
De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux

Andrée Lajoie*

Dans l'arrêt *Schachter*, La Cour d'appel fédérale a récemment ordonné au gouvernement d'étendre l'application d'un programme d'allocations familiales à des groupes de bénéficiaires qui n'étaient pas visés par ce programme, comme condition de sa validité aux termes de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette décision a frappé plusieurs observateurs comme étant une incursion jusque là inédite du pouvoir judiciaire dans un domaine qui relève du pouvoir législatif. Selon l'auteure, cette décision n'est pourtant que l'aboutissement naturel d'une progression dans la manière dont les tribunaux assument leur rôle face à la *Charte*, qui les a amenés à façonner des recours de plus en plus audacieux et à frapper de plus en plus haut dans la hiérarchie législative. L'auteure retrace les étapes de cette progression, et montre par ailleurs qu'en exigeant l'allocation par le gouvernement de ressources supplémentaires dans l'administration d'un service public, l'arrêt *Schachter* n'est pas innovateur, puisque plusieurs des décisions étudiées ont également eu cet effet. Mesurant enfin les limites de cette progression de l'interventionnisme judiciaire, l'auteure fait état du vent conservateur qui souffle actuellement sur la Cour suprême et de la tendance des tribunaux à accorder une protection moindre aux droits sociaux, qui ne sont pas constitutionnalisés de la même manière.

In its decision in *Schachter*, the Federal Court of Appeal recently ordered the government to extend the scope of its family allowance program to include groups not eligible under the present program, failing which, the program would be found unconstitutional as contrary to section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This decision was perceived by many as an unprecedented intrusion by the judiciary into the legislative sphere. However, according to the author, this decision was the natural outcome of a progression in the manner in which the courts have assumed their role as guardians of the Constitution, leading them to fashion far reaching remedies against even the highest legislative authorities. The author studies this progression and shows that in demanding the allocation of additional funds for a social program the decision in *Schachter* is not innovative since several of the other decisions analysed have had the same effect. Setting out the possible limits of judicial interventionism in this context, the author describes the conservative trend which has beset the Supreme Court and the tendency of the courts to be less protective of social rights which are not specifically entrenched in the Constitution.

* Professeure titulaire au Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Les réflexions qui ont servi de base à cette communication prononcée à l'Association québécoise de droit comparé sont tributaires des travaux que l'auteure poursuit dans la perspective plus large de l'attribution des ressources nécessaires au respect du droit aux services de santé, avec le soutien de la Commission de réforme du droit. L'auteure remercie la Commission d'avoir, à cette occasion, autorisé la divulgation partielle des résultats de cette recherche avant la publication du rapport de la Commission sur ce sujet. Ce document est à jour au 1er août 1991.

Sommaire

- I. L'évolution générale de l'interventionnisme judiciaire
II. Les intervention attributives de ressources et leurs limites

* * *

L'intervention active des tribunaux dans les décisions gouvernementales relatives à l'attribution de ressources à divers programmes sociaux, telle qu'elle s'est manifestée dans l'arrêt *Schachter*¹ de la Cour d'appel fédérale, dans un domaine considéré jusque-là par beaucoup comme relevant par excellence de la discrétion du législateur, en aura surpris plusieurs, et tous conviennent qu'elle met particulièrement en relief le problème très contemporain des rôles respectifs du politique et du judiciaire. Pourtant, c'est une décision moins étonnante qu'il n'y paraît au premier abord si l'on se donne la peine de la replacer dans le contexte de l'évolution du rôle que les tribunaux se sont donné depuis l'avènement de la Charte² : c'est ce que j'essayerai de faire voir avant de spéculer sur l'avenir de cette tendance.

I. L'évolution générale de l'interventionnisme judiciaire

Il fut un temps, pas très lointain, où l'intervention judiciaire dans la conduite des affaires de l'État était marquée au coin de la plus grande réserve. Même la recevabilité des injonctions prohibitives contre la Couronne faisait problème encore récemment et ce n'est que lentement qu'elles ont été admises lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit ou d'un acte gouvernemental est en jeu³.

