

## **Allocution de la très honorable Beverley McLachlin, C.P.**

### **La protection des droits fondamentaux : Étude comparative des États-Unis et du Canada**

**Le 5 avril 2004**

Merci pour votre aimable présentation.

Je l'ai trouvée très rassurante, d'autant plus que les juges de la Cour suprême du Canada sont souvent décrits en termes moins flatteurs. L'une des descriptions les moins flatteuses est sortie de la bouche de mon collègue Ian Binnie qui, lors d'un cocktail de bienvenue en l'honneur de nos nouveaux auxiliaires juridiques, avait indiqué à ces derniers que la plus difficile des tâches qui les attendait serait de faire jaillir l'étincelle des neuf volcans somnolents auxquels ils étaient affectés.

Somnolente ou non, j'ai grand plaisir à être avec vous ici aujourd'hui pour tenter certaines comparaisons entre le Canada et les États-Unis, en particulier dans la façon dont nous envisageons les droits fondamentaux.

Ce sujet m'obligeant à vous expliquer dans le détail la perspective canadienne, je voudrais faire une mise en garde préliminaire. Nous, les Canadiens, sommes généralement assez réservés, assez peu portés à parler de nous-mêmes. Le penchant des Canadiens à s'occuper de leurs affaires, au sens étroit du terme, est bien illustré par l'anecdote suivante, que je tiens de bonne source.

Peu après son accession au trône, la reine Elizabeth II est venue nous visiter. Nous aimons honorer notre souveraine en lui offrant des présents aussi utiles qu'originaux, propres à exprimer l'âme canadienne. Au fil des décennies, Sa Majesté est ainsi devenue la fière propriétaire d'innombrables coiffures autochtones, de douzaines de bâtons d'orateurs autochtones, d'un grizzly, d'un élan et de deux originaux.

Lors de cette visite, Sa Majesté s'est vu offrir deux spécimens de notre symbole national, le castor. On mena la jeune Reine, mariée depuis peu, au bassin des castors. Ces derniers, comme tout castor qui se respecte, semblaient très affairés. Pendant quelque temps, Sa Majesté les regarda s'ébattre dans le bassin. D'un air perplexe, elle se tourna ensuite vers le gentleman canadien qui se tenait à ses côtés. « Mais que font-ils donc? » Et le gentleman de répondre avec un laconisme typiquement canadien : « Je l'ignore, Madame. Je suis célibataire ».

Ce qui m'amène à ma seconde mise en garde. Ma connaissance du droit comparé canado-américain tout comme la connaissance qu'avait des castors notre célibataire est assez limitée. Si l'on me demandait de dire quelles sont les différences entre nos deux pays, je serais sans doute bien avisée de répondre, à l'instar de ce gentleman, « Je ne sais pas. Je suis une Canadienne. »

Néanmoins, je commencerai par une anecdote citée par un grand avocat canadien, Edward L. Greenspan, lors d'une allocution prononcée il y a quelques années, à Washington, sur la liberté d'expression. Me Greenspan avait raconté que l'acteur américain, Michael Moriarty, l'ancienne vedette de la série télévisée « Law and Order », avait déclaré être à ce point contrarié par les atteintes du gouvernement américain à la liberté d'expression qu'il avait décidé de quitter les États-Unis pour s'installer au Canada. Me Greenspan a alors exprimé son étonnement en ces termes :

[traduction] . . . si M. Moriarty a décidé de venir au Canada parce que c'est un pays plus agréable et plus paisible, alors il a fait le bon choix. S'il vient au Canada parce qu'il veut vivre dans le pays désigné en 1995 par les Nations Unies comme le meilleur endroit au monde où vivre, il a fait le bon choix. Si, de façon inexplicable, il a furieusement envie de payer des impôts beaucoup plus élevés, il a fait le bon choix. S'il veut beaucoup moins de criminalité, beaucoup plus d'espace, un air plus sain et des villes plus propres, il a fait le bon choix. S'il veut un bien meilleur whisky, une meilleure bière, des cigares cubains, une bien meilleure vue des chutes du Niagara, il a fait le bon choix. Mais décider de s'établir au Canada parce que les Canadiens jouissent d'une plus grande liberté d'expression que les Américains, c'est ridicule. M. Moriarty vient au bon endroit, mais absolument pas pour la bonne raison.

