
La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel

Luc B. Tremblay*

L'objectif de cet article est d'élaborer les propositions constitutives de la «théorie du fondement rationnel» en droit constitutionnel canadien. Cette théorie constitue une version des théories de la déférence judiciaire en droit public et en théorie générale du droit. En droit constitutionnel canadien, elle s'applique en vertu de l'une des interprétations les plus influentes de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans la jurisprudence relative au pouvoir d'urgence. En droit administratif, elle pourrait donner un sens à la norme de retenue judiciaire selon laquelle les décisions administratives intrajudictionnelles ne doivent pas être manifestement déraisonnables. La théorie du fondement rationnel énonce les conditions générales auxquelles une décision politique dont la validité est contestée doit satisfaire pour être «justifiée» et, de ce fait, être juridiquement valide. La thèse est que pour être suffisamment «justifiée», une décision politique doit être soutenue par des raisons «valables», et non pas nécessairement par des bonnes raisons. L'article vise à clarifier les critères d'un motif «valable» et utilise à cette fin le contexte constitutionnel de l'article premier de la *Charte*.

This article examines the application of the "rational basis theory" in the context of Canadian constitutional law. The author submits that the foundation of this theory is informed by similar principles expressed in the precepts of judicial deference in public law, and in general legal theory. Furthermore, one can see the principles of this theory reflected in section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as well as in the case law relating to emergency measures. The rational basis theory is of particular import in administrative law because it can serve as the criterion that divides those decisions that are patently unreasonable from those that are not. Application of the rational basis theory ensures that contested political decisions are "justified", and so juridically valid. The thesis of this article is that, for a political decision to be "justified", it must be supported by "valid" reasons, not necessarily good reasons. By using section 1 of the *Charter* as a vehicle, this article explores the criteria for a "valid" reason.

* Professeur de droit à l'Université de Sherbrooke. Je tiens à remercier le professeur de philosophie Georges Legault qui a eu la générosité de lire une version antérieure de cet article et de me faire parvenir ses commentaires par écrit. J'ai tenté, lorsque c'était possible, de répondre à quelques-unes de ses réserves. Cela a contribué à préciser ma pensée et à améliorer l'article. Il ne faudrait toutefois pas croire que j'ai répondu équitablement à toutes ses interrogations. Il me faudrait beaucoup plus d'espace et aussi plus de temps pour la réflexion, ce que j'espère pouvoir avoir à une autre occasion. Je remercie aussi mon collègue Pierre Blache pour ses commentaires, en particulier sur la section relative à la souveraineté. Ils m'ont forcé à mieux situer ma critique de cette théorie. Cet article s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche plus large sur la justification des restrictions aux droits et libertés fondamentaux dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce projet est subventionné par le Conseil de recherches en sciences humaines, la Fondation du Barreau du Québec et la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Je les remercie de leur soutien. Je remercie enfin les personnes qui ont contribué, de près ou de loin, à ce projet jusqu'à maintenant, notamment Geneviève Nootens, alors chercheure et maintenant professeure à l'Université du Québec à Chicoutimi, ainsi que Jocelyn Auger, Jenny Ross, Mélanie Roy, Marie Brault et Robert Duong, alors étudiants à la faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

© Revue de droit de McGill 1999

McGill Law Journal 1999

Mode de référence : (1999) 44 R.D. McGill 39

To be cited as: (1999) 44 McGill L.J. 39

Introduction

I. Le fondement rationnel comme justification

II. Les traits constitutifs d'un motif valable

- A. *Les raisons «justificatrices» et les raisons «explicatives»*
- B. *Une force justificatrice indépendante des simples états d'esprit de l'agent*
 - 1. La souveraineté
 - 2. L'autorité
- C. *Les jugements de fait*
- D. *Les jugements de valeur*
- E. *Un raisonnement pratique valide*

Conclusion

Introduction

La théorie du fondement rationnel constitue une version des théories de la déférence ou de la retenue judiciaire en droit public et en philosophie du droit. Elle énonce les conditions générales auxquelles une décision politique ou une action gouvernementale soumise au contrôle judiciaire doit satisfaire pour être «justifiée» et, de ce fait, être juridiquement valide. Provisoirement, elle pourrait être formulée ainsi : une décision politique ou une action gouvernementale est suffisamment justifiée dès qu'il est démontré, conformément à une certaine norme de preuve, que son auteur avait des raisons ou des motifs valables de la prendre ou de la poser.

