute, nous croyons qu'il est capital de garder à l'esprit les caractéristiques propres à la doctrine constitutionnelle de l'imprécision et d'éviter d'importer trop rapidement les analyses, à première vue similaires, ayant été effectuées en droit administratif. La question notamment du « **chilling effect** » peut remettre en question la pertinence de l'idée émanant du droit administratif selon laquelle un degré moindre de précision doit être exigé à l'égard des codes de déontologie.

¹⁸⁰ **Ruffo c. Conseil de la magistrature**, précité, note 68, 332 et 333.

d. Les interprètes de la loi

Comme nous l'avons vu, le souci de limiter le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi est une considération essentielle de tout débat sur l'imprécision. L'identité institutionnelle de ces autorités qui seront appelées à interpréter la loi joue-t-elle un rôle sur le degré de précision exigé? Par l'emploi de termes vagues, une loi peut conférer un pouvoir discrétionnaire, soit aux tribunaux, soit à un organe administratif. *A priori*, le fait que le pouvoir discrétionnaire soit judiciaire ne met pas la loi à l'abri d'une invalidation pour cause d'imprécision, comme l'a spécifié le juge en chef Lamer dans l'affaire **Morales** :

*Laisser une large place à l'arbitraire ne devient pas acceptable simplement parce qu'il s'agit des caprices de juges et de juges de paix plutôt que de ceux de responsables de l'application de la loi. Il ne suffit pas de revêtir le caprice d'une toge de juge pour satisfaire aux principes de justice fondamentale.*¹⁸¹

Ceci dit, il n'en demeure pas moins que l'exigence de précision sera plus souple lorsque la discrétion conférée est judiciaire plutôt qu'administrative. Cette tendance s'explique de deux façons. Premièrement, étant donné que les jugements des tribunaux sont susceptibles de faire l'objet d'appels, l'on estime que le danger de voir des considérations arbitraires influencer la décision est diminué¹⁸². Deuxièmement, les tribunaux disposent d'un corpus jurisprudentiel afin d'orienter l'exercice de leur discrétion, ce qui n'est pas le cas en ce qui concerne les décisions administratives. Cette deuxième raison est bien illustrée par l'affaire **Morgentaler**¹⁸³. Le terme « santé » figurant à l'article 251 du **Code criminel** devait faire l'objet d'une interprétation par des comités de l'avortement thérapeutique et non par des juges. Le juge en chef Dickson a conclu à l'imprécision exagérée du terme « santé » étant donné que les comités en question « appliqu[aient] des définitions fort différentes de la santé. Pour certains comités, la santé psychologique justifi[ait] un avortement thérapeutique; pour d'autres

¹⁸¹ **R. c. Morales**, précité, note 38, 729.

¹⁸² **Young c. Young**, précité, note 59, 77 (juge L'Heureux-Dubé); **Société Radio-Canada c. Procureur général du Nouveau-Brunswick**, précité, note 26, 508.

¹⁸³ **R. c. Morgentaler**, précité, note 2.

non »¹⁸⁴. L'on peut penser que cette difficulté aurait été grandement atténuée si les comités avaient pu se référer à une « jurisprudence » des autres comités, comme peuvent le faire les juges afin d'encadrer leur discrétion.

Une certaine discrétion est donc plus facilement acceptable lorsqu'elle est conférée aux juges plutôt qu'à l'Administration. Notons, par ailleurs, que la réalité ci-haut mentionnée ne tient compte que du volet « limitation du pouvoir discrétionnaire » propre à l'analyse de l'imprécision. Or, la nature institutionnelle du décideur pourrait peut-être avoir un effet inverse – du moins indirectement – lorsque l'on se place du point de vue de l'« avertissement raisonnable ». En effet, habituellement, lorsque la discrétion est conférée à un organe administratif, la décision de ce dernier n'affectera pas directement les individus. Le décideur n'imposera en d'autres termes aucune sanction au citoyen. Ce n'est que le non-respect de cette décision administrative qui pourra occasionner une éventuelle sanction. Or, étant donné que la décision administrative elle-même n'est pas dépourvue de clarté, l'élément « avertissement raisonnable » s'avère être davantage satisfait que dans les cas où un juge se basera directement sur une loi vague pour imposer une sanction à un individu.

e. La présence d'un « substrat de valeurs »

Comme nous l'avons vu, la Cour suprême a défini l'élément relatif à l'« avertissement raisonnable » aux citoyens comme la conscience subjective qu'une conduite est répréhensible en droit. Cela réfère au « substrat de valeurs » sur lequel est basé le texte d'incrimination (ou à un équivalent par le biais d'avis ou de publicités diffusés par le gouvernement à propos de certaines lois)¹⁸⁵. Nous avons déjà exprimé certaines réserves à propos de cette façon de conceptualiser la notion d'« avertissement raisonnable »¹⁸⁶. Il n'en demeure pas moins que la présence d'un « substrat de valeurs » conserve une certaine pertinence dans la mesure où elle peut, à notre sens, venir assouplir l'exigence de précision des lois ayant une formulation à première vue trop vague.

¹⁸⁴ *Id.*, 68.

¹⁸⁵ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3, 633-635.

¹⁸⁶ *Supra*, p. 709 et suiv.