M. Moriarty a peut-être effectivement tort. Mais suivant le principe (qu'a également évoqué Me Greenspan) qu'il serait téméraire de traiter par-dessus la jambe ce que dit un acteur américain, puisque les propos de celui-ci risquent un jour de devenir une politique officielle du gouvernement américain, nous devons présumer qu'il y a quelque chose qui plaisait à M. Moriarty dans le système juridique canadien en général, et en particulier dans la manière dont les droits et libertés y sont traités. Et, faisant l'hypothèse que vous êtes aussi désireux que moi de savoir de quoi il peut bien s'agir, je vous invite à me suivre dans un bref survol de quelques-unes des différences les plus marquantes entre les systèmes juridiques de nos deux pays, et de la manière dont ils traitent, chacun, les droits fondamentaux.

Comme les États-Unis, le Canada est une démocratie fédérale. Nous choisissons nos gouvernants à la faveur d'élections fédérales et d'élections au niveau des États (que nous appelons chez nous des provinces) et, si nous n'aimons pas ce qu'ils font, nous en élisons d'autres aux élections suivantes. Comme les États-Unis, le Canada a une constitution qui garantit les droits et libertés fondamentaux de toute personne au Canada. Depuis 1982, ces garanties sont énoncées dans une déclaration constitutionnelle des droits, que nous appelons la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme les États-Unis, le Canada est doté d'un système judiciaire composé de magistrats indépendants, et il croit dans le principe de la primauté du droit. Comme les États-Unis, le Canada dispose d'un système de jury pour les procès criminels et, dans certains cas, pour les procès civils. De plus, bon nombre des règles de preuve et de procédure appliquées par les tribunaux des deux côtés de la frontière révèlent de frappantes similitudes.

On voit donc que les systèmes juridiques de nos deux pays ont beaucoup en commun. Malgré tout, ils présentent aussi beaucoup de différences. D'abord, nos structures de

gouvernement, qui régissent l'adoption et l'application des lois, sont très différentes. Contrairement aux États-Unis, le Canada est une monarchie, ayant à sa tête la Reine d'Angleterre (nous disons la Reine du Canada), et peut-être un jour, qui sait, le Roi Charles III. Parce que notre chef d'État est la Reine, lorsqu'un criminel est traduit devant les tribunaux au Canada, ce n'est pas l'État, le Commonwealth ou le peuple qui le poursuit, mais la Reine. D'autre part, si l'on veut poursuivre le gouvernement canadien ou l'une des provinces, on poursuit la Reine. Quoique je doute que cela lui cause beaucoup d'inquiétude, la Reine est de loin le justiciable le plus procédurier du Canada.

Une autre différence caractérisant la structure juridique de nos pays est le fait que le Canada applique un système parlementaire de gouvernement. Le premier ministre est le chef du parti qui détient la majorité des sièges à la Chambre des communes. S'il perd la majorité – par exemple s'il est défait sur un projet de loi d'importance, tel le budget annuel – il doit démissionner, et le gouverneur général, représentant de la Reine, demande à quelqu'un d'autre, souvent à la suite de nouvelles élections, de former le gouvernement et de devenir premier ministre. Le premier ministre choisit les membres de son gouvernement – de son cabinet – parmi les députés élus à la Chambre des communes et, parfois, parmi les membres du Sénat, qui eux sont nommés. Tout cela est bien différent du système américain, où le chef de l'exécutif, le président, est élu lors d'élections distinctes et, sauf destitution, décès ou Watergate, accomplit intégralement son mandat, assisté d'un cabinet formé de gens qu'il choisit où bon lui semble.

Pour bien des gens, ces différences sont superficielles. En fait, elles ne se traduisent sans doute pas par des visions constitutionnelles radicalement différents. Mais je voudrais signaler un domaine où les habitants des deux pays non seulement voient d'importantes différences, mais débattent aujourd'hui vigoureusement l'attitude qu'il convient de privilégier : je veux parler ici des libertés fondamentales protégées par nos constitutions respectives. On pourrait prétendre que les Américains et les Canadiens ne se font pas la même idée de la relation entre le citoyen et l'État et, en conséquence, abordent d'une façon bien différente les libertés fondamentales que nos constitutions garantissent à chaque citoyen.