L'objectif de cet article est d'élaborer, sous la forme d'«idéaltyp», les propositions constitutives de la théorie du fondement rationnel¹. Ces propositions établissent les critères d'une raison ou d'un motif «valable». Bien qu'élaborées aux fins du contrôle judiciaire de la justification des restrictions aux droits constitutionnels garantis au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*², je sou mets que la plupart d'entre elles sont directement pertinentes en droit administratif et ailleurs en droit constitutionnel. Elles pourraient ainsi contribuer à donner un sens cohérent à la norme de retenue judiciaire selon laquelle les décisions administratives intrajuridictionnelles fondées sur des erreurs de droit sont valides, à moins d'être manifestement déraisonnables³, et aux propos du juge en chef Laskin dans le *Renvoi relatif*

¹ Un «idéaltyp» est une représentation mentale abstraite, rationnelle et cohérente d'une chose qui apparaît dans une forme confuse et incohérente dans la réalité extérieure. Elle requiert nécessairement une reconstruction des aspects constitutifs de la chose représentée. Le concept d'«idéaltyp» provient de Max Weber qui, aux fins de sa sociologie descriptive et explicative, avait besoin d'un outil mental méthodologique. Selon lui, on obtenait un idéaltyp :

[E]n accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchaînant une multitude de phénomènes isolés, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre, par endroits pas du tout qu'on ordonne selon les précédents points de vue choisis unilatéralement pour former un tableau de pensée homogène (M. Weber, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965 à la p. 81).

J'ai soutenu ailleurs que la notion d'«idéaltyp» pouvait aussi avoir une fonction normative en droit, notamment dans le contexte où les tribunaux ont le devoir de promouvoir et maintenir la primauté du droit. Voir L.B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1997 [ci-après *Rule of Law*].

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 *Charte*]. L'article premier énonce :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

³ Cette norme a été élaborée par la Cour suprême du Canada dans plusieurs décisions : voir par ex. *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, 97 D.L.R. (3^e) 417 ; *Syndicat des employés de production du Québec*

à la *Loi anti-inflation*⁴ selon lesquels, pour déterminer si le recours au pouvoir d'urgence par le Parlement était constitutionnellement justifié, «les éléments de preuve extrinsèque ne sont requis que pour convaincre la Cour que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité»⁵.

J'ai soutenu ailleurs⁶ que le discours constitutionnel relatif à l'interprétation et à l'application de l'article premier de la *Charte* et, par voie de conséquence, aux critères élaborés dans l'affaire *R. c. Oakes*⁷ (le fameux «test de *Oakes*»), incarnait deux théories distinctes du contrôle judiciaire : la théorie du fondement rationnel et la théorie du fondement légitime. La théorie du fondement légitime pourrait, provisoirement, être formulée ainsi : une décision politique ou une action gouvernementale est suffisamment justifiée dès qu'il est démontré, conformément à une certaine norme de preuve, non seulement que son auteur avait des raisons ou des motifs valables de la prendre ou de la poser, mais que les raisons ou les motifs qu'on avance en sa faveur constituent des *bonnes raisons* compte tenu de certains standards ou critères normatifs⁸.

Si ces théories ont d'abord été conçues par les juges comme deux interprétations mutuellement exclusives (et probablement incompatibles) de ce que constitue une «justification» des restrictions aux droits garantis aux fins de l'article premier de la *Charte*, la Cour suprême a finalement tenté de les réconcilier comme si elles faisaient partie d'un ensemble unifié et cohérent de valeurs et de principes⁹. Cette tentative a été

et de l'*Acadie c. Conseil canadien des relations de travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, 14 D.L.R. (4^e) 457 ; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 14 D.L.R. (4^e) 289 ; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, 95 N.R. 161 ; *Canada (P.G.) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, 80 D.L.R. (4^e) 520 ; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, 62 D.L.R. (4^e) 437 ; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 74 D.L.R. (4^e) 449 ; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, 105 D.L.R. (4^e) 385 ; *Canada (P.G.) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 100 D.L.R. (4^e) 658. J'ai soutenu que cette norme était néanmoins mal fondée dans : «La norme de retenue judiciaire et les "erreurs de droit" en droit administratif : une erreur de droit ? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme» (1996) 56 R. du B. 141 [ci-après «Norme de retenue judiciaire»].

