



Les coûts des litiges fondés sur la Charte

Alan Young

Division de la recherche et de la statistique
Le 3 mai 2016

Le contenu de cette publication ou de ce produit peut être reproduit en tout ou en partie, par quelque moyen que ce soit, sous réserve que la reproduction soit effectuée uniquement à des fins personnelles ou publiques, mais non à des fins commerciales, et cela sans frais ni autre permission, à moins d'avis contraire.

On demande seulement :

de faire preuve de diligence raisonnable en assurant l'exactitude du matériel reproduit;

d'indiquer le titre complet du matériel reproduit et le nom de l'organisation qui en est l'auteur;

d'indiquer que la reproduction est une copie d'un document officiel publié par le gouvernement du Canada et que la reproduction n'a pas été faite en association avec le gouvernement du Canada ni avec l'appui de celui-ci.

La reproduction et la distribution à des fins commerciales est interdite, sauf avec la permission écrite du ministère de la Justice du Canada. Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec le ministère de la Justice du Canada à l'adresse www.justice.gc.ca.

© Sa Majesté la Reine du chef du Canada
représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2017

ISBN 978-0-660-07505-1
No de cat. J2-441/2017F-PDF

Les coûts des litiges fondés sur la Charte

Introduction

L'adoption de la *Charte des droits et libertés* en 1982 a fondamentalement modifié aussi bien la substance que la forme de la révision constitutionnelle. Au cours de la première décennie de litiges fondés sur la *Charte*, de nombreuses nouvelles allégations ont été avancées et résolues; pourtant, il subsistait beaucoup de confusion en ce qui concerne la portée des principes de fond et des mécanismes de procédure permettant de les soulever et de les mettre en application. Après 35 ans, la majorité des principes constitutionnels pertinents ont été solidifiés et éclaircis, de même que les lignes directrices relatives aux procédures nécessaires pour contester la constitutionnalité. Cependant, malgré les grandes réalisations des trente-cinq dernières années, il reste une préoccupation légitime, qui est que la majorité des Canadiens ne disposent pas des ressources financières pour présenter lesdites contestations. De nombreuses personnes pensent que l'accès à la justice pour les Canadiens ordinaires pose encore sérieusement problème.

En fait, un bref examen des bourses d'études et de la presse populaire démontre qu'un consensus s'est dégagé sur le fait que la majorité des personnes ne peuvent se permettre de contester la constitutionnalité dans le but de faire valoir leurs droits et revendications. Le bon sens commun, qui veut que la majorité des contestations aient un coût prohibitif pour les Canadiens, se répète sans fin tel un mantra vu et revu. Au sein de la littérature universitaire, nous trouvons les affirmations suivantes :

- Les personnes ayant des revendications légitimes fondées sur la *Charte* ne relevant pas du domaine pénal doivent assumer les coûts faramineux de leurs actions ou trouver un avocat qui sera préparé à travailler *pro bono*.... Par conséquent, la grande promesse de la jurisprudence de la *Charte* dépend de la capacité d'un justiciable à surmonter l'obstacle pratique des coûts.¹
- Tandis que notre système de justice garantit des résultats d'une qualité optimale, le coût de ces résultats ferme souvent la porte de la salle d'audience à tous sauf aux biens nantis.²
- Rares sont les clients qui présentent une contestation fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui ont les poches pleines, et il est pourtant nécessaire d'avoir les poches pleines pour presque toutes les contestations de ce type. ... Bien que toutes les causes fondées sur la *Charte* n'aient pas une

¹ Benjamin L. Berger, "Putting a Price on Dignity: The Problem of Costs in Charter Litigation" (2002), 26, *Advocates' Quarterly*, p. 235.

² Robert J. Sharpe, "Access to Charter Justice" (2013), 63 S.C.L.R. (2d), p. 3.

importance transcendante, un grand nombre de ces causes que nous devons rejeter, faute de financement, étaient susceptibles de faire progresser certaines valeurs très importantes dans la société canadienne, et si elles y parvenaient, elles feraient du Canada un endroit où il fait bon vivre pour les minorités et pour les personnes pour lesquelles la *Charte* a été promulguée à l'origine.³

- Malheureusement, comme les litiges sont à la fois opportuns et coûteux, seuls les plus riches de la société peuvent se permettre d'utiliser ce recours final sans bénéficier d'un programme de soutien dans les litiges tels que le Programme de contestation judiciaire (PCJ). En effet, sans le programme, les groupes les plus vulnérables au Canada continueront d'être laissés pour compte.⁴
- Les coûts et les retards liés aux litiges constituent l'un des principaux obstacles se dressant à l'obtention de réparations efficaces et substantielles fondées sur la *Charte*.⁵
- Les personnes qui connaissent bien le processus de litige ne seront pas étonnées de découvrir que le coût lié à la présentation d'une contestation de la constitutionnalité fondée sur la *Charte* est extrêmement élevé. ... Les coûts de ce type représentent un obstacle formidable pour les Canadiens défavorisés, voire à revenus modestes, qui souhaitent faire valoir leurs droits dans les tribunaux en vertu de la *Charte*.⁶

On trouve des sentiments semblables exprimés dans la presse populaire :

- Peut-être qu'il y a beaucoup à célébrer, mais il n'en reste pas moins que le processus d'utilisation [de la *Charte*] en vue d'établir des droits est chronophage et coûteux, dépendant presque entièrement de subsides gouvernementaux et de la bienveillance d'avocats pour financer les causes, qui coûtent parfois des millions de dollars. ... Comme le bon champagne, la *Charte* risque de devenir un luxe auquel beaucoup de personnes n'auront jamais le privilège de goûter. ... C'est comme le Dom Pérignon qui se trouve derrière une porte fermée à clé à la LCBO. Son goût est peut-être formidable, mais si vous ne pouvez pas y avoir accès, quel est l'intérêt? ... Cela ne semble pas juste que le gouvernement promulgue la *Charte* et s'engage à assurer la protection des personnes grâce à notre système de justice, mais qu'en revanche, il soit incapable d'honorer cet engagement en raison de l'aspect économique.⁷
- En outre, les coûts des litiges ont fait monter en flèche le prix d'une contestation fondée sur la *Charte*, qui est devenue hors d'atteinte pour les justiciables ordinaires

³ Joseph J. Arvay et Alison Latimer, "Cost Strategies for Litigants : The Significance of *R. v. Caron*" (2011), 54 S.C.L.R. (2D), p. 427 et p. 448-449.

⁴ Larissa Kloegman, "A Democratic Defence of the Court Challenges Program" (2007), 16:3 Forum constitutionnel, p. 107.

⁵ Kent Roach, "Enforcement of the Charter – Subsections 24(1) and 52(1)" (2013), 62 S.C.L.R. (2D), p. 486.

⁶ Andrew Petter, *The Politics of the Charter: The Illusive Promise of Constitutional Rights* (Toronto: University of Toronto Press, Scholarly Publishing Division, 2010), p. 104-105.