Pour illustrer ces conceptions différentes, je voudrais brièvement faire ressortir trois aspects de la protection constitutionnelle des libertés fondamentales au Canada. Premièrement, la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît expressément que les droits sont subordonnés à des limites raisonnables qui découlent de l'intérêt public ou collectif. Deuxièmement, la Constitution canadienne garantit des droits visant à reconnaître les minorités et à accroître leur vitalité. Sous ces deux rapports, la Constitution canadienne est un produit de l'histoire du Canada. Troisièmement, au Canada, une assemblée législative peut passer outre à bon nombre de droits et libertés en se servant de la clause dérogatoire prévue à l'article 33 de la *Charte*.

Je m'intéresserai en premier lieu à l'article de notre Constitution qui pose des limites raisonnables aux droits fondamentaux. Je citerai de nouveau Me Greenspan :

Notre Premier amendement – nous l’appelons l’article premier – les premiers mots qui donnent le ton et invitent tous les Canadiens à se réjouir des libertés essentielles dont ils bénéficient, les mots qu’on lit dès qu’on franchit la ligne de départ, ressemblent à l’avertissement inscrit sur les paquets de cigarettes : Prenez garde! Ces jolis bâtonnets peuvent tuer! Ces premiers mots signifient : Canadiens et Canadiennes, modérez votre enthousiasme en lisant ce qui suit! Nous savons qu’il s’agit de notre *Charte des droits*. Vous inhalerez bientôt un paquet de droits – liberté d’expression, liberté de la presse, droit à un procès avec jury, droit à la justice fondamentale (dans la version anglaise, nous n’avons même pas pu nous résoudre à appeler cela *due process*). Mais avant de vous emballer, il faut que vous sachiez que tous ces soi-disant droits garantis que vous êtes sur le point de lire sont subordonnés aux limites raisonnables qui sont susceptibles de vous être imposées par le gouvernement dans une société libre et démocratique.

Pour rendre tout cela plus concret, considérons la protection constitutionnelle de la liberté d’expression dans les deux pays. Au Canada, comme aux États-Unis, la liberté d’expression est garantie constitutionnellement. Notre *Charte des droits et libertés* garantit cette liberté, sous réserve des limites raisonnables « dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». En d’autres termes, nous avons la liberté d’expression, mais l’État peut la limiter d’une manière raisonnable. Considérons en revanche le caractère absolu du Premier amendement du *Bill of Rights* des États-Unis : « Le Congrès n’adoptera aucune loi [. . .] limitant la liberté d’expression ou la liberté de la presse ». Le libellé de la garantie canadienne reconnaît à l’État le droit de restreindre la liberté d’expression, alors que celui de la garantie américaine le lui interdit.

Évidemment, nous savons tous que la Cour suprême des États-Unis n’a pas interprété littéralement le Premier amendement. Les droits du peuple américain, si absolument exprimés soient-ils dans le *Bill of Rights*, sont en réalité subordonnés aux limites imposées par les tribunaux, qui s’efforcent de trouver un juste équilibre entre des droits en opposition, et de les situer dans un cadre concret. La liberté d’expression ne fait pas exception. En 1952, le juge Hugo Black, qui insistait sur une interprétation stricte du Premier amendement, s’était exprimé en faveur de l’invalidation d’une loi sur la diffamation collective adoptée par un État. Selon le juge Black, le Premier amendement « interdit formellement de telles lois, et il n’y a pas de « si », de « mais » ni de « considérant » » (*Beauharnais c. Illinois*, 343 U.S. 250, 275 (1952)). Mais il exprimait une dissidence, et son avis n’a pas prévalu. C’est Mark Twain qui disait des États-Unis, en ne plaisantant qu’à moitié : [traduction] « C’est parce que Dieu est bon que nous avons dans notre pays ces trois choses indiciblement précieuses : la liberté d’expression, la liberté de conscience et la sagesse de ne jamais nous prévaloir de l’une ni de l’autre ».

Cela dit, le fait de reconnaître explicitement que, dans une société démocratique, les libertés fondamentales peuvent être assorties de limites signifie que la liberté d’expression est conçue plus étroitement au Canada qu’aux États-Unis, ainsi que l’attestent nos positions respectives sur la pornographie, la propagande haineuse et la diffamation. Aux États-Unis, la liberté d’expression admet certaines limites dictées par la raison ou la nécessité pratique, mais il reste que ce qui serait considéré comme une limite

raisonnable à la liberté d'expression au Canada serait souvent une limite déraisonnable aux États-Unis.