⁴ [1976] 2 R.C.S. 373, 68 D.L.R. (3^e) 452.

⁵ *Ibid.* à la p. 423.

⁶ Voir L.B. Tremblay, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels : Une affaire de rationalité ou de légitimité ?» (1998) 10 N.J.C.L. 41 [ci-après «Justification des restrictions aux droits constitutionnels»].

⁷ [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4^e) 200 [ci-après *Oakes* avec renvois aux R.C.S.].

⁸ J'élaborerai les propositions constitutives de la théorie du fondement légitime dans un article ultérieur.

⁹ Plusieurs opinions rendues par le juge La Forest et par le juge McIntyre montrent qu'ils ont d'abord favorisé exclusivement les «critères» que j'associe à la théorie du fondement rationnel. Pour le juge La Forest, voir par ex. les affaires *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, 31 D.L.R. (4^e) 569 [ci-après *Jones* avec renvois aux R.C.S.] ; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 35 D.L.R. (4^e) 1 [ci-après *Edwards Books* avec renvois aux R.C.S.] ; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, 48 C.C.C. (3^e) 193 [ci-après *Cotroni* avec renvois aux R.C.S.]. Pour le juge McIntyre, voir par ex. les affaires *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 33 D.L.R.

une importante source de confusion et je ne suis toujours pas persuadé qu'elle puisse même être justifiable en principe. Pour cette raison, il m'est apparu nécessaire de présenter les propositions constitutives de chaque théorie de la manière la plus forte et la plus cohérente possible.

En m'engageant dans ce projet, je croyais, plus ou moins intuitivement, que la théorie du fondement rationnel ne parviendrait pas à proposer des critères de contrôle de la justification des restrictions aux droits garantis qui soient cohérents. Je croyais qu'elle reposait uniquement sur des considérations politiques (la volonté de faire preuve de déférence envers les décisions politiques ou actions gouvernementales) et qu'une analyse au mérite permettrait de la réfuter assez facilement. Au terme de cette réflexion, je n'en suis plus aussi convaincu. À mon avis, mes conclusions donnent une certaine crédibilité à la théorie du fondement rationnel. Cette concession ne signifie évidemment pas qu'elle soit requise par la meilleure interprétation de l'article premier de la *Charte* ni même qu'elle soit réconciliable avec la théorie du fondement légitime. Elle signifie uniquement qu'on ne peut l'écarter pour le seul motif qu'elle serait incohérente. Par conséquent, les raisons de l'accepter ou de la rejeter doivent relever d'autres considérations, notamment, comme il se doit, de l'interprétation constitutionnelle et de la morale politique.

À ma connaissance, la théorie du fondement rationnel n'a jamais été clairement élaborée. Le concept même de «fondement rationnel» (ou *rational basis*) utilisé par les tribunaux canadiens est ambigu¹⁰. Ce serait donc en vain que nous chercherions dans le discours juridique un ensemble d'énoncés clairs et cohérents posés juste là et constituant la matière même, l'«essence» si l'on veut, que cette théorie serait censée représenter. La théorie du fondement rationnel ne décrit pas un fait observable empiriquement. Elle constitue la reconstruction des postulats ou des présuppositions implicites permettant de donner un sens cohérent à l'arrière-plan normatif qui guide les juges qui valorisent la déférence ou la retenue judiciaire dans le processus de contrôle