Par exemple, dans l'affaire **R. c. Finta**¹⁸⁷, les articles 7(3.71) et 7(3.76) du **Code criminel** concernant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité étaient contestés notamment à l'égard de l'article 7 de la Charte. Les crimes en question sont définis entre autres en référant au droit international coutumier et conventionnel, ainsi qu'aux principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. Malgré le caractère difficilement délimitable de la portée de ces articles, ils ont été jugés suffisamment précis pour satisfaire à la norme constitutionnelle. La question du « substrat de valeurs » a certainement contribué à assouplir l'exigence dans cette affaire¹⁸⁸. De même, dans l'affaire **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée**¹⁸⁹, une disposition de la **Loi sur la protection de l'environnement**¹⁹⁰ de l'Ontario qui contenait une interdiction générale de pollution « de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait » a également été jugée valide. Parmi les éléments qui ont influencé la décision figure la constatation suivante :

*En 1988, au moment où est survenue la pollution visée par la présente affaire, peu de citoyens connaissaient la formulation exacte de l'al. 13(1)a) LPE. Toutefois, l'Ontarien moyen devait savoir que la pollution était interdite par la loi. Les citoyens n'auraient donc pas été surpris de savoir que la LPE interdisait l'émission dans l'environnement de contaminants susceptibles de détériorer un usage de l'environnement naturel. À mon avis, l'objet et les termes de l'al. 13(1)a) sont si intimement liés à la valeur que représente la protection de l'environnement pour la société qu'il est facile de démontrer l'existence de l'avertissement quant au fond de la prohibition prévue à l'al. 13(1)a).*¹⁹¹

Dans l'affaire **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée**, postérieure à l'arrêt **Nova Scotia Pharmaceutical Society**, la Cour suprême continue de définir la théorie de l'imprécision comme exigeant impérativement la présence d'un « avertissement raisonnable », lequel est vu comme inextricablement lié à la question du « substrat de valeurs ». Son raisonnement semble toutefois tendre vers une reconnaissance plus ouverte de ce qu'est le « substrat de valeurs » en réalité, soit un élément qui va assouplir l'exigence de

¹⁸⁷ **R. c. Finta**, [1994] 1 R.C.S. 701.

¹⁸⁸ Voir en particulier les motifs du juge Cory, p. 869.

¹⁸⁹ **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée**, précité, note 128.

¹⁹⁰ L.R.O. 1980, c. 141.

¹⁹¹ **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée**, précité, note 128, 1076.

clarté législative lorsqu'il est présent. Ce caractère plus relatif de la question du « substrat de valeurs » ressort de cet extrait des motifs du juge Gonthier :

Je conclus donc que l'objectif et le contenu de l'al. 13(1)a) LPE, les valeurs de la société qui le sous-tendent, de même que la nature réglementaire de l'infraction qu'il prévoit ont tous une incidence sur l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7 alléguée par CP. (Nous soulignons)¹⁹²

Le juge Gonthier semble reconnaître le caractère non sacramental du critère des valeurs en le traitant comme un élément parmi tant d'autres qui a une « incidence sur l'analyse de l'imprécision ».

f. La nature de la loi (sociale, pénale, etc.)

L'un des facteurs qui peut avoir pour effet de faire fluctuer le degré de précision exigé à l'égard d'une disposition législative est lié à la nature de cette dernière. Ainsi, à prime abord, les tribunaux seront plus enclins à tolérer l'usage de termes généraux dans le cas de lois ayant des objectifs à caractère social. Ils y seront, à l'opposé, moins enclins à l'égard des lois criminelles¹⁹³.

Dans l'affaire *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, les objectifs particulièrement louables du législateur, visant à combattre la pollution de l'environnement naturel, ont contribué à diminuer le degré de précision exigé à l'égard d'une disposition de la ***Loi sur la protection de l'environnement***. Comme l'a noté le juge Gonthier, « la théorie de l'imprécision au regard de l'article 7 ne doit pas servir à imposer une camisole de force à l'État dans les domaines de la politique sociale »¹⁹⁴.

Cette attitude des tribunaux dans le cadre de la théorie de l'imprécision est conforme à la philosophie générale adoptée par la Cour suprême à l'égard de la justification de lois à caractère social dans le cadre de l'article premier de la Charte¹⁹⁵. Étant

¹⁹² *Id.*, 1078.

¹⁹³ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195. 1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, note 5, 1152.

¹⁹⁴ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 128, 1072.

¹⁹⁵ Voir Gérard V. LA FOREST, « The Balancing of Interests under the Charter », (1992-1993) 2 *N.J.C.L.* 133.

donné que l'imprécision est le plus souvent perçue comme un moyen de rendre « déraisonnable » une atteinte à un autre droit de la Charte, il n'est pas surprenant que l'on y retrouve les mêmes principes de retenue judiciaire que ceux qui sont en vigueur dans le cadre de l'article premier.

Il est, par ailleurs, intéressant de noter que la nature de la loi peut faire fluctuer le degré de précision exigé non seulement à l'égard des objectifs poursuivis, mais aussi relativement aux sanctions et procédures que la loi prévoit. Dans l'affaire **Keegstra**¹⁹⁶, l'article 319(2) du **Code criminel** visant à prohiber la propagande haineuse était contesté par rapport à la liberté d'expression, et l'imprécision des termes « foment[e]r la haine » était soulevée comme obstacle à la justification dans le cadre de l'article premier. Les propos du juge McLachlin tenus en dissidence dans cette affaire afin de décréter le caractère imprécis de la disposition sont révélateurs :