Prenons la pornographie par exemple. Une bonne part de la production pornographique vient des États-Unis. Une partie de cette production traverse la frontière, pour être vendue au Canada. Mais il y a des limites à ce que les Canadiens toléreront dans ce domaine au nom de la liberté d'expression. En 1992, dans l'arrêt *Butler*, la Cour suprême du Canada a confirmé la validité d'un article du *Code criminel* qui interdisait la publication et la diffusion de documents obscènes. Cette disposition avait été contestée en tant qu'atteinte à la liberté d'expression ne pouvant être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte des droits et libertés*. La Cour suprême a rejeté cet argument. Elle a jugé à l'unanimité que cette disposition du *Code criminel* portait effectivement atteinte à la liberté d'expression, mais que l'État avait le droit de proscrire la pornographie qui constitue une exploitation indue du sexe, par exemple lorsque la représentation du sexe se mêle à la violence, lorsqu'elle met en cause des enfants ou lorsqu'elle est dégradante ou déshumanisante. La Cour a estimé que ce type de pornographie risquait de léser les femmes, les enfants et la société en général. En acceptant l'existence d'un risque généralisé comme fondement raisonnable d'une limite à la liberté d'expression, le juge Sopinka, de la Cour suprême, avait cité en les approuvant les observations suivantes d'un comité de la Chambre des communes :

[traduction] Ce genre de matériel met l'accent sur les stéréotypes masculins et féminins au détriment des deux sexes. La dégradation, l'humiliation, la soumission et à l'en croire, la violence dans les relations humaines seraient tout à fait normales et acceptables. Une société qui considère que l'égalité, entre ses membres, la suppression de la violence, le libre choix et la réciprocité constituent la base de toutes les relations humaines, sexuelles ou autres, est nettement justifiée de régir et d'interdire toute forme de description ou d'incitation qui viole ces principes (*R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, aux pp. 493 et 494, citant le rapport MacGuigan de 1978).

Certains Canadiens aiment l'arrêt *Butler*, d'autres non. Me Greenspan le qualifie de « tragédie » et déplore ce précédent, reprenant les commentaires de Gershon Legman : [traduction] « Le meurtre est un crime, la description d'un meurtre ne l'est pas. Le sexe n'est pas un crime, sa description l'est ». En réalité, une bonne part de ce qui se dit sur le sexe, y compris la pornographie, est légal au Canada, et, pour chaque personne opposée à l'arrêt *Butler*, on peut en trouver au moins une ou deux autres qui y sont favorables et jugent l'État fondé à intervenir pour empêcher les représentations du sexe qui sont néfastes.

Ce qui est sans doute plus intéressant que le débat lui-même, c'est que la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Butler* a attiré l'attention des milieux juridiques et politiques américains. Nous, au Canada, ne sommes pas accoutumés à l'attention de ces milieux, alors le débat qu'a suscité l'arrêt *Butler* de votre côté de la frontière nous a quelque peu étonnés. La professeure Catharine MacKinnon, qui a enseigné durant quelque temps à la Osgoode Hall Law School de Toronto, a préconisé dans de nombreuses articles et conférences l'adoption par les États-Unis d'un critère

semblable à celui énoncé dans l'arrêt *Butler*. Par la suite, et en particulier dans le monde politique, nous avons vu le sénateur Bob Dole et la procureure générale Janet Reno prôner un resserrement semblable des lois sur la pornographie aux États-Unis. Mais la grande question demeure celle-ci : Que ferait la Cour suprême des États-Unis si elle était saisie d'une affaire *Butler*? Même en admettant que tout est possible à Washington, comme à Ottawa, il n'en reste pas moins que la doctrine classique sur le Premier amendement américain est fort éloignée de la philosophie égalitaire fondée sur le risque de préjudice qui a prévalu au Canada dans l'arrêt *Butler*.

La liberté d'expression est aussi abordée différemment de part et d'autre du 49e parallèle dans d'autres domaines importants quoique moins médiatisés. La propagande haineuse bénéficie d'une protection nettement plus élevée aux États-Unis qu'au Canada. Pourvu qu'elles soient rédigées avec la précision voulue, les dispositions interdisant ce genre d'écrits sont jugées acceptables à l'aune de la *Charte canadienne*. Aux États-Unis, en revanche, il n'est guère que l'incitation à la violence qui puisse être légalement proscrite.