(4^e) 174 ; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 56 D.L.R. (4^e) 1 [ci-après *Andrews* avec renvois aux R.C.S.]. Par contre, plusieurs opinions énoncées par le juge en chef Dickson et le juge Wilson montrent qu'ils ont d'abord favorisé exclusivement les «critères» que j'associe à la théorie du fondement légitime. Voir par ex. les opinions du juge en chef Dickson dans les affaires *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 18 D.L.R. (4^e) 321 [ci-après *Big M Drug Mart* avec renvois aux R.C.S.] ; *Oakes*, *supra* note 7 ; et dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 38 D.L.R. (4^e) 161 [ci-après *Public Service Employee Relations Act* avec renvois aux R.C.S.]. Voir par ex. les opinions du juge Wilson dans les affaires *Jones*, *ibid.* ; *Edwards Books*, *ibid.* ; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, 38 D.L.R. (4^e) 277 ; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4^e) 385 ; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, 52 C.C.C. (3^e) 289 [ci-après *Lee* avec renvois aux R.C.S.] et *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 64 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Edmonton Journal* avec renvois aux R.C.S.]. Pour plus de précisions, voir «Justification des restrictions aux droits constitutionnels», *supra* note 6.

¹⁰ Voir par ex. les commentaires suivants : J.E. Magnet, «The Presumption of Constitutionality» (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 87 aux pp. 113-15 ; D. Pinard, «La rationalité législative, une question de possibilités ou probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac» (1994) 39 R.D. McGill 401 [ci-après «L'affaire du tabac»].

judiciaire des restrictions aux droits garantis. Elle part donc des décisions judiciaires dans lesquelles les juges postulent explicitement ou implicitement que les tribunaux doivent faire preuve de déférence, mais n'en reste pas là ; elle rend compte de la pratique d'arrière-plan qui les explique et les justifie.

Ces décisions peuvent être assez nombreuses. Il est vrai qu'il n'est pas toujours facile de déterminer avec certitude, à la lecture d'une opinion judiciaire spécifique, si son auteur adhère à la théorie du fondement rationnel¹¹. L'une des raisons est que les critères de contrôle judiciaire requis par la théorie du fondement légitime incorporent en grande partie les critères que j'associe à la théorie du fondement rationnel. Néanmoins, précisément pour ce motif, certaines opinions conçues dans le cadre de la théorie du fondement légitime peuvent contribuer à la construction du sens des propositions constitutives de la théorie du fondement rationnel¹². Par exemple, les expressions suivantes peuvent fournir un point de départ à la réflexion, qu'elles soient utilisées aux fins de l'une ou l'autre des deux théories : «le gouvernement a-t-il raisonnablement conclu que l'objectif était urgent et réel dans le contexte d'application de la loi ?»¹³, «le gouvernement peut-il raisonnablement considérer que l'objectif est nécessaire au bien-être de la population ?»¹⁴, «le gouvernement avait-il des motifs raisonnables de conclure que la mesure atteindrait son objectif ?»¹⁵, «le gouvernement avait-il des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un lien rationnel ?»¹⁶, «est-il raisonnable de supposer ou de s'attendre à ce qu'il existe un lien causal entre l'activité prohibée et le mal qu'on veut contrer ?»¹⁷, «le gouvernement était-il raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement ?»¹⁸, «le gouvernement peut-il démontrer qu'il était raisonnablement fondé à conclure qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale ?»¹⁹, «le gouvernement

¹¹ Voir «Justification des restrictions aux droits constitutionnels», *supra* note 6.

¹² Cette incorporation des critères de la théorie du fondement rationnel dans la théorie du fondement légitime ne signifie pas que les deux théories sont compatibles. Lorsque l'attitude judiciaire déférentielle est requise par la théorie du fondement légitime, les raisons de se satisfaire d'un «fondement rationnel» reposent sur des considérations internes à la théorie du fondement légitime qui pourraient être d'une nature fort différente de celles qui découlent de la théorie du fondement rationnel.

¹³ Voir *Ross c. Conseil scolaire du District n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825 aux pp. 879-80, 133 D.L.R. (4^e) 1 [ci-après *Ross* avec renvois aux R.C.S.].

¹⁴ Voir *Edwards Books*, *supra* note 9 à la p. 793.

¹⁵ Voir *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103 à la p. 1196, 95 D.L.R. (4^e) 439 [ci-après *Dickason* avec renvois aux R.C.S.].