Mais depuis 1982, les tribunaux canadiens — en particulier la Cour suprême — ont acquis le pouvoir de censurer la législation et de déclarer

¹*Schachter c. R.*, [1990] 2 C.F. 129, 66 D.L.R. (4th) 635 (C.A.), M. le juge Heald, (en appel devant la C.S.C., No. 21889) [ci-après *Schachter*].

²*Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].

³Voir, entre autres, *British Columbia Power Corporation c. British Columbia Electric Co.*, [1962] R.C.S. 642, 34 D.L.R. (2d) 196 ; *Amax Potash Ltd. c. Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, 71 D.L.R. (3d) 1 ; *Northern Telecom Canada Ltée. c. Syndicat des travailleurs en communications du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, 147 D.L.R. (3d) 1 ; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147, 146 D.L.R. (3d) 207.

inconstitutionnelles des dispositions législatives contraires à la Charte. Il en est résulté une « désacralisation » du législateur qui a permis au contrôle judiciaire de prendre des formes plus audacieuses. Aux prononcés de nullité constitutionnelle et aux interprétations atténuées (*reading down*) ont bientôt succédé les ordonnances d'agir, et même d'agir selon certains standards normatifs prescrits par la cour, ordonnances qui présentent d'ailleurs une certaine analogie avec les *injunctions for specific performance* auxquelles la *common law* a pourtant longtemps résisté, même à l'égard de l'activité ordinaire des particuliers. Les ordonnances se sont adressées aussi bien aux autorités administratives et politiques qu'au législateur et ont prescrit tant l'adoption d'une loi électorale à contenu déterminé que l'égalisation par le haut des avantages offerts par une loi sociale au moyen de l'addition, par ajout interprétatif de la loi, d'une catégorie de bénéficiaires (*reading in*).

Il est intéressant pour les fins de notre analyse de ranger selon leur audace les ordonnances qui ont été émises par le passé à l'encontre des pouvoirs législatif et administratif, c'est-à-dire selon la magnitude des changements qu'elles exigeaient, d'une part, et selon le rang des organismes auxquels elles s'adressaient, d'autre part, sans tenir compte par ailleurs de l'instance judiciaire par laquelle elles ont été rendues.

Ainsi la moins audacieuse de ces ordonnances imposait à un organisme exerçant des pouvoirs délégués par le législateur provincial l'obligation d'adopter des règles pour guider l'exercice de sa propre discrétion⁴. Il s'agissait d'un organisme de mise en marché de pâte à papier, auquel la Cour suprême de Nouvelle-Écosse a ordonné d'adopter des règles repérables et accessibles pour guider sa discrétion, indiquant qu'il s'agissait là d'une condition essentielle à l'exercice valide de la juridiction du *Pulpwood Marketing Board*, dont la discrétion, autrement trop large, eût violé le droit constitutionnalisé à la liberté. La Cour précisait cependant qu'elle n'estimait pas de son ressort de fixer le délai ni le contenu des normes que l'organisme devait adopter. Cette décision a été infirmée en appel, ce qui n'a pas empêché par la suite les tribunaux d'aller progressivement beaucoup plus loin⁵.

Manifestant un plus grand degré d'audace, certaines ordonnances de la Cour fédérale et de la Cour suprême se sont adressées à des ministres tant fédéraux que provinciaux prescrivant non pas cette fois l'adoption de normes, mais l'exercice imposé et dirigé de pouvoirs discrétionnaires. Si je les mentionne ici, c'est pour situer l'activité normative et législative des tribunaux dans le contexte plus large de leur intervention croissante dans l'ensemble des fonctions de l'État, dont le principe de la séparation des pouvoirs les avait jusqu'ici tenus à l'écart.

⁴*MacPhee c. Nova Scotia Pulpwood Marketing Board* (1988), 84 N.S.R. (2d) 98, 49 D.L.R. (4th) 228 (1re Inst.) [ci-après *Pulpwood*].

⁵(1989), 88 N.S.R. (2d) 345, 56 D.L.R. (4th) 582 (C.A.).