Pour prendre un autre exemple, il est plus facile au Canada qu'aux États-Unis de poursuivre pour diffamation. Le principe de la liberté de la presse, garantie par le Premier amendement, a conduit dans votre pays à l'arrêt *New York Times Co. c. Sullivan* (376 US 254 (1964)), qui permet aux journaux de publier de fausses rumeurs et de faire de fausses affirmations sur des gens, et cela impunément, dans la mesure où ils ne le font pas de manière intentionnelle ou insouciance. Or il y a quelques années, la Cour suprême du Canada a expressément écarté, dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie*, le principe retenu dans l'arrêt *Sullivan*. En conséquence, au Canada, les journaux qui publient des faits non vérifiés s'exposent à des poursuites en diffamation. La Cour suprême a examiné l'argument selon lequel les conclusions de l'arrêt *Sullivan* étaient nécessaires pour éviter que soit « paralysée » la libre diffusion de l'information, une activité essentielle au bon fonctionnement de la démocratie. La Cour a répondu que l'effet paralysant produit par des lois rigoureuses sur la diffamation a un poids moins grand que la nécessité de protéger les réputations contre les allégations fausses ou diffamatoires. Le droit canadien admet que l'objectif de la recherche de la vérité peut être servi par la libre circulation des idées. Mais il admet aussi que des propos mensongers peuvent causer un grave préjudice à des personnes et à des groupes, préjudice qu'il n'est pas toujours possible de réparer par le débat et la discussion.

J'ai évoqué certaines des différences qui existent entre la façon dont les Américains et les Canadiens conçoivent la garantie fondamentale de la liberté d'expression. En un mot : nous, Canadiens, acceptons davantage que les Américains les limites imposées par l'État à la liberté d'expression. La même observation pourrait être faite à propos d'autres droits fondamentaux.

D'ailleurs, pour chacun des droits garantis par notre *Charte*, le Canada établit sa jurisprudence bien à lui. Par exemple, la démarche canadienne est plus nuancée que celle des États-Unis en ce qui concerne l'application régulière de la loi (*due process*) et les droits de l'individu par rapport à l'autorité policière. Aux États-Unis, la preuve obtenue par suite d'agissements policiers illicites, qu'il s'agisse d'une preuve directe ou indirecte,

ne peut en général être utilisée dans une procédure pénale par l'effet du principe voulant que le fruit d'un arbre empoisonné le soit également. Au Canada, le critère est plus souple; la preuve ne sera écartée que lorsqu'il serait injuste de permettre son utilisation à l'encontre de l'accusé, eu égard à divers facteurs, notamment l'effet qu'aurait la suppression de la preuve sur l'image de l'administration de la justice. C'est expressément ce que prévoit l'article 24 de la *Charte*.

J'en arrive à la seconde différence entre le *Bill of Rights* américain et la *Charte canadienne des droits et libertés*. J'ai déjà fait état de la reconnaissance expresse des droits collectifs dans la *Charte* canadienne. L'article premier de la *Charte*, comme nous l'avons vu, annonce une autre manière d'aborder la protection constitutionnelle des droits, fondée sur la recherche d'un équilibre différent entre droits individuels et intérêts collectifs. Cette recherche intervient également dans la mise en œuvre de droits visant à reconnaître les groupes minoritaires et à renforcer leur vitalité.

On en voit déjà un indice dans la façon différente d'envisager la liberté de religion dans les deux pays : au Canada, la garantie de la liberté de religion a un côté positif, ce qui n'est pas le cas aux États-Unis. La constitution américaine établit la séparation de l'Église et de l'État, selon laquelle ce dernier ne peut appuyer aucune religion. La garantie canadienne reconnaît à chacun le droit de pratiquer la religion de son choix, mais elle permet aussi à l'État de soutenir des groupes religieux – elle l'oblige même à soutenir dans certaines provinces les systèmes scolaires minoritaires de confession protestante ou catholique, et cela parce que les Pères de la Confédération voulaient que les droits des minorités religieuses soient protégés.