*Finale­ment, on peut soutenir que le droit criminel commande une plus grande précision que, par exemple, la législation en matière de droits de la personne, et ce, en raison de la nature différente des procédures dans les deux cas. Les conséquences de l'allégation d'une violation du par. 319(2) du Code criminel sont directes et extrêmement graves. Dans le processus suivi dans le domaine des droits de la personne, le tribunal jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer quels messages ou quelles conduites devraient être interdits et il peut, dans son ordonnance en préciser davantage la nature, tout cela avant que le contrevenant ne subisse quelque conséquence.*¹⁹⁷

L'argument ci-haut a été repris, à l'occasion d'une affaire subséquente, à l'appui de la validité d'une loi sur les droits de la personne visant aussi à restreindre la propagande haineuse. Ainsi, dans l'affaire **Taylor**¹⁹⁸, le juge en chef Dickson a affirmé, au nom de la majorité, que « la nature conciliatoire d'une loi sur les droits de la personne rend [la] restriction plus acceptable que s'il s'agissait d'une disposition pénale ». ¹⁹⁹

¹⁹⁶ **R. c. Keegstra**, précité, note 145.

¹⁹⁷ *Id.*, 862.

¹⁹⁸ **Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor**, précité, note 29.

¹⁹⁹ *Id.*, 929.

Notons que les lois quasi constitutionnelles telle la **Charte des droits et libertés de la personne**²⁰⁰ sont peu vulnérables à l'égard des contestations pour cause d'imprécision malgré la généralité des termes qu'elles emploient. Cela n'est cependant pas dû à leur statut juridique qui, à l'égard de la constitution, est celui de simples lois. Cela est plutôt dû à la retenue judiciaire qu'elles suscitent à cause de la nature de leurs objectifs et de la procédure conciliatoire qu'elles prévoient.

De même, parmi les lois pénales, le degré de précision exigé variera selon qu'il s'agit de dispositions de droit criminel ou d'infractions réglementaires. Un principe de retenue à l'égard des dispositions réglementaires a été énoncé de façon générale, notamment dans l'affaire **Wholesale Travel Group Inc.**²⁰¹. Ce principe fut repris à l'occasion de l'affaire **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée** en ce qui concerne le cas particulier des lois contestées pour cause d'imprécision²⁰².

g. Le contenu de la loi (degré de généralité suscité par les objectifs poursuivis)

Certains objectifs législatifs ne peuvent être atteints de façon efficace qu'en faisant usage de termes généraux que les tribunaux seront appelés à préciser au cas par cas. L'on dira alors que les objectifs poursuivis appellent une certaine généralité à cause des limites inhérentes au langage relativement à un sujet donné²⁰³. Lorsque ces lois sont contestées pour cause d'imprécision, un plus grand degré de tolérance s'impose étant donné qu'un libellé législatif plus spécifique compromettrait leur efficacité. Comme l'a précisé le juge Gonthier dans l'affaire **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée**, « [l]e rôle médiateur du pouvoir judiciaire revêt une importance particulière dans les cas où des difficultés pratiques

²⁰⁰ L.R.Q., c. C-12.

²⁰¹ **R. c. Wholesale Travel Group Inc.**, précité, note 52, 227 et suiv.

²⁰² **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée**, précité, note 128, 1078.

²⁰³ Au sujet des limites inhérentes du langage juridique, voir Paul AMSELEK, « La teneur indéfinie du droit », (1991) 107 **Rev. dr. publ.** 1199-1201; Andrew S. BUTLER, « A Presumption of Statutory Conformity with the Charter », (1993-94) 19 **Queen's L.J.** 209, 225-227.

empêchent le législateur de formuler des lois en termes précis »²⁰⁴.

Les articles 163 et suivants du **Code criminel**, qui traitent des « infractions tendant à corrompre les mœurs », constituent de bons exemples de dispositions dont la formulation vague est rendue nécessaire par le type d'objectifs poursuivis. Ces articles visent à réprimer l'obscénité, l'immoralité et l'indécence dans cet ordre de sévérité. Ces concepts vagues, qui ont donné lieu à l'élaboration par les tribunaux du critère non moins fluide des « normes de tolérance de la société », prêtent le flanc à des allégations d'imprécision. Cependant, l'on sera généralement plus permissif à l'égard de ce type de dispositions, car les comportements visés peuvent être tellement variés et imprévisibles qu'il est difficile, voire impossible pour le législateur de rédiger des lois détaillées qui couvriraient tous les comportements qu'il souhaite interdire²⁰⁵. Cela est d'autant plus vrai que le Parlement a déjà, dans le passé, tenté sans succès de légiférer de façon plus explicite relativement à ces types de sujets. Les propos du juge Sopinka dans l'affaire **Butler** sont révélateurs :

*Il s'est avéré que la tentative de donner des exemples d'obscénité exhaustifs ne pouvait qu'échouer (projet de loi C-54, 2^e sess., 33^e Parl.). Il semble que la seule solution pratique soit d'établir une définition plus abstraite de l'obscénité, qui tiendra compte du contexte et de l'évolution de la connaissance et de la compréhension du phénomène visé par le texte législatif. [...] Compte tenu du caractère insoluble du problème et de l'impossibilité de définir précisément une notion qui est fondamentalement insaisissable, il y a peu de chance que l'on réussisse à établir une disposition plus explicite. En conséquence, on peut se demander s'il est possible d'exiger du législateur une plus grande précision et à quel prix.*²⁰⁶

Ce type de considérations a joué, à maintes reprises, dans les litiges mettant en jeu l'imprécision. Ainsi, dans l'affaire **Ruffo**, le **Code de déontologie de la magistrature** qui prévoit que, « dans son

²⁰⁴ **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée**, précité, note 128, 1070.