Dans une affaire concernant le permis de construction d'un barrage émis sans passer par l'enquête d'impact environnemental que le ministre fédéral avait le pouvoir discrétionnaire de tenir, la Cour fédérale de première instance a émis l'injonction suivante :

Therefore the court will order that the licence issued on August 31, 1989, will be quashed and set aside at close of business on Tuesday, January 30, 1990, unless in the meanwhile the Minister appoint an Environmental Assessment Panel pursuant to the *EARP guidelines*, to conduct a public review of those aspects of the Rafferty-Alameda Project proposals in relation to which significant (including "moderate") impacts, being adverse environmental effects are identified [...]⁶.

Cette décision matérialise une forme d'intervention judiciaire plus poussée que la précédente en ce sens qu'elle vise une autorité administrative supérieure qu'elle enjoint, comme condition de validité d'un acte posé antérieurement, d'exercer dans un sens déterminé et dans un délai fixé des pouvoirs pourtant accordés pour être exercés discrétionnairement. La Cour suprême avait d'ailleurs déjà ouvert la voie en ce sens dans deux arrêts constitutionnels antérieurs visant aussi des ministres, mais dont la portée est au surplus plus large encore, et vient de réaffirmer cette même tendance très récemment.

Dans la première d'entre elles, la Cour suprême ordonne au Procureur général de Colombie-Britannique d'accorder à la Société Air Canada l'autorisation nécessaire pour que la Société puisse intenter contre lui des procédures judiciaires. À l'époque où prirent naissance les faits de cette cause, la pétition de droit était en effet encore requise pour poursuivre le Procureur général de cette province et ce dernier avait la discrétion de recommander au Lieutenant-gouverneur de l'accorder ou de la refuser. Le juge Laforest a motivé la décision de la Cour en s'appuyant sur le principe que cette discrétion ne pouvait s'étendre à la suppression de l'examen de la constitutionnalité des lois et il a conséquemment décidé « d'ordonner la délivrance d'un *mandamus* pour enjoindre au Procureur général de conseiller au Lieutenant-gouverneur d'accorder son autorisation à la pétition de droit en l'espèce »⁷.

Cette fois, donc, la Cour ordonnait spécifiquement au Procureur général de poser un acte déterminé : il ne s'agissait plus, comme dans les affaires *Pulpwood* et *Canadian Wildlife*, d'un ordre dont le respect conditionnait la validité d'une juridiction ou d'un acte antérieurement posé : c'était un ordre pur et simple d'agir d'une façon précise dans l'application d'un pouvoir pourtant énoncé comme discrétionnaire.

Le second arrêt en ce sens de la Cour suprême rendu à l'encontre d'un ministre, fédéral cette fois, émane de la juge Wilson. Rendant l'opinion de la

⁶*Canadian Wildlife Federation Inc. c. Canada (Minister of the Environment)* (1989), 31 F.T.R. 1 à la p. 16, 4 C.E.L.R. (n.s.) 201, M. le juge Muldoon [ci-après *Canadian Wildlife*].

⁷*Air Canada c. P.G. Colombie-Britannique*, [1986] 2 R.C.S. 539, 32 D.L.R. (4th) 1.

moitié des juges qui ont signé l'arrêt *Singh*⁸, unanimes comme on le sait sur le dispositif mais divisés à égalité sur les motifs, elle a renvoyé sept affaires à la Commission d'appel de l'immigration pour audition au fond conformément aux principes de justice naturelle. Estimant que l'absence d'audition devant cette commission violait le droit à la sécurité de la personne des immigrants, elle a refusé d'admettre que le manque de ressources, expressément plaidé, puisse constituer une justification, acceptable dans une société libre et démocratique, d'une telle atteinte au droit à la sécurité.

Invoquant les mêmes motifs dans l'affaire *Askov*⁹, le juge Cory, au nom de la Cour, a annulé une accusation criminelle en refusant expressément de considérer le manque de ressources — qu'il imputait au gouvernement — comme justifiant un délai de deux ans entre l'enquête préliminaire et le procès. C'était ordonner indirectement au gouvernement ontarien d'attribuer les ressources nécessaires au respect des droits judiciaires des accusés.