De même, on peut dire que les droits à l'égalité sont plus solidement établis au Canada qu'aux États-Unis. La doctrine canadienne de l'égalité vise expressément à lutter contre la discrimination et à améliorer le sort des membres de groupes défavorisés. Les catégories de discrimination ne sont pas limitées et notre examen n'est pas moins minutieux pour certains groupes que pour d'autres. Tandis que les Américains débattent encore des vertus des programmes de promotion sociale – ils l'ont encore fait l'an dernier (*Grutter c. Bollinger*, 536 U.S. 306 (2003)) –, notre *Charte* affirme la constitutionnalité de la discrimination à rebours inhérente à ces programmes. Ironiquement, il semble exister moins de programmes du genre au Canada qu'aux États-Unis.

Outre cette conception vigoureuse de l'égalité, la Constitution canadienne renferme aussi certaines garanties dont la dimension communautaire pourra sembler étrange vue des États-Unis. Elle garantit par exemple des droits à l'éducation dans la langue de la minorité, pour le français et l'anglais. Elle reconnaît expressément les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada. Au risque d'une généralisation excessive, on pourrait dire que dans l'ensemble, au Canada, les droits individuels sont plus circonscrits qu'aux États-Unis tandis que les droits collectifs, qui protègent les collectivités linguistiques, religieuses ou autochtones, y sont plus généreux. Aux États-Unis, c'est l'éthique individualiste qui l'emporte; au Canada, on se préoccupe davantage du bien-être général et des membres des groupes défavorisés.

La troisième grande différence dans la manière dont les droits fondamentaux sont régis par nos constitutions respectives réside dans l'article 33 de la *Charte*, qui permet au Parlement fédéral et aux législatures provinciales de « passer outre » aux arrêts de la Cour suprême du Canada invalidant des dispositions législatives non conformes à la *Charte*. Deux voies s'offrent donc au gouvernement qui souhaite le maintien en vigueur de dispositions portant atteinte à des droits fondamentaux. Tout d'abord, il peut faire valoir qu'elles sont justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*, comme je l'ai déjà expliqué. Et, en cas d'échec, il peut adopter une clause dérogatoire. Cette solution vaut pour tous les droits, à l'exception des droits démocratiques fondamentaux, de la liberté de circulation et d'établissement, et des droits linguistiques. La dérogation demeure valide durant cinq ans, mais elle peut être renouvelée.

À première vue, la disposition constitutionnelle canadienne qui autorise ces dérogations contraste fortement avec le caractère absolu et définitif des décisions constitutionnelles de la Cour suprême des États-Unis. En réalité, la situation qui a cours dans chacun des deux pays est assez semblable, du moins jusqu'à maintenant. L'article 33 n'a été invoqué pour une question importante qu'une seule fois, lorsque la province de Québec a voulu préserver sa législation linguistique que la Cour suprême avait jugée incompatible avec la liberté d'expression garantie par la *Charte*. La *Charte* jouit d'un large appui dans la population, et les gouvernements semblent peu désireux de recourir à une mesure donnant l'impression qu'on prive des citoyens de droits garantis par la Constitution. Le temps seul dira si l'article 33 constitue réellement une restriction importante aux droits garantis par la *Charte*. Mais, en théorie du moins, cette disposition confirme qu'en matière de droits fondamentaux, l'approche canadienne est moins individualiste, plus collective que celle des États-Unis, et en même temps plus déférente envers le gouvernement.

J'ai parlé de trois différences entre la manière canadienne et la manière américaine de voir les droits et libertés fondamentaux. Qu'est-ce qui peut expliquer ces différences? Pourquoi deux pays situés sur le même continent, grosso modo semblables du point de vue des gens qui les habitent, des activités et des secteurs économiques, et dont le volume des communications et échanges bilatéraux est énorme, auraient-ils un point de vue différent sur ce qui est important, une échelle de valeurs différente? La réponse réside dans notre caractère national distinct, lui-même fondé sur des passés et des expériences nationales distincts.