²⁰⁵ Des dispositions traitant d'obscénité, d'immoralité ou d'indécence ont été jugées suffisamment précises : **R. c. Butler**, précité, note 148; **Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code Criminel (Man.)**, précité, note 5; **R. c. Red Hot Video Ltd.** (1985) 45 C.R. (3d) 36; **R. c. Pelletier**, [1986] R.J.Q. 595 (C.S.); voir cependant *contra* : **Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise**, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.F.).

²⁰⁶ **R. c. Butler**, précité, note 148, 506.

comportement, le juge doit faire preuve de réserve, de courtoisie et de sérénité », a été jugé valide. La Cour a fait preuve de retenue dans son analyse étant donné les difficultés qu'occasionneraient des tentatives de formulation de la norme de façon plus explicite²⁰⁷. De la même façon, des critères relatifs à l'« intérêt de l'enfant » dans des litiges mettant en cause la garde en droit de la famille ont été jugés valides dans les affaires *Young*²⁰⁸ et *P.(D.) c. S.(C.)*²⁰⁹. Une formulation législative générale peut même à l'occasion s'avérer être à l'avantage des individus en plus d'assurer l'efficacité de la loi. Ainsi, dans l'affaire *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, la prohibition de pollution de l'environnement naturel « relativement à tout usage qui peut en être fait » peut être un meilleur guide pour permettre aux citoyens de régler leur conduite qu'une énumération détaillée de substances chimiques qui serait incompréhensible pour la majorité des gens²¹⁰.

2. Interrelations entre certains facteurs de modulation et le critère du « débat judiciaire »

Nous avons vu que la norme générale de précision requise était celle du « guide suffisant pour orienter un débat judiciaire ». Nous avons également constaté que certains éléments de nature à faire fluctuer le degré de précision requis ont été élaborés. Or, le rapport entre le « guide suffisant » et les éléments de modulation est quelque peu incertain dans l'état actuel de la jurisprudence. Que devient la norme du débat judiciaire lorsque l'on introduit les éléments de pondération?

En ce qui concerne les deux premiers éléments modulateurs, soit le fondement constitutionnel invoqué et la question de l'effet paralysant, le problème ne se pose pas vraiment dans la mesure où la modulation de l'exigence de précision se fait par le biais de la portée excessive. Le critère du guide suffisant propre à l'imprécision, au sens strict, n'est alors pas vraiment affecté d'une façon qui pourrait susciter des interrogations profondes. Par contre, le problème se pose en ce qui a trait aux cinq autres éléments modulateurs que nous avons identifiés (les destinataires

²⁰⁷ *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, précité, note 68, 333.

²⁰⁸ *Young c. Young*, précité, note 59, 76 (juge L'Heureux-Dubé).

²⁰⁹ *P.(D.) c. S.(C.)*, précité, note 62, 179.

²¹⁰ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 128, 1074.

de la loi, ses interprètes, la présence d'un « substrat de valeurs », la nature de la loi et le degré de généralité que suscitent les objectifs poursuivis). Leur rôle par rapport à l'exigence du « guide suffisant » n'est pas clair. Peuvent-ils être utilisés à la fois pour hausser et pour baisser l'exigence de précision législative?

L'approche adoptée par la Cour suprême est assez favorable au législateur, et peut-être même trop permissive à son égard. Dans l'affaire **Nova Scotia Pharmaceutical Society**²¹¹, le critère du « guide suffisant » est vu comme une norme générale devant s'appliquer, au départ, dans tous les cas. À partir du moment où il est satisfait, la loi est censée être invulnérable. Notons que ce critère du « guide suffisant » constitue, au départ, une norme très conservatrice. Il ne serait probablement pas possible de créer un critère plus bas qui assurerait, par ailleurs, une quelconque protection aux considérations d'« avertissement raisonnable » et de « limitation du pouvoir discrétionnaire ». Comme le dit le professeur Hogg, « almost any provision, no matter how vague could provide a basis for legal debate »²¹². À partir d'une norme aussi basse, l'on s'attendrait à ce que les éléments modulateurs ayant été élaborés (principalement à partir de l'affaire **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée**²¹³) soient utilisés essentiellement aux fins de faire hausser l'exigence de précision. Cela n'a pourtant pas été le cas. L'on constate, en effet, que ces éléments sont invoqués, en pratique, uniquement pour diminuer l'exigence de précision.

Nous sommes d'avis que la Cour suprême a une attitude trop conservatrice dans le contexte et qu'elle utilise peut-être à mauvais escient les facteurs de pondération de l'exigence. Afin d'illustrer notre propos, examinons de plus près les interrelations entre la norme du « débat judiciaire » et le dernier élément de pondération que nous avons identifié, soit celui qui consiste à regarder si les objectifs poursuivis par le législateur suscitent une formulation vague. Normalement, ce critère devrait pouvoir jouer dans les deux sens, autant pour hausser que pour diminuer l'exigence de précision législative selon le degré de généralité qu'appellent les objectifs poursuivis par le législateur. Nous constatons cependant que celui-ci n'est invoqué, en pratique, que

²¹¹ **R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3.

²¹² P.W. HOGG, *op. cit.*, note 76, p. 867.