⁷ Tracey Tyler, "The Charter's challenges", *Toronto Star* (7 avril 2007), en ligne : <www.thestar.com>

et de nombreux groupes d'intérêt public. ... Nous sommes coincés avec cette *Charte*, qui a l'air merveilleuse sur le papier, mais sur le papier seulement – sauf si les personnes ont la capacité d'exercer leurs droits. ... Seuls ceux qui conduisent une Cadillac ont la possibilité d'utiliser l'autoroute de la *Charte*.⁸

Dans ce bref rapport, j'aborderai la question de savoir si les contestations fondées sur la *Charte* dépassent en fait les moyens des Canadiens ordinaires; à cette fin, j'examinerai les coûts encourus à la fois dans les contestations que j'ai présentées et dans d'autres contestations pour lesquelles on dispose de certains renseignements concernant les coûts de la contestation. En bref, il est clair que dans les cas où l'on dispose de nombreux éléments de preuve concernant les faits législatifs, il est possible que les coûts d'une contestation dépassent 1 000 000 dollars, tandis que dans les cas où la contestation est présentée et appuyée en grande partie par une argumentation juridique et pas par des éléments de preuve, ces coûts dépendront entièrement des frais juridiques. Dans un grand nombre de ces cas, les coûts seront considérablement moindres et dépasseront rarement 50 000 dollars.

L'expérience de l'auteur en matière de contestation de la constitutionnalité

Depuis le début des années 1990, on m'a confié de nombreuses contestations de la constitutionnalité, le plus souvent des actions en nullité d'infractions au *Code criminel*. J'ai contesté différentes infractions – notamment celles se rapportant à l'obscénité,⁹ à la documentation sur les drogues,¹⁰ aux maisons de jeux,¹¹ à la possession de marijuana¹² – ainsi qu'à nos lois en matière de commerce du sexe.¹³ En outre, j'ai utilisé la *Charte* pour garantir un droit de consommer de la marijuana à des fins médicales¹⁴ et pour créer des règles facilitant la divulgation et la préservation des preuves après la condamnation.¹⁵ Par ailleurs, j'ai également eu l'occasion d'utiliser la *Charte* à maintes reprises dans le cadre de procès criminels en cours comme voie de recours pour les vices de procédures tels que les perquisitions ou les saisies abusives ou le refus du droit à l'assistance d'un avocat. Toutes ces affaires

⁸ Kirk Makin, "Charting a course in the age of judicial review", *The Globe and Mail* (11 avril 2007), en ligne : <www.theglobeandmail.com>.

⁹ *R. c. Emery*, 8 O.R. (3d) 60.

¹⁰ *Iorfida v MacIntyre*, 21 O.R. (3d) 186.

¹¹ *R. c. Andriopoulos*, [1994] O.J., n° 2314.

¹² *R. c. Clay*, [1997] O.J., n° 3333 (Division générale), 49 O.R. (3d) 577 (OCA), 2003 CSC 75.

¹³ *R. c. Bedford*, 2013 CSC 72.

¹⁴ *Chaudhary c. Ontario (Procureur général)*, 2013 ONCA 615; *Winmill c. Canada (Ministère de la Justice)*, 2015 F.C. 710.

¹⁵ *Wakeford c. Canada*, 166 DLR (4th) 131 (Division générale), [1999] O.J., n° 1574 (Sct J), [2000] O.J., n° 1479 (Sct J), 58 O.R. (3d) 65 (OCA) [Wakeford].

étaient fondamentalement différentes en termes de temps consacré à la préparation et à la formulation de la revendication et en termes de coûts encourus lors de la présentation de la revendication.

Ironiquement, on m'a demandé de préparer ce rapport sur les coûts des litiges constitutionnels, en dépit du fait que j'ai réalisé la plupart de ces travaux à titre gracieux. Il est probable que les coûts élevés des litiges constitutionnels puissent être attribués aux frais juridiques exorbitants; cependant, même lorsque les avocats font leur travail *pro bono*, ou à un tarif extrêmement réduit, pour de nombreuses affaires, il y aura toujours de sérieux problèmes de coûts en lien avec les décaissements, et surtout avec les preuves d'experts. Néanmoins, selon mon expérience, il y a de nombreuses façons de réduire les coûts des décaissements, et j'ai constaté que les contestations de la constitutionnalité peuvent être amenées d'une façon abordable pour de nombreux Canadiens – du moment que les frais juridiques ne sont pas excessifs.

Afin de faire avancer les contestations de la constitutionnalité que j'ai présentées au cours des 30 dernières années, je me suis fié à trois méthodes de financement (pour les décaissements). La contestation de l'infraction liée à la possession de marijuana (qui a fini à la Cour suprême du Canada) a été financée entièrement par des dons des parties intéressées. Dans de nombreuses revendications constitutionnelles, il existe un débat politique permanent, et il y a souvent des activistes et des partisans qui sont prêts à donner de petites sommes d'argent pour la « cause ». Dans la contestation liée à la marijuana, le requérant/l'accusé a pu récolter 25 000 dollars, qui ont été utilisés principalement pour les témoins experts. La majorité de ces témoins étaient disposés à venir au tribunal pour témoigner à titre gracieux, et les fonds ont été utilisés aux fins de transportation et de logement. Certains témoins ont reçu des honoraires de 1 000 dollars, mais la plupart d'entre eux ont accepté de travailler sans rémunération. Dans les cas ultérieurs portant sur le droit d'utiliser la marijuana à des fins médicales, un financement modeste (environ 20 000 dollars) a été obtenu auprès de bienfaiteurs américains (la Drug Policy Foundation de George Soros et le Marijuana Policy Project de Peter Lewis). Même si je n'ai jamais pu trouver de bienfaiteurs canadiens pour offrir un financement des décaissements, il ne faut pas oublier que de nombreuses contestations impliquent des questions qui font actuellement l'objet de débats politiques et d'activisme. Par conséquent, il y aura toujours des partisans prêts à donner des fonds, et à l'ère numérique, il est devenu facile de cibler ces bienfaiteurs potentiels à petite échelle. En

fait, pour la récente annulation du *Règlement sur la marijuana à des fins médicales* par la Cour fédérale,¹⁶ la cause a été entièrement financée par des dons de patients et de partisans du cannabis.

Compte tenu de la nature imprévisible des activités de collecte de fonds, je n'ai eu recours à cette méthode de financement pour m'aider à acquitter les débours que dans un nombre limité d'affaires. Pour d'autres affaires, je me suis tourné vers deux autres sources de financement : le Programme de contestation judiciaire du Canada, aujourd'hui aboli, et le programme Financement des causes types d'Aide juridique Ontario. Entre 1999 et 2002, j'ai reçu la somme approximative de 50 000 \$ pour deux affaires portant sur le droit de consommer de la marijuana à des fins médicales¹⁷. Ces deux affaires, déposées par le même activiste, James Wakeford, ont nécessité une preuve de faits législatifs exhaustive et une multitude d'audiences et d'appels. Je n'ai plus en ma possession les dossiers complets de ces affaires, mais je me souviens que le financement obtenu du Programme de contestation judiciaire avait principalement servi à payer les frais rattachés aux nombreux témoins experts. Comme dans la majorité des affaires que j'ai défendues, j'ai pu obtenir ces témoignages d'experts sans avoir à verser d'honoraires pour le service (à l'exception des honoraires occasionnels de 1 000 \$). Au bout du compte, les frais de transport et d'hébergement sont demeurés relativement peu élevés (la Couronne ayant opté pour ne pas faire venir ces témoins à Toronto pour un contre-interrogatoire), ce qui nous a laissés, à moi et à l'avocat adjoint, suffisamment de fonds pour toucher un certain montant en honoraires. (Ce montant, si je ne m'abuse, n'excédait pas 10 000 \$ pour les deux affaires.)