En somme, dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires, les organismes décentralisés et même les ministères du gouvernement ont récemment été assujettis à des ordonnances d'agir par des tribunaux de tous les niveaux jusqu'à la Cour suprême. Ces ordonnances, d'abord souples quant à leur contenu et à l'échéancier de la performance qu'elles exigeaient comme condition de validité d'une juridiction ou d'actes antérieurs, sont bientôt devenues inconditionnelles et spécifiques quant aux actes à poser et aux échéanciers requis.

Parallèlement, les tribunaux avaient commencé à appliquer la même médecine au législateur. Lors du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*¹⁰, la Cour a utilisé les deux techniques précitées, cette fois à l'égard du législateur manitobain. Elle a tout d'abord ordonné la traduction en français et la ré-adoption de toutes les lois unilingues existantes dans un délai fixé¹¹ comme condition de la validité de ces lois. La Cour a exigé de plus, au nom de la Constitution, qu'« à compter de la date du présent jugement toutes les nouvelles lois de la législature du Manitoba soient adoptées, imprimées et publiées à la fois en français et en anglais »¹².

On pourrait encore soutenir qu'il s'agissait là d'une décision qui n'imposait au législateur que des exigences formelles en ne visant pas le contenu même de la législation. Ce n'est pas le cas, toutefois, de la dernière décision que la juge McLaghlin a rendue en Colombie-Britannique avant d'être nommée à la

⁸*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 17 D.L.R. (4th) 422 [ci-après *Singh*].

⁹*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, 74 D.L.R. (4th) 355 [ci-après *Askov*].

¹⁰[1985] 1 R.C.S. 721, 19 D.L.R. (4th) 1 [cité aux R.C.S.].

¹¹*Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347.

¹²*Supra*, note 10 à la p. 768.

Cour suprême. Dans l'affaire *Dixon*¹³, elle ne s'est pas contentée en effet de déclarer inconstitutionnelle la loi électorale de la Colombie-Britannique, elle a ordonné au surplus au législateur d'adopter une nouvelle loi électorale dans un délai à être fixé ultérieurement par un autre juge. Plus encore, elle a indiqué le sens dans lequel le législateur devait s'orienter, dans les termes suivants :

While the decision is for the legislature, I may be so bold as to suggest it may be aided by the efforts of the Fisher Commission [...]. If the legislature acts to adopt a scheme similar to that proposed in the Fisher Commission Report within the time specified by the court for the amendment of s. 19 of the *Constitution Act* and Sch. 1, the court's involvement will be at an end. I need not enter on the speculative question of what might happen if remedial legislation were not passed within such time period as may be specified. I confine myself to the general enjoiner that just as the courts have a duty to measure the constitutionality of legislative acts against the Charter guarantees, so are they under an obligation to fashion effective remedies in order to give true substance to these rights¹⁴.

Dans l'arrêt *Morgentaler*¹⁵, la Cour suprême n'était pas allée aussi loin, bien que le juge Beetz ait retrouvé toute sa verve de professeur pour indiquer au législateur quelle sorte de loi il pourrait adopter en remplacement de l'article du Code criminel que cette décision invalidait. Comme nous le savons, la leçon n'a pas rallié la majorité et, si le législateur semble l'avoir suivie du moins en partie, rien ne permet de croire — heureusement d'ailleurs — que cela eût pu garantir la validité de la loi, si le Sénat l'avait votée ...

Jusqu'à *Dixon* et *Morgentaler*, les tribunaux s'étaient contentés de donner des conseils ou des ordres, aux organismes décentralisés et aux législateurs, fixant le cadre dans lequel ces derniers devaient exercer leur pouvoir législatif ou administratif. Ils ne s'étaient pas substitués à eux et n'avaient pas promulgué à leur place les règles qu'ils estimaient conformes aux exigences de la Constitution. C'est ce dernier pas qui vient d'être franchi par la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Schachter*¹⁶. Cette fois la Cour ne s'est pas contentée d'ordonner au législateur de légiférer dans un certain sens mais, loin de proposer une interprétation atténuée (*reading down*), elle a donné à un texte de loi une interprétation qui ajoute une catégorie de bénéficiaires que le législateur n'avait pas incluse parmi le groupe qu'il désignait comme titulaire des bénéfices qu'il attribuait dans la disposition contestée (*reading in*).