²¹³ **Ontario c. Canadien Pacifique Ltée**, précité, note 128.

pour faire diminuer le degré de clarté exigé. Si la norme sacramentelle du « guide suffisant » est satisfaite, l'on ne va pas plus loin en se demandant s'il aurait été raisonnablement possible pour le législateur d'être plus précis. Le phénomène a également été remarqué dans le contexte américain par le professeur Tribe :

*In practice, the Court rarely rests a finding of overbreadth or vagueness upon its discovery of a genuinely « less restrictive alternative », although an affirmative showing that any alternative to the statute would be seriously ineffectual might negate the overbreadth or vagueness conclusion.*²¹⁴

Pour notre part, dans un cas où il serait manifeste que le législateur aurait pu rédiger la loi de façon plus précise sans compromettre son efficacité, nous ne voyons pas ce qui devrait empêcher le critère du « contenu de la loi » de faire hausser l'exigence de précision et de déclarer la loi invalide même si elle est par ailleurs suffisamment précise pour orienter un débat judiciaire.

Utilisons une illustration pour démontrer le caractère insatisfaisant du critère du « guide suffisant pour un débat judiciaire » en tant que norme générale. Imaginons une loi qui stipulerait ceci : « Il est interdit de rouler trop vite sur l'autoroute ». L'expression « trop vite » pose un problème manifeste au niveau de l'avertissement et du pouvoir discrétionnaire. Or, elle constitue probablement un « guide suffisant pour orienter un débat judiciaire ». En effet, il est possible d'argumenter sur ce qu'est une vitesse excessive sur l'autoroute. Il n'y a pas de doute que cela délimite une « sphère de risque » et que les tribunaux seraient en mesure de donner un sens à ce type de disposition en déterminant jurisprudentiellement quelle est la vitesse permise. Selon les critères de l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*²¹⁵, cette disposition serait donc probablement jugée valide. Or, dans ce type de cas, il saute aux yeux qu'il aurait été facile pour le législateur d'être plus précis en spécifiant numériquement quelle est la vitesse permise en kilomètres/heure. Cela aurait eu l'avantage, sur le plan des principes, de préserver une certaine séparation des pouvoirs, en plus d'assurer un avertissement raisonnable et la limitation du pouvoir discrétionnaire, dans le respect de la

²¹⁴ L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 165, p. 1037.

²¹⁵ R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3.

primauté du droit et du principe interdisant l'incrimination rétroactive. La disposition législative fictive dont nous avons fait état est quelque peu caricaturale, mais il n'en demeure pas moins qu'elle illustre le caractère manifestement inadéquat du critère du « débat judiciaire » en tant que norme générale. Afin d'éviter de tels résultats, il importe d'adopter, dans chaque cas, une approche qui tiendra compte du degré de généralité qu'appellent les objectifs législatifs poursuivis.

Selon nous, une façon adéquate de voir les choses serait de dire que la norme du « débat judiciaire » n'est qu'un minimum de précision garanti par la Constitution. Toute loi devrait au moins satisfaire à cette norme de base sous peine d'invalidité, et cela, peu importe l'étendue de la retenue judiciaire que peut susciter cette loi pour diverses raisons. À partir de cela, l'on pourrait faire usage des différents facteurs pondérateurs afin de hausser l'exigence en fonction des caractéristiques de la loi en cause. Ainsi, si la loi est à caractère pénal, plus de précision sera demandée. Si la loi n'appelle pas une formulation générale par nature, l'on devrait être plus exigeant. Si la loi n'est pas liée à un « substrat de valeurs », l'on doit pondérer l'exigence à la hausse et ainsi de suite. À travers ce processus, il importe également de garder constamment à l'esprit les deux préoccupations de base que sont l'« avertissement raisonnable » et la « limitation du pouvoir discrétionnaire ».

Il faut éviter de voir le « débat judiciaire » comme une norme générale et absolue, et plutôt adopter une approche qui tienne compte du cas particulier de chaque loi afin de faire fluctuer (à la hausse comme à la baisse) le degré de précision exigé. Il importe, à cet égard, de garder à l'esprit la prémisse ayant incité le juge Gonthier, dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, à énoncer le critère du « guide suffisant ». Il s'agissait de la nécessité de conférer un rôle médiateur aux juges, étant donné les limites inhérentes du langage qui empêchent *parfois* le législateur de faire usage d'une codification plus précise²¹⁶. *A contrario*, lorsque les objectifs législatifs permettent une formulation plus précise, ne devrait-on pas appliquer un test plus exigeant? La latitude accordée au législateur par le critère du « guide suffisant » ne de-

²¹⁶ *Id.*, 638-640; voir également *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 128, 1070.

vrait pas lui permettre d'utiliser inutilement des termes vagues, par simple paresse d'écriture, ou pour décharger sur le dos des juges le fardeau politique de prendre des décisions. Si l'on a choisi de conférer un statut constitutionnel à la théorie de l'imprécision, il faut se garder de la mettre de côté pour de simples motifs de commodité²¹⁷, à défaut de quoi l'on compromettrait la protection des droits garantis par la Charte dans le respect de la primauté du droit.

L'approche que nous proposons serait d'une logique plus saine, au niveau des principes, tout en assurant une protection plus tangible aux préoccupations d'« avertissement » et de « limitation du pouvoir discrétionnaire ». La primauté du droit serait préservée de façon adéquate et la doctrine de l'imprécision pourrait avoir une portée palpable. Bien que plus exigeante envers l'État, cette vision ne mettrait nullement de bâtons dans les roues d'un législateur vigilant qui ferait usage de termes généraux uniquement lorsque cela est nécessaire dans l'atteinte des objectifs qu'il vise. Cela inciterait le législateur à un effort de rédaction plus soutenu, ce qui ne pourrait qu'être bénéfique pour la liberté des citoyens.