Si je suis en mesure d'obtenir les services de témoins experts à titre bénévole, c'est en partie parce qu'en tant que professeur universitaire, je suis mieux placé qu'un avocat en exercice pour convaincre d'autres professeurs de donner de leur temps. Plus important encore, le fait de faire appel à une équipe d'étudiants me permet de minimiser la quantité de travail que doit fournir l'expert, mes étudiants se chargeant systématiquement de rédiger l'affidavit de l'expert afin que celui-ci n'ait qu'à le passer en revue. Certes, l'expert devra consacrer un temps non négligeable à répondre aux questions d'un étudiant, mais il n'aura pas à le faire pour la rédaction de l'affidavit en tant que tel.

Dernièrement, j'ai demandé un financement à Aide juridique Ontario (AJO), dans le cadre de son programme Financement des causes types, afin d'utiliser la contestation *Bedford* pour faire modifier nos

¹⁶ *Brown c. Canada*, 2016 CAF 37

¹⁷ *Wakeford, précité*, note 14.

lois régissant le commerce du sexe. Je souligne qu'un tel financement avait autrefois été refusé par le Programme de contestation judiciaire (en 2002) et le programme Financement des causes types (en 2006), les chances de l'emporter ayant été jugées minces. Toujours est-il que je suis finalement parvenu en 2007 à convaincre les représentants du programme Financement des causes types d'octroyer des fonds pour les débours à hauteur de 30 880 \$ (auxquels est venu s'ajouter un autre versement de 14 389 \$ en 2008). Avant d'aborder certains des détails relatifs au financement de la contestation *Bedford*, il convient de mentionner que bon nombre de régimes d'aide juridique provinciaux ont mis sur pied des programmes de financement des causes types qui reposent sur des critères de nature analogue à l'ancien Programme de contestation judiciaire. En Ontario, par exemple, il est possible d'obtenir un financement pour des affaires « d'intérêt public », pour peu qu'elles correspondent à la définition suivante :

Une affaire d'intérêt public est une affaire qui, selon les critères établis par AJO, présente de façon manifeste les avantages suivants :

- elle promeut des intérêts publics majeurs, conformément au mandat d'AJO en matière d'accès à la justice et à ses objectifs stratégiques;
- elle dépasse les intérêts individuels;
- elle aborde une question importante ayant des répercussions fondamentales sur la population ontarienne à faible revenu ou les communautés défavorisées qui n'auraient probablement pas fait valoir leurs points de vue devant les tribunaux sans l'intervention d'AJO;
- elle constitue une manière efficace et rationnelle d'utiliser les ressources et représente une façon pratique et réaliste de porter une question devant les tribunaux¹⁸.

En dépit de l'existence de ces programmes, il m'est impossible de témoigner de leur efficacité, puisque je ne dispose d'aucune information sur la portée et la nature du financement qu'ils offrent. Si nous revenons à la contestation *Bedford*, on constate que le financement était, somme toute, limité, la somme de 45 269 \$ ayant été accordée pour une affaire ayant nécessité plus de 60 témoins (la majorité d'entre eux ayant été contre-interrogés), 27 000 pages de preuve documentaire, sept jours pour l'audition de la demande et cinq jours pour la plaidoirie en appel devant la Cour d'appel. (Une autre entente de financement a été conclue pour les procédures devant la Cour suprême du Canada, comme nous en discuterons plus loin.) À l'instar de mes autres affaires, il n'y a eu aucuns honoraires d'avocat, et tous les experts ont renoncé à leurs honoraires pour le service fourni. Le financement avait principalement été demandé pour acquitter les frais de transport et d'hébergement des témoins qui

¹⁸ Aide juridique Ontario, *Financement des causes types*, en ligne : Aide juridique Ontario <http://www.legalaid.on.ca/fr/info/test_cases.asp>.

devaient être contre-interrogés au sujet de leurs affidavits; or, le budget proposé avait été déterminé avant que la Couronne ne réplique au dossier que nous avons présenté. La Couronne ayant déposé les affidavits de quelque 30 témoins, nous nous sommes retrouvés dans une situation où nous avons dû transcrire les contre-interrogatoires des témoins que je n'avais pas prévu de contre-interroger, et cela s'est avéré être notre dépense la plus importante (11 720 \$). Une autre dépense onéreuse a été la photocopie d'un dossier de demande comportant 88 volumes de preuve documentaire (5 749 \$ – le coût total de la reproduction du dossier, qui avoisinait 16 000 \$, a été divisé en parts égales entre les demandeurs et les gouvernements fédéral et provincial). L'annexe A, jointe au présent rapport, comprend un tableau de toutes les dépenses engagées relativement à cette demande. Comme on peut le constater dans le tableau, il reste dans notre budget une somme approximative de 10 000 \$ pour porter l'appel devant la Cour d'appel de l'Ontario.

Si les témoins experts sont disposés à renoncer à leurs honoraires (ou si la contestation ne requiert pas des témoignages d'experts exhaustifs), il devient évident que la perception selon laquelle les recours relevant de la *Charte* sont assortis de coûts excessivement onéreux est principalement liée à la question des honoraires d'avocat. Pour la contestation *Bedford*, je n'étais pas disposé à mettre en œuvre la procédure d'appel devant la Cour suprême du Canada sans l'aide d'un autre avocat; c'est pourquoi j'ai demandé à l'avocate principale Marlys Edwardh de m'assister. Une nouvelle demande a alors été présentée au programme Financement des causes types afin d'obtenir une aide financière me permettant de rémunérer M^{me} Edwardh pour ses services.

S'agissant du financement pour les services d'un avocat, le régime d'aide juridique versera un montant de 109,13 \$/heure pour un avocat de niveau I, tandis que le montant sera de 136,43 \$/heure pour un avocat principal. Il va sans dire que ces taux horaires pour les services d'un avocat ne sont pas exorbitants; cela dit, les affaires relativement complexes peuvent parfois nécessiter un nombre excessivement élevé d'heures de préparation. Pour cet appel devant la Cour suprême du Canada par exemple, il avait été estimé qu'il faudrait 80 heures de préparation pour la demande d'autorisation d'en appeler, et 490 heures de préparation pour l'audition de l'appel en tant que tel devant la Cour suprême. Par ailleurs, le programme Financement des causes types a versé 6 500 \$ pour les débours relatifs à la demande d'autorisation et 20 000 \$ pour les débours relatifs à l'audition de l'appel devant la Cour suprême. Au total donc, le financement obtenu pour porter la contestation devant la Cour suprême du Canada s'est élevé à 14 000 \$ pour la demande d'autorisation et à 71 876 \$ pour l'audition de l'appel en soi.

Il semble quelque peu illogique que les coûts relatifs à l'audience initiale et à l'appel s'élèvent à 45 000 \$, tandis que ceux des procédures d'appel devant la Cour suprême du Canada se chiffrent à 85 876 \$. Il convient de garder à l'esprit qu'une fois qu'une affaire est saisie par la Cour suprême du Canada, le « gros du travail » a pratiquement été réalisé en entier, qu'il s'agisse d'interroger les témoins, de rédiger les affidavits, de mener les contre-interrogatoires ou d'y assister. On pourrait donc s'attendre à ce que les coûts d'une affaire diminuent au fur et à mesure qu'elle gravit les échelons de la hiérarchie judiciaire. Cette réalité met en exergue les coûts exorbitants d'une affaire lorsque des honoraires d'avocat doivent être acquittés (même au taux réduit de l'aide juridique).