¹⁶ Voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199 à la p. 290, 127 D.L.R. (4^e) 1 [ci-après *RJR-MacDonald* avec renvois aux R.C.S.].

¹⁷ Voir *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 à la p. 502, 89 D.L.R. (4^e) 449 [ci-après *Butler* avec renvois aux R.C.S.]; *Ross*, *supra* note 13 à la p. 881.

¹⁸ Voir par ex. *Irvin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927 à la p. 994, 58 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Irvin Toy* avec renvois aux R.C.S.]; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 aux pp. 286 et 305, 76 D.L.R. (4^e) 545 [ci-après *McKinney* avec renvois aux R.C.S.].

¹⁹ Voir *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1991] 2 R.C.S. 22 à la p. 44, 81 D.L.R. (4^e) 358 ; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519 à la p. 614, 107 D.L.R. (4^e) 342 [ci-après *Rodriguez* avec renvois aux R.C.S.].

avait-il un motif rationnel de déposer les mesures contenues dans la Loi ?»²⁰.

I. Le fondement rationnel comme justification

La théorie du fondement rationnel est une théorie de la «justification» des décisions politiques et des actions gouvernementales dont la validité est soumise au contrôle judiciaire. J'ai rappelé ailleurs que, dans notre tradition juridique et politique, le mot «justification» est utilisé dans au moins deux sens²¹. Dans un premier sens, la justification d'une action, d'une décision ou d'une croyance désigne uniquement les raisons, les considérations ou les motifs déterminants qui, en pratique, ont persuadé un agent à se comporter comme il l'a fait, à décider dans un sens donné ou à accepter telle croyance. Démontrer la justification d'un acte, d'une décision ou d'une croyance, ou démontrer que cette dernière est justifiée, consiste donc uniquement à exposer les raisons, bonnes ou mauvaises, qui ont été jugées suffisantes et déterminantes pour un agent. Pour cette raison, la justification peut être comprise dans un sens qui peut être qualifié de «descriptif» ou d'«externe» : nous l'envisageons comme quelque chose qui nous est extérieur et que nous pouvons décrire comme une donnée, même si, du point de vue d'un agent engagé dans le processus de raisonnement pratique, elle a pu avoir une force normative.

La théorie du fondement rationnel incarne cette première signification. Elle ne doit donc pas être confondue avec une théorie de la «rationalité» telle qu'on la conçoit parfois en philosophie lorsqu'on discute des conditions en vertu desquelles une action, une décision ou une croyance est «rationnellement justifiée»²². Dans ce contexte, une action, une décision ou une croyance est «rationnelle» si elle est soutenue par des «bonnes raisons», c'est-à-dire des raisons qui montrent qu'elle est bonne, désirable, juste, la meilleure ou simplement vraie compte tenu de certains objectifs, finalités, buts ou désirs postulés eux-mêmes comme désirables, acceptables ou vrais. Ici, la justification est entendue dans un second sens qu'on pourrait qualifier de «normatif», de «critique» ou d'«interne». Elle consiste à avancer les raisons qui montrent que l'action, la décision ou la croyance est bien fondée, bonne, juste, correcte ou vraie compte tenu d'un certain point de vue normatif. Ainsi, s'il devait exister un contrôle judiciaire de la «rationalité» entendue en ce sens, celui-là procéderait d'un aspect de ce que j'ai appelé la théorie du «fondement légitime». Les juges évalueraient le bien-fondé des mesures législatives restreignant les droits garantis et des raisons avancées pour les soutenir, compte tenu des objectifs, buts ou finalités qu'ils assignent à ces mesures, au droit, à la société libre et démocratique et à la morale politique en général²³.

²⁰ Voir *RJR-MacDonald*, *supra* note 16 à la p. 284.

²¹ Voir «Justification des restrictions aux droits constitutionnels», *supra* note 6.

²² Pour une étude récente, voir R. Nozick, *The Nature of Rationality*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1993.