On peut affirmer que le droit d'un pays – en particulier dans le domaine des droits et libertés – exprime et reflète les postulats sociaux et moraux fondamentaux sur lesquels la nation est fondée, son caractère national. Ce caractère national n'est pas fixe, il est sujet à une constante redéfinition dans le discours public. Mais les frontières de ce discours sont largement tracées par l'histoire nationale de chaque pays. En dépit de leur proximité géographique, le Canada et les États-Unis ont une histoire très différente. J'aimerais faire état de trois différences historiques qui, selon moi, expliquent comment nous en sommes arrivés à nos conceptions respectives des droits et libertés fondamentaux : (1) la façon dont chacun de nos pays a accédé à l'indépendance; (2) les origines à la fois française et

anglaise du Canada; et (3) la situation particulière du Canada, un pays moins peuplé et moins puissant, entre les États-Unis d'un côté et l'Europe de l'autre.

La première différence concerne la manière dont nos pays ont pris naissance et ont accédé à la liberté. Les États-Unis sont nés d'une révolution menée contre l'autorité coloniale. Le Canada, quant à lui, est le produit d'une évolution. Le Canada ne s'est jamais révolté contre son passé colonial européen, n'a jamais défié la mère patrie. L'attitude canadienne envers l'autorité et envers l'État est donc fondamentalement différente de l'attitude américaine. Les circonstances politiques différentes qui ont entouré la naissance de nos nations respectives sont d'ailleurs reflétées dans le ton de nos constitutions. La Constitution américaine commence par les mots : « We the People... » (Nous, le peuple...). Or le « peuple » est pour ainsi dire absent de la Constitution canadienne, qui débute par un solennel : « Considérant que les provinces [. . .] ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance . . . »

Notre constitution, adoptée au XIXe siècle, établit essentiellement la répartition des compétences entre gouvernement fédéral et gouvernements provinciaux, et l'on s'y soucie peu d'instituer un mécanisme de freins et contrepoids comme celui par lequel la Constitution américaine limite les pouvoirs. Les Canadiens reconnaissent eux aussi que le pouvoir de l'État doit être confiné à l'intérieur de limites acceptables. Mais ils ne craignent pas ce pouvoir comme le craignent les Américains. Les Canadiens ne voyaient pas l'État, du moins au début, comme quelque chose de séparé d'eux, comme le siège d'un pouvoir qui pouvait être utilisé contre eux. Par conséquent, la nécessité d'imposer des freins et contrepoids aux dépositaires du pouvoir n'est pas aussi vivement ressentie au Canada qu'elle l'est aux États-Unis. Par exemple, l'idée que le droit de porter une arme puisse être considéré comme l'ultime garantie contre l'oppression de l'État demeure un mystère pour la plupart des Canadiens.

Cette absence de tradition révolutionnaire est probablement la raison principale pour laquelle les Canadiens ont attendu plus de cent ans avant de se doter d'une *Charte des droits et libertés*, et pour laquelle ils admettent sans mal que les premiers mots de ce texte reconnaissent à l'État le droit de limiter les droits et libertés fondamentaux. Cette absence de tradition révolutionnaire explique aussi pourquoi l'équilibre entre les droits individuels et les intérêts de la société tout entière se réalise dans le cadre d'un processus différent et de formules différentes.

En d'autres termes, les États-Unis sont sortis de leur période coloniale abruptement et dans le sang, avec la résolution de protéger le citoyen contre la tyrannie de l'État. L'individu et l'État étaient vus – et dans une certaine mesure continuent d'être vus – comme des adversaires potentiels, dont les intérêts peuvent s'opposer. Le Canada, quant à lui, est sorti de sa période coloniale plus tard, pacifiquement et graduellement. Les représentants de l'État n'y ont jamais été perçus comme de possibles adversaires de l'individu. La relation entre l'individu et l'État y est plus symbiotique. Davantage qu'aux États-Unis, l'État y est vu comme l'organe chargé d'instaurer le climat propice à l'épanouissement personnel. De là le régime canadien d'assurance maladie universelle,

largement considéré comme un élément fondamental de la Confédération canadienne. Les Canadiens sont plus enclins que les Américains à faire confiance à l'État, et plus prompts à blâmer l'État si la pauvreté se répand ou si les besoins en soins de santé ne sont pas comblés.

La *Charte* canadienne, qui n'a été adoptée qu'en 1982, constitue la dernière étape de la rupture du Canada avec son passé colonial. Ce texte traduit la nécessité de chercher un équilibre entre les intérêts de l'État et les intérêts individuels. Certains jugements relatifs à la *Charte*, notamment dans le domaine de la procédure pénale ou des droits des accusés, dépeignent l'État et la collectivité comme les détenteurs d'un pouvoir susceptible de constituer une menace pour l'individu. Mais la conception prédominante dans la jurisprudence, c'est celle où l'État et l'individu sont liés dans une irrévocable symbiose.