Afin que nous puissions nous faire une idée plus juste des coûts auxquels pourrait s'élever un litige complexe pour lequel des honoraires d'avocat doivent être versés, j'ai pris la peine, avant que l'appel ne soit entendu par la Cour d'appel de l'Ontario, d'estimer les coûts rattachés à la préparation et à la défense de cette affaire. Après avoir eu gain de cause devant la Cour supérieure, le juge de première instance a, contre toute attente, adjugé des dépens contre le gouvernement. J'ai donc profité de la préparation de ma demande de dépens pour tenter d'estimer mes honoraires. (Cette demande n'a finalement jamais été déposée.) Si je laisse de côté les débours (déjà acquittés par AJO), j'ai estimé que mes honoraires d'avocat s'élèveraient à 200 520 \$, répartis de la façon suivante :

- 528,5 heures de préparation à un taux horaire de 300 \$ (158 550 \$)
- 23,5 jours de contre-interrogatoires à un taux quotidien de 1 000 \$ (23 500 \$)
- 7,5 jours d'audience à un taux quotidien de 2 500 \$ (18 750 \$)

Si les taux horaires établis dans cette estimation sont supérieurs aux taux autorisés dans le cadre du régime d'aide juridique, il n'en reste pas moins qu'il s'agit toujours de taux réduits pour un avocat principal. Quoi qu'il en soit, si l'on tient compte des honoraires d'avocat, les coûts de la demande d'autorisation dans l'affaire *Bedford* grimpent de 45 000 \$ à 286 401 \$ (il convient de noter que ce montant ne comprend pas les honoraires rattachés à l'appel devant la Cour d'appel, aucune estimation n'ayant été effectuée du temps consacré à cet appel). Aspect plus important encore, il ne faut pas non plus oublier que la majorité de mon travail lié au contentieux, ce qui englobe l'affaire *Bedford*, repose dans une large mesure sur la contribution d'étudiants en droit qui donnent de leur temps ou sont rémunérés au taux courant de 15 \$/heure pour un travail d'adjoint à la recherche. Selon mes estimations, j'ai consacré approximativement 500 heures à la préparation de cette demande, mais je

crois que sans l'aide importante apportée par les étudiants, j'y aurais sans doute consacré près de 1 500 heures (450 000 \$ à un taux horaire de 300 \$).

Variables et vagues estimations des coûts

Outre les coûts potentiellement élevés associés aux honoraires d'avocat, il semble que la variable la plus importante ayant une incidence sur la prévisibilité des coûts sera la nécessité de présenter une preuve de faits législatifs. L'affaire *Bedford* n'était pas complexe du point de vue de l'argument juridique, mais elle se classe parmi les contestations constitutionnelles reconnues pour la gamme variée des éléments de preuve de faits législatifs ayant dû être déposés pour étayer la demande d'autorisation. Je reviendrai sur ce point plus tard afin de brosser un portrait plus complet de cette variable importante. Pour l'instant, il importe de comprendre que même si des honoraires d'avocat avaient été demandés dans l'affaire *Bedford*, les coûts nécessaires pour mener à bien cette contestation pourraient ne pas être représentatifs des coûts devant être engagés pour des contestations d'un niveau de complexité factuelle similaire. Pour les raisons exposées ci-après, il a été possible, dans l'affaire *Bedford*, de réduire les frais grâce à de nombreux moyens qui ne sont pas nécessairement accessibles dans d'autres affaires.

Je n'ai connaissance d'aucune étude qui quantifierait les dépens des différentes contestations présentées au cours des 30 dernières années et il pourrait être utile d'obtenir des renseignements auprès des divers programmes d'aide juridique sur le financement des causes types. Cependant, on peut définir une gamme de dépens en examinant les affaires pour lesquelles des demandes de provision pour frais ont été déposées. Concernant la provision pour frais, les tribunaux ont la compétence d'adjuger des dépens à un plaideur, dans des circonstances rares et exceptionnelles, avant la décision finale et quelle que soit l'issue de l'affaire, si :

- 1) la partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige;
- 2) la demande vaut la peine d'être instruite;
- 3) les questions soulevées revêtent une **importance pour le public** (et n'ont pas encore été tranchées).¹⁹

¹⁹ *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71 [Okanagan]; *Little Sisters Book and Art Emporium v Canada*, 2007 SCC 2 [Little Sisters].

La provision pour frais n'est adjudgée que dans des circonstances exceptionnelles; à partir de 2000, ce fut surtout le cas pour des affaires liées à des questions de droits ancestraux²⁰ ainsi que pour une affaire ayant pour objectif de déterminer si les contraventions devraient être émises en français.²¹ Dans l'affaire *Okanagan*, le montant de la provision pour frais n'était pas prédéfini et les demandeurs étaient autorisés à demander périodiquement le paiement des dépens, conformément à une procédure convenue par les parties; cependant, il apparaît que des dépens d'un montant maximal de 814 000 \$ ont été envisagés.²² Cependant, l'affaire *Tsilhqot'in* est la preuve que le montant peut être très élevé puisqu'une provision pour frais supérieure à 10 000 000 \$ a été engagée.²³ Bien entendu, toutes les affaires sont différentes et d'autres provisions pour frais montrent que certaines contestations peuvent être résolues pour un montant bien inférieur à ceux de ces deux affaires liées aux droits ancestraux. Dans l'affaire *Fournier*, des dépens d'un montant de 17 500 \$ étaient initialement prévus pour la préparation de la défense contre une accusation de vente frauduleuse de cartes de statut d'Autochtones.²⁴ Dans l'affaire *Caron*, des dépens d'un montant de 91 000 \$ ont été adjudgés pour une contestation liée aux droits linguistiques concernant des contraventions unilingues.²⁵ Dans l'affaire *Fontaine*, des dépens d'un montant de 70 000 \$ ont été adjudgés pour soutenir un recours collectif présenté par une femme autochtone contre un pensionnat.²⁶

L'affaire *Carter c. Canada*²⁷, qui traite de la constitutionnalité de l'interdiction du suicide assisté, est très semblable à l'affaire *Bedford* en matière d'arguments en vertu de la *Charte* et de portée des éléments de preuve de faits législatifs. Aucune provision pour frais n'a été adjudgée dans cette affaire; cependant, le juge de l'audience de demande a décidé d'adjudger des « dépens spéciaux » aux demandeurs compte tenu de l'importance de la contestation fructueuse pour le public. Ces « dépens spéciaux » étaient supérieurs à 1 000 000 \$²⁸ et il est probable que la contestation *Bedford* aurait également engagé des dépens de cette ampleur si l'avocat et les experts n'avaient pas tenu à travailler bénévolement.

²⁰ *Ibid.*; *Tsilhqot'in Nation v Canada (AG)*, 2004 BCSC 610; *Keewatin v Ontario*, [2006] OJ n° 3418; *Hagwilget Indian Band v Canada*, 2008 FC 574; *Fontaine v Canada (Attorney General)*, 2015 ONSC 7007 [*Fontaine*].

²¹ *R v Caron*, 2011 SCC 5, 2011 CSC 5 [*Caron*].

²² *Okanagan*, précité note 19, au paragraphe 5.

²³ *Tsilhqot'in Nation v Canada (AG)*, 2006 BCCA 2, au paragraphe 18.

²⁴ *R v Fournier*, [2004] OJ n° 1136.