C. La question des situations hypothétiques

Dans le cas des dispositions qui prohibent une certaine conduite, un individu peut-il prétendre que la loi est imprécise telle qu'appliquée à la situation hypothétique d'un tiers, bien que son propre comportement soit clairement visé par la loi? Il s'agit de savoir si un tel argument est recevable, et le cas échéant, quelle est sa force probante.

Aux États-Unis, sauf exceptions, ce type d'argument est irrecevable à cause de la conception de l'intérêt pour agir dans les litiges constitutionnels qu'ont développée les tribunaux américains. Dans l'affaire *Hoffman Estates v. Flipside Hoffman Estates Inc.*²¹⁸, la Cour suprême des États-Unis a affirmé que « [l]e de-

²¹⁷ Les droits et libertés garantis par la Charte ne doivent pas, en principe, être écartés pour des motifs de commodité administrative. Voir notamment le *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, *R.S.B.C. 1979, chap. 288*, précité, note 46; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Janoff c. La Reine*, [1991] R.J.Q. 2427 (C.A.).

²¹⁸ *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982).

mandeur qui s'engage dans une conduite qui est clairement prohibée ne peut se plaindre de l'imprécision de la loi telle qu'elle s'applique à la conduite d'autrui »²¹⁹. Cette approche *in concreto* est typique du droit américain. L'on privilégie ainsi une vision où la validité de la loi est évaluée telle qu'appliquée (« *as applied* ») aux faits particuliers de l'espèce²²⁰. Cette position n'est cependant pas celle qui prévaut au Canada. En effet, la latitude accordée aux plaideurs est plus large dans la mesure où on leur permet d'invoquer avec succès la violation des droits constitutionnels d'autrui pour se défendre d'accusations pénales²²¹.

La Cour suprême fut confrontée à ce type d'argument en relation avec la théorie de l'imprécision dans l'affaire *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*²²². La compagnie Canadien Pacifique était accusée d'avoir enfreint l'alinéa 13(1)a) de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario qui énonce une interdiction générale de pollution « de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait ». La compagnie, bien que ses actes de pollution aient été clairement visés par l'article, alléguait que, dans certains cas hypothétiques, la loi pourrait s'avérer trop imprécise.

La Cour commença par rejeter l'approche américaine qui consiste à ignorer d'entrée de jeu ce type d'argument pour cause d'intérêt insuffisant²²³. Par son rejet de la position américaine, la Cour suprême affirme donc sa volonté d'examiner l'imprécision d'une loi créatrice d'infraction dans une optique *in abstracto* (ou « *on its face* »). C'est une approche qui consiste à ne pas accorder d'importance aux faits de l'espèce pour juger de la validité d'une loi. Cette vision s'oppose à l'approche dite *in concreto* (ou « *as applied* ») selon laquelle la loi est examinée uniquement à la lumière

²¹⁹ *Id.*, 495 (traduction tirée de *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 128, 1045 et 1046); voir également dans le même sens *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733, 756 (1974).

²²⁰ Les tribunaux américains acceptent cependant de mettre de côté l'approche « *as applied* » au profit de l'approche « *on its face* » lorsque la question du « *chilling effect* » est mise en jeu dans le cadre du premier amendement : voir *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352, 358, n.8 (1983).

²²¹ *R. c. Big M Drug Mart*, précité, note 52; *R. c. Smith*, précité, note 77; *R. c. Morgentaler*, précité, note 2; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, précité, note 52; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485.

²²² *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 128.

²²³ *Id.*, 1045 (juge en chef Lamer) et 1090 (juge Gonthier).

des faits de l'espèce. L'approche choisie au Canada (« *on its face* ») ne signifie pas que les différentes situations de fait susceptibles de se produire ne doivent pas faire l'objet de considérations. Le juge peut, en effet, en tenir compte, mais il ne doit pas se limiter aux faits de l'espèce. Le contexte factuel doit donc être évalué globalement. Il découle de cette prise de position canadienne que les situations hypothétiques ne sont pas *prima facie* irrecevables dans le cadre de la théorie de l'imprécision étant donné que l'approche *in abstracto* accorde le même degré d'importance aux faits de l'espèce qu'aux autres faits pouvant être imaginés.

La Cour suprême affirme cependant du même souffle que dans un débat fondé sur l'imprécision, l'argument relatif aux situations hypothétiques est très peu pertinent étant donné la nature de l'analyse qui s'impose telle que développée dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*²²⁴. En effet, la démarche appropriée consiste à déterminer si l'article en cause est susceptible de faire l'objet d'une interprétation pouvant orienter un débat judiciaire. Lorsqu'une certaine conduite (en l'occurrence celle du plaignant) est clairement visée par l'article en cause, cela démontre selon le juge en chef Lamer, que la loi est suffisamment précise :

*le fait qu'il existe quelque « noyau » identifiable d'activité prohibée par la loi sera souvent un bon indice que la loi constitue un guide suffisant pour un débat judiciaire.*²²⁵

Les propos du juge Gonthier semblent aller dans le même sens lorsqu'il affirme ce qui suit :

*Dans un cas comme la présente espèce, où un tribunal a interprété une disposition législative, puis déterminé que la situation factuelle propre à la partie opposante tombe précisément sous le coup de cette disposition, celle-ci n'est manifestement pas imprécise. Il n'est pas nécessaire d'examiner des situations factuelles hypothétiques puisqu'il appert clairement que la loi fournit un fondement pour un débat judiciaire*²²⁶.

Cette approche de la Cour suprême face aux situations hypothétiques peut avoir un impact logique beaucoup plus impor-

²²⁴ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3.