La Cour supérieure du Québec est intervenue récemment de manière analogue dans l'attribution des ressources nécessaires au respect des droits constitutionnalisés en émettant des ordonnances d'agir dirigées contre les organismes

¹³*Dixon c. P.G. Colombie-Britannique* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 273, 59 D.L.R. (4th) 247 [cité aux B.C.L.R.].

¹⁴*Ibid.* aux pp. 311-12.

¹⁵*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4th) 385.

¹⁶*Supra*, note 1.

dispensateurs de ces ressources¹⁷. Mais dans un certain sens, ces ordonnances, même si elles visaient un organisme administratif et non le législateur, allaient plus loin encore en ce qu'elles n'étaient pas basées sur la Charte, mais sur des droits attribués par le droit substantif et portant respectivement sur l'enseignement primaire et sur la liberté de choix en matière de services de santé.

Dans la première de ces causes, le juge Vaillancourt a ordonné à un établissement hospitalier de dispenser à une bénéficiaire des services de santé — en l'occurrence un accouchement — en donnant effet à son droit conféré par la loi de choisir elle-même son médecin, malgré les règles hospitalières attribuant les ressources selon d'autres priorités. Dans la seconde de ces causes, à toutes fins analogue à la première, le juge Vaillancourt a ordonné que l'on permette à un enfant de fréquenter une école publique à laquelle on lui refusait l'accès sous prétexte d'un manque de ressources. Dans les deux cas, des organismes publics se voient obligés d'attribuer des ressources pour assurer le respect des droits consentis par le législateur, même si le premier de ces droits n'était pas expressément constitutionnalisé et si le second ne l'était pas du tout.

On aura compris que la timidité des tribunaux canadiens à créer le droit, que leur volonté de n'être, selon le mot de Montesquieu, que « la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la valeur [...] », se conjugue au passé défini, du moins quand la validité constitutionnelle des lois ou la protection des droits constitutionnalisés est en jeu. Désormais, leur comportement s'inscrit dans une tendance beaucoup plus large à intervenir dans les affaires des autres organes de l'État, aussi bien dans leur activité administrative discrétionnaire que dans l'exercice de leur pouvoir normatif, nous laissant même entrevoir l'affaîsissement des frontières jusqu'ici décrites comme étanches entre les pouvoirs de l'État.

II. Les interventions attributives de ressources et leurs limites

Si l'on tente maintenant de faire une synthèse de cette évolution dans l'interventionnisme judiciaire et de la nature des modifications qu'elle est susceptible d'entraîner aux programmes gouvernementaux, notamment en imposant l'attribution de ressources supplémentaires, il faut noter que sept des onze décisions que je viens de commenter ont directement ou indirectement cet effet. Dans les arrêts *Singh*, *Askov* et *Schachter*, précités, c'est expressément que le tribunal exige l'attribution de ressources supplémentaires, ou bien récuse le motif de la contrainte budgétaire comme limitation valide de droits constitution-

¹⁷*Cité de la Santé de Laval c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles du Québec*, [1989] C.A.L.P. 655 (C.S.), M. le juge Vaillancourt ; *Jasmin c. Cité de la santé de Laval*, [1990] R.J.Q. 502 (C.S.), M. le juge Vaillancourt [ci-après *Jasmin*] ; et *Puran c. Conseil des commissaires de la Commission scolaires Les Ecores*, [1990] R.J.Q. 576 (C.S.), M. le juge Vaillancourt (en appel C.A.M. 500-09-000100-909) [ci-après *Puran*].

nalisés. Dans les affaires *Canadian Wildlife, Morgentaler, Jasmin et Puran*, également précitées, les décisions intervenues ont pour effet direct l'attribution de ressources par le gouvernement, un résultat qui n'est d'ailleurs pas si nouveau qu'on est porté à l'imaginer si l'on veut bien tenir compte du fait que le respect de la plupart des injonctions mandatoires implique un certain coût et par conséquent l'attribution de ressources publiques additionnelles lorsqu'elles s'adressent au gouvernement. C'est notamment le cas des ressources juridiques qu'il faut ajouter pour donner effet à une pétition de droit ou encore lorsqu'une Cour supérieure, en vertu de ses pouvoirs inhérents, ordonne au Procureur général d'assumer les frais de défense de la partie adverse.