²⁵ *R v Caron*, 2009 ABCA 34, au paragraphe 4.

²⁶ *Fontaine*, précité note 20, au paragraphe 9.

²⁷ *Carter v Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5

²⁸ *Ibid.* au paragraphe 134.

La question des dépens amène une imprévisibilité supplémentaire quant au financement des contestations constitutionnelles. Lors du calcul des dépens du litige, on part du principe que la contestation sera fructueuse; cependant, il faut également être conscient de la possibilité de perdre et de voir des dépens adjugés contre le demandeur. Heureusement, l'adjudication de dépens contre les demandeurs ayant présenté des contestations constitutionnelles n'est pas très préoccupante puisque, selon l'approche doctrinale bien établie des dépens, ces derniers ne sont que rarement adjugés contre des demandeurs dans les causes types.²⁹ En réalité, aucun dépens n'a jamais été adjugé contre mes clients dans des affaires pour lesquelles la contestation constitutionnelle avait été rejetée.

La prédiction des dépens d'une contestation constitutionnelle est également contrariée par trois autres variables importantes. En premier lieu, il convient de rappeler que les contestations constitutionnelles sont présentées dans le cadre d'un processus contradictoire, même si elles s'apparentent à une enquête publique. Dans l'affaire *Bedford*, pour laquelle il existait un niveau élevé de coopération entre les demandeurs et les gouvernements fédéral et provinciaux, le gouvernement a souvent accepté de payer certaines dépenses engagées par le demandeur (en Annexe A, on peut voir que le gouvernement fédéral a accepté de payer le transport et le logement d'un témoin venant d'Australie – notre vol le plus coûteux). Néanmoins, dans de nombreuses autres affaires sur lesquelles j'ai travaillé, la relation avec le gouvernement était plus contradictoire et antagoniste; et souvent, les contestations se retrouvaient noyées par des requêtes interlocutoires : radiation de la demande, contrôle judiciaire des engagements accordés lors du contre-interrogatoire afin de produire des documents et soulèvement de nombreuses objections préliminaires à la qualité pour agir, à la compétence du tribunal et à la recevabilité des éléments de preuve. Dans certaines affaires, le gouvernement est disposé à favoriser une audience rapide sur le bien-fondé. Dans d'autres, il fait tout son possible pour retarder le traitement du bien-fondé de la demande. Évidemment, si le gouvernement conteste avec véhémence tous les aspects de la contestation, les dépens augmentent de manière significative.

La seconde variable ayant des répercussions sur les dépens est liée au choix de la procédure. Pour toutes mes contestations, j'ai pu réduire les dépens en initiant le processus au moyen d'une demande de jugement déclaratoire, et non d'une action. Bien que les éléments de preuve oraux de l'audience lors de l'instruction d'une action soient plus significatifs, ils sont beaucoup plus compliqués et inefficaces

²⁹ *Joanisse v Barker*, [2003] OTC 733 au paragraphe 14; *Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4 au paragraphe 69; *Vennell v Barnardos*, [2004] 73 OR (3d) 13 au paragraphe 51.

que le processus de demande, dans lequel les affidavits sont soumis au contre-interrogatoire des affidavits, qui a lieu hors du tribunal et avant l'audience des arguments. Même si les affaires sont gérées efficacement, les procès sont notoirement imprévisibles et nécessitent souvent d'importants ajustements de dernière minute en matière de planification. Le fait de demander aux témoins d'assister au contre-interrogatoire devant un examinateur spécial et hors du tribunal permet une planification précise et réduit le fardeau qui pèse sur eux. Comme on peut le voir dans le tableau des dépenses en Annexe A, les dépens engagés pour tester les éléments de preuve de l'affidavit dans l'affaire *Bedford* étaient raisonnables et prévisibles.

La troisième variable, évoquée précédemment, correspond à la nécessité de fournir des éléments de preuve de faits législatifs. Si l'avocat souhaite faire appel à un large éventail d'experts et qu'ils doivent être payés, les dépens augmentent de manière exponentielle. Toutes les affaires nécessitent une analyse approfondie des éléments de preuve de faits législatifs; cependant, les dernières années ont montré que la pratique consistant à faire appel à de nombreux experts dans des disciplines variées est devenue la norme et qu'elle n'est plus exceptionnelle. Cette variable étant celle qui a le plus de répercussions sur le montant des dépens, je souhaite maintenant aborder la question suivante : comment, quand et pourquoi la pratique qui consiste à présenter un dossier volumineux d'éléments de preuve de faits législatifs a-t-elle évolué dans le droit canadien?

Éléments de preuve de faits législatifs – Quelques réflexions sur cette variable essentielle³⁰

La Cour suprême du Canada n'a peut-être pas fourni beaucoup d'indications sur le moment et la manière dont les éléments de preuve de faits législatifs doivent être présentés, mais elle a donné une définition claire de ce qu'ils impliquent :

Il faut d'abord distinguer deux catégories de faits dans les litiges constitutionnels : « faits en litige » et « faits législatifs ». Ces termes proviennent de l'ouvrage Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, au paragraphe 15.03, p. 353. (Voir également Morgan, « Proof of Facts in Charter Litigation », dans Sharpe, éd., *Charter Litigation* (1987).) Les faits en litige sont ceux qui concernent les parties au litige : pour reprendre les mots de Davis, [traduction] « qui a fait quoi, où, quand, comment et dans quelle intention... » Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y

³⁰ La majeure partie de cette section est extraite d'un article que j'ai écrit en 2014 : A. Young, "Proving a Violation: Rhetoric, Research and Remedy" (2014) 67 S.C.L.R. (3d) 617.

compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères...³¹

La pratique récente de l'adjudication constitutionnelle conformément à la section 7 suggère que les plaideurs pensent qu'une contestation qui vaut la peine d'être instruite doit être accompagnée d'un échantillonnage volumineux d'éléments de preuves de faits législatifs. Comme Da Silva l'a souligné :

[Traduction] La jurisprudence constitutionnelle récente accorde un rôle croissant aux éléments de preuve d'experts et à la recherche sociale dans la détermination des affaires litigieuses. Les arguments constitutionnels au niveau du procès dans les affaires *Bedford c Canada* (concernant la constitutionnalité des interdictions criminelles de la prostitution et des activités liées), *Canada (Attorney General) c PHS Community Services Society* (concernant les exemptions constitutionnelles des infractions criminelles de trafic de drogue pour un site d'injections sûr), et *Carter c Canada (Attorney General)* (concernant la constitutionnalité des interdictions criminelles de l'aide médicale à mourir) s'appuyaient fortement sur des soumissions d'experts et des données sociales; dans l'affaire *Insite*, le poids de ces renseignements au niveau du procès a fourni un fondement factuel à la décision finale de la Cour suprême du Canada (CSC). Parallèlement à ces affaires a eu lieu la première utilisation du pouvoir de la référence constitutionnelle au niveau du procès en Colombie-Britannique : *Renvoi relatif à l'article 293 du Code criminel du Canada*, également appelé *L'article relatif à la polygamie*³²

Cette évolution vers des dossiers de demande approfondis, remplis de divers témoignages d'experts, a été poussée par un avertissement clair de la Cour suprême du Canada, formulé du temps de la *Charte*, et indiquant que les contestations constitutionnelles ne devraient pas être présentées dans un vide factuel. La Cour suprême du Canada a clairement exprimé qu'elle préférerait que les contestations soient accompagnées de faits législatifs de nature contextuelle. Voici ce qu'elle a déclaré en 1989 :

Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*. [...] Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes.³³

La Cour a peut-être exprimé un mépris pour les arguments constitutionnels s'appuyant uniquement sur la rhétorique d' « avocats enthousiastes », mais il faut se demander s'il s'agissait-là d'une invitation à transformer l'audience en commission d'enquête. La vague

³¹ *Danson v Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 SCR 1086, 74 OR 763, au paragraphe 27.