²³ Les juges pourraient évaluer, par exemple, si le but visé par telle mesure est légitime, si les moyens proposés sont adéquatement et efficacement conçus pour réaliser ce but et si le coût ou le far-

La théorie du fondement rationnel n'exige rien de tel. Elle postule uniquement que la justification de la restriction est suffisamment démontrée, aux fins de l'article premier de la *Charte*, dès que la partie qui en demande le maintien montre, à la satisfaction de la Cour et conformément à une certaine norme de preuve, que l'auteur avait des raisons ou des motifs valables d'édicter la règle de droit litigieuse. Démontrer qu'une restriction est justifiée consiste donc principalement à montrer que la décision politique qui la sous-tend (et, par voie de conséquence, la restriction elle-même²⁴) a un fondement rationnel, c'est-à-dire qu'elle est soutenue par au moins une raison valable.

On pourrait croire en conséquence que le contrôle judiciaire de la justification d'une règle de droit aux fins de l'article premier de la *Charte* fondé sur la théorie du fondement rationnel est, à toutes fins pratiques, inexistant. Patrick Monahan et Andrew Petter, par exemple, demandaient :

[H]ow can it ever make sense to claim that a law is "irrational"? Taken literally, this claim suggests that a law has been enacted without reasons. [...] Laws may be enacted for reasons we happen to disagree with, but it seems implausible to suppose that laws are enacted for no reasons at all²⁵.

Pourtant, à la réflexion, cette supposition est parfaitement plausible. D'une part, tous les motifs allégués au soutien d'une mesure restreignant un droit constitutionnel garanti peuvent ne pas constituer des raisons «valables». D'autre part, même si de tels motifs sont valables, ils peuvent ne pas être ceux qui ont «véritablement» motivé l'auteur de la mesure. Par conséquent, si les tribunaux doivent se convaincre, conformément à la norme de preuve acceptée, que la mesure possède un «fondement rationnel», alors ils doivent vérifier (i) si les motifs allégués au soutien de la mesure constituent des raisons «valables» et, le cas échéant, (ii) s'ils sont ceux qui, compte tenu de la meilleure théorie de l'interprétation de l'intention de l'auteur, ont «véritablement»

deau imposé est lui-même rationnellement justifié (par exemple, s'il est proportionnel au bénéfice escompté et s'il existe des moyens moins coûteux d'obtenir le même bénéfice). Voir par ex. l'analyse du contrôle de «rationalité» faite par R.W. Bennet dans «"Mere" Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory» (1979) 67 Cal. L. Rev. 1049.

²⁴ Une restriction à un droit garanti (ou une règle de droit qui lui porte atteinte) est toujours le produit d'une décision politique. Pour cette raison, à toutes fins pratiques, dire qu'une restriction possède un fondement rationnel signifie, de manière elliptique, que la décision politique qui la sous-tend en a un. Dans les deux cas, cela présuppose que l'auteur de la mesure restrictive avait des motifs valables d'agir comme il l'a fait.

²⁵ P. Monahan et A. Petter, «Developments in Constitutional Law: The 1985-86 Term» (1987) 9 Supreme Court L.R. 69 à la p. 109. Le cœur de leur critique portait néanmoins sur une autre question. Les auteurs soutenaient que le simple contrôle d'un lien rationnel entre les moyens et l'objectif n'est pas aussi neutre qu'ont pu le croire certains auteurs. Voir par ex. G. Gunther, «The Supreme Court, 1971 Term—Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection» (1972) 86 Harv. L. Rev. 1. Il requiert toujours, de la part des juges, une évaluation politique des intérêts en présence. La seule fonction réelle du critère du fondement rationnel, soutiennent-ils, est de rendre le processus d'équilibrage moins apparent et, en apparence, plus légitime. Voir Monahan et Petter, *ibid.* à la p. 110.

motivé l'auteur de la mesure. Un certain contrôle judiciaire de la justification des restrictions est donc inévitable.