²²⁵ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 128, 1047.

²²⁶ *Id.*, 1090 et 1091.

tant qu'il n'apparaît à première vue et diminuer considérablement la portée de la théorie de l'imprécision. En effet, les conclusions de la Cour suprême concernant la problématique des « hypothèses raisonnables » dans le cadre de la théorie de l'imprécision sont les suivantes. **Conclusion n° 1** : un argument fondé sur la situation factuelle d'autrui n'est pas à première vue irrecevable car l'analyse doit être faite « *on its face* ». **Conclusion n° 2** : le prévenu a peu à gagner en invoquant la situation hypothétique plus controversée d'autrui car le fait qu'il existe une conduite qui est clairement visée par la loi démontre qu'il y a matière à débat judiciaire (ou du moins constitue un « bon indice » à cet effet selon les termes du juge en chef Lamer).

L'effet conjugué de ces deux conclusions peut être le suivant. Supposons que la conduite d'un individu A soit clairement visée par la loi, mais que cela ne soit pas le cas pour un individu B dont la situation est plus controversée. D'une part, A ne pourrait pas invoquer la situation de B à l'appui de ses prétentions d'imprécision s'il était poursuivi (c'est la situation qui prévalait dans *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*). Mais d'autre part, et de façon beaucoup plus choquante, si B était poursuivi et désirait alléguer l'imprécision de la loi telle qu'appliquée à lui-même, le ministère public pourrait plaider que la situation hypothétique de A fait échec à l'argument d'imprécision. En effet, l'existence d'un « noyau » d'activités visées est censé démontrer que la loi est suffisamment précise (conclusion n° 2). Le fait que le « noyau » ne concerne pas les activités de l'accusé n'a pas d'importance car l'analyse doit être faite « *on its face* » (conclusion n° 1).

En somme, par l'effet du raisonnement tenu dans *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, la Cour permet indirectement au gouvernement de sauver toute loi attaquée pour imprécision s'il est en mesure d'imaginer une situation hypothétique qui tomberait sous le coup de l'article en cause. Pour se décharger de son fardeau, la couronne n'a même pas besoin de définir le sens approximatif de la loi ou de démontrer qu'elle peut faire l'objet d'une interprétation plus que superficielle. Elle n'a qu'à fournir un exemple de situation qui rendrait la loi applicable. Cette approche peut conférer une portée très limitée à la théorie de l'imprécision et permettre de rendre valide même les lois les plus vagues. Un exemple classique souvent utilisé pour démontrer à quel point une loi peut souffrir d'imprécision est l'ordonnance suivante qui

était en cause dans l'affaire américaine *Papachristou v. City of Jacksonville*²²⁷:

[TRADUCTION] *Jacksonville, Code d'ordonnance § 26 - 57 : Les délinquants et clochards, ou les mendiants, les joueurs, les charlatans ou les personnes qui se livrent à des jeux illégaux, les ivrognes, les prostitués, les voleurs, les voyous, les voleurs à la tire, les commerçants d'objets volés, les personnes dévergondées, débauchées, et lascives, les tenanciers de maisons de jeux, les chemineaux, les rôdeurs, les vagabonds, les fainéants, les auteurs de trouble, les personnes qui n'ont aucun moyen d'existence licite et qui fréquentent ordinairement des endroits mal famés, des maisons de jeux ou des lieux où l'on vend ou sert des boissons alcooliques, les personnes aptes au travail, mais qui vivent habituellement des revenus de leurs épouses ou de leurs enfants mineurs, sont réputés des vagabonds et, sur déclaration de culpabilité en Cour municipale, sont coupables des peines prévues pour les infractions de la catégorie D.*²²⁸

Il n'y a pas de doute que certains individus auraient clairement pu tomber sous le coup de cette ordonnance sans que l'on puisse prétendre que la loi était imprécise quant à eux. L'ordonnance a cependant été jugée invalide car les zones grises créées par la disposition étaient tellement nombreuses et larges que, dans bien des cas, il y avait un grave problème au niveau de l'avertissement et de la limitation du pouvoir discrétionnaire²²⁹. Presque toute loi, si vague soit-elle, vise un certain nombre de conduites de façon non équivoque. Comme l'a noté le juge Hughesen de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Luscher*, « [i]l est fort peu probable qu'une disposition, si imparfaite soit-elle, soit vague au point de ne pas permettre de départager certains cas. Ce qui est significatif, c'est la taille et l'importance de la zone grise entre les deux situations extrêmes »²³⁰. Le raisonnement tenu dans l'affaire *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*²³¹ est, dans cette optique, insatisfaisant, car il nie qu'une loi puisse être d'une imprécision inacceptable lorsqu'il existe un « noyau » de conduites pouvant être clairement visées par la disposition.

²²⁷ *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972).

²²⁸ Traduction tirée du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195. 1(1)c) du Code Criminel (Man.)*, précité, note 5, 1152 et 1153.

²²⁹ *Papachristou v. City of Jacksonville*, précité, note 227, 162.

²³⁰ *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, précité, note 205, 94 et 95.

²³¹ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 128.