³² Michael Da Silva, "Trial Level References: In Defence of a New Presumption" (2002) 2 WJ Legal Stud. 1 at 1.

³³ *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, 61 D.L.R. (4th) 385, à la page 361-62 [cité au RCS]. Voir également *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086.

récente de contestations au titre de l'article 7 ne comprenait pas simplement des affaires accompagnées d'une modeste sélection d'études contextuelles et de recherches, mais plutôt des affaires incluant des dizaines de témoignages d'experts et de témoignages expérimentiels. En outre, d'innombrables études ont été présentées sans que leurs auteurs soient appelés comme témoins.³⁴

Par exemple, dans la référence récente concernant la polygamie, le juge en chef Bauman a souligné l'importance d'un dossier de preuve complet dans les litiges liés à la *Charte* et a déclaré : [traduction] « J'ai adopté une approche libérale en matière de recevabilité dans cette procédure en acceptant toutes les preuves déposées. »³⁵ Ainsi, la décision du juge Bauman concernant la constitutionnalité de l'article 293 du *Code criminel* reposait [traduction] « sur le dossier judiciaire le plus exhaustif jamais produit sur le sujet ». ³⁶ Le juge Bauman a indiqué que la preuve était constituée de plus de 90 affidavits et rapports d'experts. Environ 22 des déposants et des experts ont été interrogés et représentaient [traduction] « un large éventail de disciplines, y compris l'anthropologie, la psychologie, la sociologie, le droit, l'économie, la démographie de la famille, l'histoire et la théologie. »³⁷ Beaucoup de témoins

³⁴ Voir notamment *Bedford c. Canada (Procureur général)*, 2010 ONSC 4264 au paragraphe 84, 102 O.R. (3d) 321 [Bedford ONSC] (88 volumes contenant plus de 25 000 pages de preuves ont été présentés au tribunal, ainsi que plus de 60 témoins experts et ordinaires); *R c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4th) 385 aux paragraphes 26, 89-91, 121, 143-47, 200 (la Cour, ayant reçu nombre d'articles, de rapports et d'études, s'est largement appuyée sur le rapport Badgley de 1977 et le rapport Powell de 1987 et a entendu divers témoins, comme des médecins pratiquant l'avortement thérapeutique); *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44 aux paragraphes 60, 79-82, 3 R.C.S. 134 (les requérants et le gouvernement ont chacun déposé des affidavits de médecins évaluant l'efficacité d'Insite) [PHS]; *Carter v Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 886 aux paragraphes 114, 160, 278-79, 287, 299, 262-63, 287 C.C.C. (3d) 1 (Le dossier de preuve comportait quelque 36 dossiers, 116 affidavits et 18 témoins contre-interrogés sur leurs affidavits, dont 11 contre-interrogés à l'audience); *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, 131 D.L.R. (4th) aux paragraphes 1, 110 (disponible sur QL) (Cour suprême de la Colombie-Britannique) [Little Sisters BCSC] (la Cour a entendu des témoignages de nombreux témoins experts ou expérimentiels, y compris des artistes, des sociologues, des psychologues, des distributeurs de livres, des bibliothécaires et des policiers); *Victoria (City) c. Adams*, 2008 BCSC 1363 aux paragraphes 38, 45, 88 B.C.L.R. (4th) 116 [Adams] (le juge de première instance a mentionné deux rapports concernant l'itinérance, le rapport de l'équipe d'analyse des écarts et le rapport du groupe de travail du maire); *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35 aux paragraphes 40, 42, 56, 62, 70-84, 114, 1 R.C.S. 791 [Chaoulli] (la Cour a reçu au moins cinq études sur les temps d'attente au Canada ainsi que d'autres rapports sur l'état des soins de santé dans d'autres provinces canadiennes et dans d'autres pays, en plus du témoignage d'au moins sept médecins).

³⁵ Renvoi relatif à l'article 293 du Code criminel du Canada, 2011 BCSC 1588, 28 B.C.L.R. (5th) 96, au paragraphe 46.

³⁶ *Ibid.*, au paragraphe 6.

³⁷ *Ibid.*, aux paragraphes 28-29.

ordinaires ont également présenté à titre de preuve leurs expériences personnelles au sein de relations polygames.³⁸

L'évolution des contestations constitutionnelles en enquêtes de grande ampleur sur des faits et des valeurs de nature sociale et politique s'étend au-delà des controverses bien connues concernant les sites d'injection de drogues, les relations polygames, le suicide assisté et la prostitution. Par exemple, dans une contestation récente, au titre des articles 7 et 15, de la décision de la Direction des services correctionnels de la Colombie-Britannique d'annuler le programme mère-enfant qui permettait aux détenues de garder leur nouveau-né avec elles pendant qu'elles purgeaient leur peine, la Cour a entendu et examiné une foule de preuves contestées concernant les pratiques d'éducation des enfants et le lien entre la mère et l'enfant. En concluant que l'annulation de la politique était une violation de droits, le juge Ross a résumé les témoignages de dix témoins experts³⁹ et de sept témoins expérimentiels⁴⁰ en plus de ceux des deux requérants. Ces témoins comprenaient une infirmière, un sociologue, un psychologue, un médecin, un professeur de droit, un professeur de psychiatrie, un psychologue clinicien et médico-légal, un travailleur social clinique, un surveillant correctionnel et certaines des mères du programme. La directrice de la recherche, de la planification et des programmes pour les délinquants du Service correctionnel a également présenté un rapport sur les caractéristiques de la population des femmes condamnées dans la province, les facteurs de risque criminogènes et les facteurs liés à la récidive.⁴¹

Il n'est pas toujours nécessaire d'en appeler aux éléments de preuve législatifs. Parfois, la preuve d'un effet constitutionnellement défavorable de la loi peut être une question d'arguments raisonnés et de simple bon sens. L'enquête scientifique et empirique jouera habituellement un rôle critique, mais, dans certains cas, le bon sens devrait entrer en jeu si la science n'a pas encore fourni de solution définitive. Par exemple, dans l'arrêt *RJR-McDonald*⁴², la Cour devait arriver à une conclusion factuelle sur la question de savoir si la publicité augmentait la consommation d'un produit (dans ce cas, les cigarettes). Les études scientifiques présentées à la Cour n'étaient ni résolues ni déterminantes, et la Cour s'est appuyée sur « une observation relevant du plus gros bon sens », selon laquelle les entreprises ne

³⁸ *Ibid.*, aux paragraphes 26-51, 59-62, 104-105.

³⁹ *Inglis c. Colombie-Britannique (Minister of Public Safety et procureur général)*, 2013 BCSC 2309, aux paragraphes 255-322 (disponible sur WL Can.).

⁴⁰ *Ibid.*, aux paragraphes 84-134.

⁴¹ *Ibid.*, au paragraphe 227.