Pour les fins de cet article, je discuterai uniquement des critères qui permettent d'établir si les motifs allégués peuvent compter comme raisons «valables». Je ne discuterai donc pas des critères qui, en vertu de la meilleure théorie de l'interprétation, permettent d'établir si les motifs allégués constituent «véritablement» ceux de l'auteur. Ce faisant, je ne voudrais pas laisser entendre que la question de la détermination de l'intention de l'auteur soit plus facile que celle que j'aborderai. Disons simplement qu'elle nous est plus familière et, puisqu'elle fait l'objet de débats depuis longtemps, elle apparaît moins urgente²⁶. Je présupposerai donc, pour les fins de la discussion, que les motifs allégués représentent toujours les considérations que l'auteur de la mesure litigieuse a jugé suffisantes (laissant ouverte la question de savoir comment, en vertu de la meilleure théorie de l'interprétation, on doit procéder pour déterminer si les motifs allégués représentent «vraiment» ceux qui ont justifié la mesure²⁷).

Même si dans un premier temps la théorie du fondement rationnel semblait avoir pour objet, dans certains types de litiges, l'assouplissement du critère de l'«atteinte minimale» formulé dans l'affaire *Oakes*²⁸, il est manifeste que certains juges y ont re-

²⁶ J'ai moi-même discuté de la question de l'intention de l'auteur ailleurs. Voir par ex. *Rule of Law*, *supra* note 1 ; «Norme de retenue judiciaire», *supra* note 3 ; L.B. Tremblay, «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels» (1995) 29 R.J.T. 459 [ci-après «Interprétation téléologique»].

²⁷ J'ai mis les mots «vraiment» et «véritablement» entre guillemets dans l'article pour souligner mon désaccord avec une interprétation fondationaliste de l'intention d'un législateur. Une proposition décrivant les motifs «véritables» de l'auteur d'une mesure juridique ne peut dériver que d'une reconstruction de son intention. Plusieurs théoriciens du droit refusent d'utiliser les mots «véritable» ou «vraiment» et tous ses proches parents (par exemple, les mots «vrai» et «vérité») pour signifier leur rupture avec le fondationalisme (voir par ex. P.A. Côté, «La notion d'interprétation manifestement déraisonnable — Vers une redéfinition de l'erreur d'interprétation» dans Conférence des juristes de l'État, *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1992, 107. J'estime, pour ma part, qu'il n'y a pas de bonnes raisons juridiques, morales ou philosophiques de les abandonner. Non seulement ces mots ont-ils un sens régulateur dans notre pratique, mais ils contribuent aussi, de façon constitutive, à lui donner le sens qu'elle a. Voir *Rule of Law*, *supra* note 1 ; «Norme de retenue judiciaire», *supra* note 3 ; «Interprétation téléologique», *supra* note 26.

²⁸ Les premières décisions de la Cour suprême dans lesquelles la théorie du fondement rationnel a joué un rôle normatif semblaient effectivement en restreindre l'application au critère de l'«atteinte minimale». Voir par ex. *Edwards Books*, *supra* note 9 aux pp. 781-83, 794-806 ; *Irwin Toy*, *supra* note 18 aux pp. 992-94, 999-1000 ; *Cotroni*, *supra* note 9 aux pp. 1489-90 ; *Edmonton Journal*, *supra* note 9 aux pp. 1380-82 ; *McKinney*, *supra* note 18 aux pp. 280-81, 285-86 ; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1) c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 à la p. 1197, 77 C.R. (3^e) 1 [ci-après *Renvoi relatif à l'art. 193* avec renvois aux R.C.S.] ; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303 aux pp. 1341 et 1343, 62 C.C.C. (3^e) 193 [ci-après *Chaulk* avec renvois aux R.C.S.]. Voir généralement J. Woehrling, «L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême» dans *Actes des journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux [:] Aspects canadiens et européens*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1992, 3 aux pp. 22 et s.

cours de temps à autre pour atténuer la force de tous les critères justificatifs applicables aux fins de l'article premier de la *Charte*²⁹. Par conséquent, dans ce qui va suivre, les critères de la théorie du fondement rationnel sont conçus pour permettre aux tribunaux de vérifier à chacune des quatre étapes formelles du processus de contrôle judiciaire établies dans l'affaire *Oakes*, le caractère valable des motifs avancés au soutien d'une mesure litigieuse. Ils permettent donc aux juges de vérifier si l'auteur d'une mesure litigieuse avait une raison valable de conclure (i) que l'objectif était suffisamment important, urgent et réel ; (ii) que le moyen choisi permettait ou contribuerait d'une certaine manière à atteindre l'objectif (soit en causant l'état de chose visé, soit en aidant ou en facilitant sa réalisation) ; (iii) que ce moyen n'imposait pas un coût ou un fardeau inutile ou déraisonnable sur les droits garantis, compte tenu de l'objectif à atteindre et des autres moyens disponibles ; et (iv) que ce coût ou ce fardeau serait compensé par le bénéfice obtenu par la réalisation de l'objectif visé (la proportionnalité proprement dite)³⁰. Je ne ferai donc pas de distinction entre le contrôle d'un motif avancé aux fins de la justification de l'objectif ou aux fins de la justification de la proportionnalité.