Il existe donc un continuum entre les injonctions mandatoires aux particuliers, puis aux autorités gouvernementales, et enfin au législateur, ordonnant d'abord implicitement, puis explicitement l'attribution de ressources à des activités ponctuelles, puis à des programmes.

Avant toutefois de chercher les limites de cette évolution ou de s'en inquiéter indûment, il convient de la lire dans son contexte à la fois historique et idéologique, pour la relativiser doublement.

Car la séparation des pouvoirs de l'État et le maintien des juges dans le rôle de stricts interprètes d'un droit à la création duquel ils n'étaient pas vus comme partie prenante, a toujours relevé davantage de la fiction idéologique nécessaire au maintien de l'édifice juridique que de la réalité sociale, comme l'ont bien fait voir les réalistes américains et l'école rhétorique d'analyse du droit. L'évolution qui a débouché sur l'arrêt *Schachter* n'est pas tant une nouvelle forme de comportement judiciaire, que l'accentuation d'une tendance déjà présente dans l'activité interprétative traditionnelle des tribunaux et la manifestation d'une plus grande transparence et d'une plus grande candeur de leur part à une époque où nous sommes par ailleurs mieux équipés conceptuellement pour analyser leurs décisions.

Il faut également souligner une autre raison de ne pas nous inquiéter outre mesure de ce qui peut paraître à d'aucuns comme un déséquilibre sérieux de nos institutions. Car ce mouvement de balancier porte en lui-même sa propre limite : la légitimité des décisions des corps non élus varie inversement avec l'intensité de leur caractère politique, comme l'a illustré récemment la crise politique entourant le Sénat. La position des juges est certes moins précaire et la nature de leurs fonctions leur permettra sans doute de mieux sentir jusqu'où ils peuvent se permettre d'aller trop loin sans mettre en cause leur légitimité sociale et politique.

Je poserais l'hypothèse que c'est dans le domaine de l'attribution des ressources nécessaires au respect du faisceau de droits sociaux indirectement rattachés à la vie et à la sécurité de la personne que les limites de la marge de manoeuvre judiciaire se feront le plus tôt sentir. Aussi, c'est en surveillant les

décisions qui interviendront en cette matière que l'on découvrira le plus tôt si cette tendance à l'intervention positive est irréversible, ou bien si c'est le vent conservateur qui souffle sur la Cour en ce qui a trait à l'application de l'article 1 de la *Charte* depuis *Edwards Books*¹⁸, jusqu'à *McKinney*¹⁹ et passant par *Irwin Toy*²⁰ qui l'emportera. Car c'est en effet dans ces trois décisions plus encore qu'ailleurs que la Cour, atténuant les exigences du test de l'arrêt *Oakes*²¹, a adopté une attitude particulièrement déférente à l'égard des choix du législateur, du moins dans les circonstances où ces choix, lourds de conséquences, impliquent la distribution de ressources et visent la protection de groupes vulnérables.

C'était en effet une attitude plus facile à adopter en matière de droits sociaux qu'en matière de droits judiciaires, puisque les premiers, au contraire des seconds, ne sont pas expressément constitutionnalisés, de sorte qu'il n'est pas étonnant que ce ne soit pas en matière criminelle mais précisément dans les situations où les restrictions législatives contestées visaient des droits découlant de politiques sociales que la Cour ait choisi de diminuer sensiblement ses exigences dans l'application de l'article 1.