La deuxième différence historique d'importance entre le Canada et les États-Unis est le pluralisme du Canada, par opposition aux aspirations monolithiques des États-Unis. Le Canada est né de l'union de deux groupes, le groupe français et le groupe anglais. Lors de sa fondation, il a été entendu que Français et Anglais auraient le droit de conserver leur identité, leur culture, leur religion et leur langue. Les deux groupes, conjointement avec les Autochtones et avec les immigrants arrivés par la suite, ont trouvé leur force non dans l'unité, mais dans la coexistence harmonieuse. Le rôle exercé par l'État pour encourager cette diversité a été inscrit dans la Constitution.

Les États-Unis, quant à eux, se sont formés pour l'essentiel à partir de colonies anglaises plutôt diverses mais partageant la même langue, chacune cherchant à s'affranchir de l'Église d'Angleterre. Ils ont cherché leur force dans l'unité et ont préservé la diversité en s'en remettant au principe d'un État neutre ne favorisant aucun groupe particulier. La population américaine est aujourd'hui très diversifiée (elle comporte d'importantes minorités visibles noires et hispaniques) et de nombreuses langues sont parlées aux États-Unis, mais la société américaine, en particulier depuis la guerre civile, a embrassé un idéal de citoyenneté homogène inexistant au Canada. On utilise ainsi l'image du creuset pour décrire les États-Unis, et celle de la mosaïque pour décrire le Canada.

L'accent qui est mis au Canada sur la protection des droits collectifs est donc une part essentielle de notre histoire. Cette approche s'est traduite par une protection accrue des groupes minoritaires, en plus de contribuer à rendre les Canadiens plus ouverts à l'idée que les droits individuels doivent parfois céder le pas à la nécessité de protéger les droits et l'identité de tel ou tel groupe au sein de la société.

La troisième différence qui, dans l'histoire canadienne, a influencé notre conception des droits individuels est notre position de puissance moyenne, située juste au nord du pays le plus puissant au monde. Le Canada est le plus petit et le plus faible des deux pays qui occupent le continent nord-américain, et il a donc tendance à se définir non seulement d'une manière positive, mais également d'une manière négative, en fonction de ce qu'il n'est pas. Nous nous accommodons parfaitement bien de l'ambiguïté. Nous sommes moins portés à voir les conflits comme des positions inconciliables, davantage enclins au doute et au compromis. Nous sommes profondément internationalistes. En même temps,

notre situation a suscité chez nous une ardeur à protéger notre culture distinctive, notre manière d'être. On pourrait comparer le Canada au petit garçon du quartier, qui éprouve une crainte de petit garçon. Il ne s'agit pas de la crainte d'être expulsé du quartier : nos pays peuvent s'enorgueillir d'une longue coexistence pacifique. Mais plutôt de la crainte d'une absorption économique et culturelle, de la peur d'être submergé par le géant américain, plus imposant et plus bruyant. Tout cela a influé sur notre conception des droits. Notre situation spirituelle, quelque part entre les États-Unis au sud et la tradition européenne outre-Atlantique, est reflétée dans notre *Charte*, un amalgame de notions européennes et américaines.

Vous m'avez aimablement invitée à vous rendre visite, et vous êtes venus m'écouter. J'aimerais, bien humblement, vous laisser au moins une petite idée qui pourrait s'avérer intéressante. La voici. Les lois d'une nation sont la somme de son histoire; et les juges d'une nation donnent voix aux valeurs qui sont la somme de cette histoire. Je ne prétends pas que vous devriez adopter la manière canadienne de voir les droits individuels; et je ne crois pas non plus que nous adopterons la vôtre. D'ailleurs le souhaiterions-nous, nous ne le pourrions pas; pour le meilleur ou pour le pire, le Canada est un pays différent. Son caractère national est façonné par des événements différents et des valeurs différentes. Je puis cependant vous assurer d'une chose. Nous continuerons d'étudier votre jurisprudence, comme vous commencez à étudier la nôtre, nous continuerons d'en tirer des enseignements et nous continuerons de l'admirer comme l'expression la plus absolue et la plus limpide des droits individuels que le monde ait connue.