⁴² *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 [RJR].

dépenseraient pas des millions de dollars en publicité si elles ne croyaient pas qu'il en résulterait une augmentation de la consommation de leurs produits.⁴³ La Cour a reconnu que l'exercice de la preuve des effets de la loi ne peut être considéré comme une simple enquête scientifique puisque « les prévisions relatives aux incidences des règles juridiques sur l'ordre socio-économique ne sont pas des questions susceptibles d'être évaluées précisément, et découlent souvent 'de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments'. »⁴⁴

En outre, les éléments de preuve législatifs sont souvent disponibles dans les rapports gouvernementaux, et les plaideurs et les tribunaux se sont régulièrement appuyés sur des rapports gouvernementaux sans témoins à l'appui dans le but d'élucider les objectifs législatifs et de prouver les effets de la législation. Même un examen sommaire de la jurisprudence de la Cour suprême durant l'ère de la *Charte* révèle une forte dépendance à l'égard des rapports gouvernementaux pour établir un large éventail de faits législatifs.⁴⁵ Les rapports gouvernementaux ne sont pas toujours « généralement acceptés » et ne font pas l'objet de débats. Cependant, les études factuelles sur le droit sont rares, et une enquête ciblée par les législateurs et leurs agents sur les effets de la loi peut n'apporter que des preuves facilement disponibles pour confirmer le bon sens et les hypothèses raisonnables.

⁴³ *Ibid.*, aux paragraphes 84, 184; *Chaoulli*, *précité*, note 34, aux paragraphes 136-37.

⁴⁴ *Ibid.*, au paragraphe 67.

⁴⁵ Voici divers exemples : Dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 à 484, 493, 513-14 [cité dans R.C.S.], la Cour s'est appuyée sur le rapport *Fraser* et le rapport *MacGuigan* pour élucider l'objet législatif et les effets de la pornographie visuelle. Voir l'arrêt *R. c. Caine*, [2003] A.C.S. n° 79, aux paragraphes 3, 21, 44, 55-56, 58, 195-96 : la Cour s'est appuyée sur le rapport *Le Dain* ainsi que sur les rapports du Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites et du Comité spécial de la Chambre des communes sur la consommation non médicale de drogues ou médicaments pour discerner le but législatif, la démographie des utilisateurs de marijuana et les effets de la marijuana. Dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813 aux paragraphes 854-56, 863-64 [cité dans R.C.S.], le tribunal s'est appuyé sur trois rapports de Statistique Canada, sur l'*Évaluation de la Loi sur le divorce* du ministère de la Justice, publié en 1990, et sur le rapport intitulé *La femme et la pauvreté* (1990) concernant la démographie des mères célibataires et l'impact économique du divorce. Dans l'arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, aux paragraphes 55-59 (la Cour s'est appuyée sur le rapport de 1967, *Les Indiens et la loi*, le rapport de 1987 publié par la Commission canadienne sur la détermination de la peine, le rapport du Comité permanent de la justice et du solliciteur général de la Chambre des communes, un rapport fédéral-provincial-territorial de 1997 sur la croissance démographique dans les prisons et l'examen quinquennal de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* pour évaluer l'impact disproportionné du système de justice pénale sur les Autochtones. Dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, articles 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, aux paragraphes 19-20, 31, 64, 72, la Cour s'est appuyée sur le rapport *Rowell-Sirois*, le rapport *Gill*, le rapport *Cosineau*, le rapport *Boyer* et le rapport *Forget* pour tirer des conclusions sur la discrimination systémique des femmes dans le cadre du régime d'assurance-chômage.

Si les rapports gouvernementaux pertinents ou les études commandées par le gouvernement n'existaient pas, le simple recours au bon sens et aux hypothèses raisonnables pourrait ne pas être suffisamment puissant pour donner au tribunal l'impulsion nécessaire pour invalider une loi contestée. Dans l'arrêt *Bedford*, les questions factuelles sous-jacentes à l'argument constitutionnel auraient pu trouver réponse grâce au bon sens et à des arguments hypothétiques raisonnables. Bien que les questions politiques entourant de nombreux aspects du commerce du sexe soient controversées, source de discordes et sujettes à un débat sans fin, il faut se rappeler que la question de fait soulevée dans l'affaire était beaucoup plus simple : la sécurité peut-elle être améliorée en se déplaçant à l'intérieur, en recrutant des assistants et en communiquant avec les clients? Il semble qu'on pourrait facilement répondre à cette question en se fondant sur le bon sens. Toutefois, il est difficile d'imaginer que la Cour invalide les dispositions sur le commerce du sexe sans un dossier connexe d'études empiriques, d'avis expérimentiels et de rapports commandés par le gouvernement, mettant tous en avant le risque accru de violence dont sont victimes les travailleuses du sexe dans le régime juridique actuel.

Réflexions finales sur la réduction des coûts des litiges constitutionnels

Je ne crois pas qu'il soit naturel ou inévitable que les contestations de la constitutionnalité s'élèvent toujours à plusieurs millions de dollars. Il ne fait aucun doute que certaines revendications sont étroitement liées à des données complexes en matière de sciences sociales et de sciences naturelles, et ces données font souvent l'objet de débats universitaires et scientifiques. On pourrait donc s'attendre à ce que les coûts engagés pour collecter, présenter et analyser les données soient élevés; toutefois, même pour les dossiers complexes, il est toujours possible de réduire les coûts.

Premièrement, comme mentionné précédemment, la revendication devrait être présentée, dans la mesure du possible, comme une demande de jugement déclaratoire et non comme une procédure au civil. Cette dernière constitue un processus chronophage, imprévisible et présumé plus onéreux qu'un processus dans lequel la majorité du travail se fait en dehors de la cour, dans un environnement plus informel. Franchement, je ne suis pas un avocat de droit civil et je ne peux témoigner de l'efficacité des mécanismes de procédure pour accélérer les procès civils, mais je peux dire que j'ai été capable d'utiliser le processus de demande de manière efficace afin de mener de nombreuses contestations pour une fraction du coût qu'engendrerait une longue bataille judiciaire.

La question des honoraires des avocats a davantage d'importance que le choix de la procédure, et il faut signaler que l'affaire *Bedford*, ainsi que d'autres contestations que j'ai présentées n'étaient pas des

entreprises onéreuses, car les honoraires des avocats n'ont pas été demandés. Néanmoins, même lorsque l'avocat ne peut pas ou ne souhaite pas mener l'affaire à titre *gracieux*, il existe une manière simple de réduire considérablement les coûts. Je crois que les avocats, en général, sont heureux de s'occuper des litiges d'intérêt public au taux réduit de l'aide juridique. L'augmentation du coût des litiges constitutionnels n'est pas un produit du taux de rémunération (qui est faible) mais des heures de préparation requises pour mener à bien la contestation. Il est pratiquement impossible de prévoir le temps nécessaire pour préparer et présenter la revendication, et l'application du plafonnement des heures est souvent injuste pour ceux qui consacrent d'innombrables heures au dossier.

J'ai pu observer le réel avantage de disposer d'une équipe d'étudiants bénévoles, ou rémunérés à bas taux, pour effectuer les nombreux travaux préparatoires. Certaines facultés de droit ont mis en place un programme Financement des causes types (dans lequel les étudiants se portent volontaires pour aider les avocats dans les litiges d'intérêt public) et les étudiants bénévoles au Canada se chargent de mettre en relation des étudiants et des avocats nécessitant une aide à la recherche. Par conséquent, je crois que l'une des seules manières de contrôler les coûts potentiellement élevés des honoraires des avocats dans le cadre d'un nouveau programme de financement consiste à développer un processus et un programme dans lesquels les facultés de droit jouent un rôle et fournissent un service bénévole d'aide à la recherche.