*

* *

Après avoir analysé les grandes lignes qui caractérisent l'émergence de la théorie de l'imprécision, force nous est de constater que la tendance prônée par la Cour suprême en est une de retenue. En vertu de l'affaire **Nova Scotia Pharmaceutical Society**²³², l'invalidation d'une loi pour cause d'imprécision sera du domaine de l'exception. En édictant la norme du « guide suffisant pour un débat judiciaire », la Cour préfère laisser une latitude importante au législateur à l'intérieur de laquelle il peut manoeuvrer sans craindre l'invalidation de la loi. En fait, l'argument de l'imprécision a été invoqué avec succès une seule fois en Cour suprême, soit dans l'affaire **Morales**²³³. Il s'agissait alors d'une invalidation assez minime, soit le retrait des mots « intérêt public » de l'alinéa 515(10)b) du **Code Criminel**. Somme toute, à part les cas mettant en jeu la portée excessive et l'effet paralysant à l'étape de l'atteinte minimale de l'article premier, l'imprécision des termes d'une loi risque peu de devenir problématique d'un point de vue constitutionnel dans l'état actuel de la jurisprudence.

Tout cela ne doit cependant pas signifier que les plaideurs auxquels on oppose une loi ne peuvent pas tirer profit de l'imprécision de celle-ci pour échapper à son emprise. Nous avons mentionné dans l'introduction de ce texte que la théorie de l'imprécision s'apparentait à des principes qui existaient déjà au Canada avant la Charte. Bien avant 1982, les tribunaux ont élaboré une « charte jurisprudentielle des droits »²³⁴. Ainsi, il est reconnu que les tribunaux interprètent de façon stricte les lois qui restreignent les droits et libertés²³⁵. En cas de difficulté réelle d'interprétation, il est de mise de trancher en faveur du maintien des droits fondamentaux des citoyens²³⁶. Le principe de légalité en droit pénal (*nullum crimen nulla poena sine lege*) de même que l'interprétation stricte des lois pénales sont des particularisations

²³² R. c. **Nova Scotia Pharmaceutical Society**, précité, note 3.

²³³ R. c. **Morales**, précité, note 38.

²³⁴ John WILLIS, « Statute Interpretation in a Nutshell », (1938) 16 **Can. Bar Rev.** 1, 17.

²³⁵ Peter B. MAXWELL, *On the Interpretation of Statutes*, 12^e éd. par P. St. J. Langan, Londres, Sweet & Maxwell, 1969, p. 251.

²³⁶ P.A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 98, p. 445.

de cette tendance générale visant la protection jurisprudentielle des droits et libertés²³⁷. Ainsi, depuis bien avant les Chartes, si une loi est tellement vague que l'on ne peut savoir – même après un effort d'interprétation – si une conduite est visée ou pas, alors les juges sont enclins à déclarer la loi inapplicable à l'accusé dans l'hypothèse où elle restreint un droit ou une liberté au sens large. La primauté du droit est donc protégée dans une certaine mesure à travers ce processus.

Notons qu'il n'est pas question alors de portée excessive, car l'on se situe à l'extérieur du cadre constitutionnel. Dans ce schème d'analyse, le Parlement est souverain quant au fond (les tribunaux ne peuvent lui imposer des limites réelles), mais les tribunaux lui imposent une limite de forme (si le Parlement veut restreindre les droits fondamentaux, il doit le faire clairement sous peine d'inapplicabilité de la loi dans certains cas). Même si elles ne permettent pas l'invalidation des lois, ces techniques pré-Charte de protection de la primauté du droit surtout utilisées en droit pénal demeurent utiles pour les accusés, car elles leur permettent d'échapper à l'emprise de la loi en question.

Étant donné la faible portée donnée à la théorie constitutionnelle de l'imprécision à travers la norme du « guide suffisant pour un débat judiciaire », il vaut peut-être mieux pour les plaideurs de se concentrer pour l'instant sur les instruments non constitutionnels de protection de la primauté du droit. Ces derniers doivent en principe continuer de s'appliquer avec la même vigueur qu'auparavant. Notons que certaines appréhensions ont été exprimées en doctrine; on craint de voir l'approche conservatrice propre à la théorie de l'imprécision se propager à l'égard des principes d'interprétation des lois pénales²³⁸. Pour notre part, nous estimons que les juges ne devraient pas s'autoriser des termes conservateurs de l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*²³⁹ pour restreindre la portée des principes développés avant la Charte qui protégeaient la primauté du droit. Une telle démarche irait à l'encontre de l'article 26 de la Charte selon lequel « [l]e fait

²³⁷ Sur l'interprétation particulière des lois pénales, voir André JODOUIN, « L'interprétation par le juge des lois pénales », (1978) 13 *R.J.T.* 49; Stephen KLOEPFER, « The Status of Strict Construction in Canadian Criminal Law », (1983) 15 *Ott. L. Rev.* 553.

²³⁸ Voir A. JODOUIN, *loc. cit.*, note 91, 786.

²³⁹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 3.

que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada ». Ainsi, la retenue prônée dans **Nova Scotia Pharmaceutical Society** n'est de mise qu'en ce qui concerne les contestations constitutionnelles en vertu de la théorie de l'imprécision.

Pour ce qui est de l'avenir de la doctrine de l'imprécision au Canada, il sera intéressant de voir si les tribunaux emprunteront les avenues constitutionnelles et quasi constitutionnelles dont nous avons fait état (notamment l'alinéa 11*g*) pour élargir l'applicabilité de la théorie. En ce qui a trait au fond, nous avons constaté le faible impact de cette doctrine en tant qu'instrument d'invalidation des lois. Cet impact pourrait être rehaussé en adoptant l'approche que nous avons préconisée, selon laquelle le « débat judiciaire » serait une norme minimale. Ainsi, la question de savoir notamment si le législateur aurait raisonnablement pu être plus précis dans l'énonciation de la règle devrait constituer une préoccupation majeure faisant fluctuer de façon significative la norme de précision exigée.