C'est donc dans ce domaine que l'arrêt *Edwards Books* a entamé la transformation du critère de proportionnalité. D'abord axé sur l'atteinte minimale aux droits constitutionnalisés, il a été progressivement réduit jusqu'à ne comporter que la simple exigence que les mesures gouvernementales limitant ces droits soient raisonnables. Cette raisonnable, que la Cour se réservait au départ le droit d'apprécier elle-même, a bientôt fait place à un respect, jusqu'ici conditionnel, de la discrétion législative en matière de politiques sociales. Cette déférence pourrait cependant glisser bientôt vers la tolérance d'une discrétion législative inconditionnelle et illimitée en matière de politique sociale « raisonnable », si la tendance perceptible dans certains motifs minoritaires²² et dans certains *obiter*²³ se maintient²⁴.

Une telle tendance est d'autant plus défavorable aux droits sociaux qu'elle s'ajouterait à l'autre motif favori de la Cour pour autoriser la limitation des

¹⁸R. c. *Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 35 D.L.R. (4th) 1 [ci-après *Edwards Books* cité aux R.C.S.].

¹⁹*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 76 D.L.R. (4th) 545 [ci-après *McKinney* cité aux R.C.S.].

²⁰*Irwin Toy Ltd. c. P.G. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, 58 D.L.R. (4th) 577.

²¹R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4th) 200.

²²*Supra*, note 18 à la p. 806 : certains choix, écrit le juge La Forest, « sont de nature essentiellement législative ».

²³*McKinney, supra*, note 19 aux pp. 309, 317 et 318, est au même effet que le passage cité dans la note précédente.

²⁴Voir à ce sujet : A. Lajoie et H. Quillinan, « Emerging Constitutional Norms : Continuous Judicial Amendment of the Constitution, the Proportionality Test as a Moving Target » (1991) J. Law & Contemp. Prob. [à paraître].

droits constitutionnalisés, à savoir le caractère plus ou moins périphérique, dans chaque cas, de leur relation au noyau central des droits que la Constitution enchâsse sous le vocable de « droit à la sécurité et à la vie »²⁵.

À cet égard, il sera particulièrement intéressant de suivre le sort que la Cour suprême réservera à l'avis consultatif que la Colombie-Britannique a requis de sa Cour d'appel et auquel se sont joints l'Ontario, le Manitoba et l'Alberta²⁶, pour connaître les limites éventuelles du pouvoir des autorités fédérales de modifier la quote-part des dépenses de santé qu'elles s'étaient engagées à verser en vertu d'ententes fédérales-provinciales portant sur les programmes à frais partagés.

À la différence du législateur, le pouvoir judiciaire n'est pas confronté aux multiples facettes de l'administration des politiques sociales, mais n'est saisi que d'une seule de ses dimensions dans un cas donné. Il lui est facile d'invoquer cette contrainte pour conclure que le lieu décisionnel des tribunaux offre moins de recul et de perspective que d'autres pour établir des priorités. On peut ainsi imaginer le scénario pessimiste où la Cour ne serait prête à intervenir positivement que pour protéger, dans des cas concrets, le seul noyau dur du droit fondamental à la vie et à la sécurité.

Pourtant, devant des lois comme celle qui nous serait imposée si le *Projet de loi 120*²⁷ sur la santé et les services sociaux est adopté dans sa teneur actuelle par l'Assemblée nationale du Québec, on souhaite que la tendance *Singh-Schachter* se confirme, car l'alternative, c'est une réduction inacceptable de la liberté de choix, en matière d'établissement, de médecin et de traitement pour tous et sa disparition pure et simple *pour des catégories de personnes que le gouvernement désignera ...* Qui dit mieux en matière de non-protection de la vie et de la sécurité ? Et faudra-t-il se scandaliser de l'intervention positive des tribunaux en pareille matière ? Il me semble que le scandale serait ailleurs, dans une application des garanties de l'article 1 qui s'avérerait inégalitaire entre les accusés criminels et les bénéficiaires sociaux ou dans l'abstention du pouvoir judiciaire à définir le noyau dur des droits que se doit de respecter une société libre et démocratique.

²⁵Voir l'article 7 de la *Charte*.

²⁶*Renvoi relatif au Constitutional Question Act* (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 273, 71 D.L.R. (4th) 99 (en appel devant la C.S.C., No. 22017) [parfois cité comme le *Renvoi relatif au Canada Assistance Plan*].

²⁷P.L. 120, *Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*, 1re sess., 34e Lég. Qué., 1991.