Enfin, les réflexions devront se porter principalement sur la question du contrôle des coûts associés à la présentation d'importants éléments de preuve de faits législatifs par de nombreux témoins experts. J'ai mentionné précédemment que, dans mes affaires, les experts étaient prêts à travailler à titre *gracieux*, car ils n'avaient pas à rédiger leur propre affidavit, mais simplement à en examiner l'ébauche élaborée par les étudiants assistants de recherche. Au-delà de la facilitation du travail, les experts étaient souvent prêts à aider gratuitement, car ils croyaient en la « cause » et étaient heureux de s'engager dans ce qu'ils percevaient comme un rôle « activiste ». En dépit de la réduction des coûts, le recrutement d'experts qui seraient alors considérés comme des activistes pose un problème pour maintenir la crédibilité et l'objectivité de l'expert. Non seulement il est nécessaire de soupeser les avantages de la collecte gratuite d'éléments de preuve par rapport à l'évaluation potentiellement négative de la crédibilité, mais des choix difficiles doivent également être faits quant au type d'expert auquel faire appel. La meilleure preuve émane toujours du chercheur à l'origine de l'étude sur laquelle se fonder, mais, souvent l'expert en question n'est pas disponible et, s'il l'est, d'autres experts ont souvent effectué des études similaires dans un effort pour reproduire les résultats. Par conséquent, il peut

s'avérer plus efficace de ne pas faire appel à tous les chercheurs à l'origine de l'étude, mais plutôt de contacter un expert capable de fournir un examen de la documentation, ainsi qu'une évaluation méthodologique des études disponibles.

Si l'on veut avoir le moindre espoir de contrôler les coûts associés aux éléments de preuve de faits législatifs, il est important de rester pragmatique et prudent en ce qui concerne le type d'expert à recruter et le nombre d'experts requis afin d'être en mesure de prouver les faits législatifs sur lesquels se fonder. Par conséquent, les programmes de financement devraient exercer un certain niveau de supervision sur les choix qui sont pris et les stratégies qui sont adoptées quant à la présentation des éléments de preuve de faits législatifs. Même s'il existe des raisons de principe pour lesquelles les programmes de financement ne doivent pas systématiquement exercer un contrôle sur les choix pris par l'avocat, ni les diriger, il est important de s'assurer que des choix judicieux sont faits en matière de collecte et de présentation des éléments de preuve de faits législatifs, car c'est principalement cette tâche qui est à l'origine de la croyance, et de la réalité, que le coût des litiges fondés sur la *Charte* est devenu prohibitif.

ANNEXE A**Résultats financiers de la contestation constitutionnelle Bedford**

Dépenses	Débit	Crédit	Solde
Subvention initiale de Aide juridique Ontario		30 880	30 880
Augmentation du financement de Aide juridique Ontario		14 389	45 269
<i>Frais généraux</i>			
Reproduction et reliure	79,50		45 189,50
Messagerie	476,69		44 712,81
Messagerie	36,05		44 676,76
Frais judiciaires	458		44 218,76
Frais de télécopie	2,50		44 216,26
Photocopies à l'extérieur	1 645,96		42 570,30
Photocopie	7,50		42 562,80
Photocopie	3,50		42 559,30
Frais postaux	2,60		42 556,70
Huissier	371		42 185,70
TPS à 5 % pour les décaissements autorisés	293,69		41 892,01
Huissier	126		41 766,01
Photocopies, reliure – recueil	328,04		41 437,97
Onglets et fournitures	77		41 360,97
Onglets	45,13		41 315,84
Société canadienne des postes CF – correspondance avec les clients	57		41 258,84
Société canadienne des postes CF/FedEx – documents envoyés aux journaux	37,98		41 220,86
<i>Frais de déplacement des témoins</i>			

Frances Shaver - Transport aérien	276,21		40 944,65
Frances Shaver - Transport aérien	82,36		40 862,29
Eleanor Maticka-Tyndale - Transport aérien	130		40 732,29
Gayle MacDonald - Transport aérien	682,30		40 049,99
Wendy Harris - Transport aérien	287,65		39 762,34
Dan Gardner - Transport aérien	154		39 608,34
Cecilia Benoit - Transport aérien	644,76		38 963,58
Dépenses	Débit	Crédit	Solde
John Lowman - Transport aérien	1 044,34		37 919,24
Ronald Weitzer - Transport aérien	940,18		36 979,06
Lauren Casey - Transport aérien	111,87		36 867,19
Barbara Sullivan - Transport aérien	2 853,67		34 013,52
<i>Frais d'hôtel des témoins</i>			
Frances Shaver	106,54		33 906,98
Cecilia Benoit	128,07		33 778,91
Gayle MacDonald	127,84		33 651,07
Dan Gardner	128,07		33 523
Elliot Leyton	123,17		33 399,83
Ronald Weitzer	111,87		33 287,96
Lauren Casey	89,27		33 198,69
Barbara Sullivan	492,68		32 706,01
<i>Frais de déplacement des avocats</i>			
Alan Young - Transport aérien vers Edmonton et Vancouver	1 455,68		31 250,33

Sabrina Pingitore - Transport aérien vers Edmonton	564,34		30 685,99
Hôtel pour Alan Young et Sabrina Pingitore à Edmonton	878,84		29 807,15
Alan Young - Hôtel à Vancouver	550		29 257,15
<i>Coûts couverts par la Couronne</i>			
Ronald Weitzer - Transport aérien		940,18	30 197,33
Ronald Weitzer – Hôtel		111,87	30 309,20
Lauren Casey - Transport aérien		732,20	31 041,40
Lauren Casey – Hôtel		89,27	31 130,67
Barbara Sullivan - Transport aérien		2 853,67	33 984,34
Barbara Sullivan - Hôtel		492,68	34 477,02
Dépenses	Débit	Crédit	Solde
<i>Coûts de transcription</i>			
Contre-interrogatoire d'Alexis Kennedy	581,25		33 895,77
Contre-interrogatoire de Mary Sullivan	1 362,50		32 533,27
Contre-interrogatoire de Melissa Farley	1 806,25		30 727,02
Contre-interrogatoire de Janice Raymond	975		29 752,02
Contre-interrogatoire d'Eduardo Dizon	787,50		28 964,52
Contre-interrogatoire de Natasha Falle	725		28 239,52
Contre-interrogatoire d'Oscar Ramos	437,50		27 802,02
Copie de transcription d'Oscar Ramos	256,25		27 545,77
Contre-interrogatoire à Edmonton (Quinn, Joyal, Morrissey)	1 924,12		25 621,65
Contre-interrogatoire de Ronald Melchers et Richard Poulin	3 092,25		22 529,40

Livraison, traitement et taxe pour la facture du			
sténographe judiciaire du 14 novembre 2008	164,75		22 364,65
Livraison, traitement et taxe pour la facture du			
sténographe judiciaire du 12 janvier 2009	189,13		22 175,52
<i>Autres coûts</i>			
IKON - Dossier de demande conjointe	4 149,50		18 026,02
Étudiants travaillant sur leur mémoire - Sheetal, Shoshana, Dan	7 500		10 526,02
Aide à la recherche – Sabrina	500		10 026,02