II. Les traits constitutifs d'un motif valable

Selon la théorie du fondement rationnel, une restriction aux droits garantis est justifiée s'il est démontré à la Cour, conformément à une certaine norme de preuve, que la décision politique qui la sous-tend (et, par voie de conséquence, la restriction

²⁹ Voir par ex. *Andrews*, *supra* note 9 aux pp. 184-86 ; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591 aux pp. 627-28, 58 D.L.R. (4^e) 317 ; *Butler*, *supra* note 17 aux pp. 501-04 ; *Dickason*, *supra* note 15 aux pp. 1122-23, 1194-96 ; *RJR-MacDonald*, *supra* note 16 aux pp. 269-73, 276-84, 290-94, 305-06, 319-20 ; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 aux pp. 572-77, 124 D.L.R. (4^e) 609 ; *Ross*, *supra* note 13 aux pp. 871-72, 881-82. Voir généralement R. Elliot, «Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term» (1991) 2 (2^e) *Supreme Court L.R.* 83 ; M. Dassios et P. Prophet, «Charter Section 1: The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada» (1993) 15 *Advocates' Quarterly* 289 ; E.P. Mendes, «The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1» dans G.-A. Beaudoin et E.P. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 99.

³⁰ Ces propositions ne font que reprendre les critères spécifiques du «test de *Oakes*» : une restriction aux droits et libertés est constitutionnellement justifiée aux fins de l'article premier si, et seulement si, (1) l'objectif que vise la règle de droit est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» et (2) les moyens choisis pour réaliser l'objectif sont raisonnables et justifiables dans une société libre et démocratique. Pour qu'un objectif soit jugé «suffisamment important», il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles» et ne pas être contraire aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique. Pour que les moyens choisis soient jugés raisonnables et justifiables, ils doivent (a) avoir un lien rationnel avec l'objectif, (b) être de nature à porter le moins possible atteinte aux droits et libertés en question et (c) avoir un effet «préjudiciable» sur les droits et libertés des individus et des groupes qui soit proportionnel à l'importance de l'objectif et aux effets bénéfiques réels qu'il permet de produire. Voir *Oakes*, *supra* note 7 aux pp. 138-40.

elle-même) est «rationnellement fondée», c'est-à-dire qu'elle est soutenue par au moins une raison valable. Prenons un exemple. Une loi nie aux prisonniers le droit de voter aux élections générales. En supposant qu'elle restreigne un droit constitutionnel garanti, la question qui nous occupe est de savoir si cette mesure législative est justifiée. Pour quelle(s) raison(s) le législateur a-t-il donc décidé d'édicter cette loi ? Quel était ou quels étaient ses motifs ? La réponse pourrait prendre diverses formes. On pourrait alléguer, par exemple, que le législateur a estimé que les prisonniers n'étaient pas suffisamment informés pour participer adéquatement à un scrutin, ou encore que les scrutins ne peuvent pas être adéquatement tenus en prison, ou bien encore que les criminels ne méritent pas de participer au processus électoral. Mais s'agit-il là de trois motifs valables ? Le cas échéant, pourquoi ? À quoi reconnaît-on un motif valable ? Quels sont les critères généraux qui établissent les attributs ou les traits «formels» d'un motif valable ?

Dans ce qui va suivre, je fournirai les principaux critères qui guident ou devraient guider les juges lorsqu'ils se demandent si une restriction aux droits garantis est justifiée au sens de la théorie du fondement rationnel. Certes il n'est pas possible de les identifier tous. Néanmoins, il est possible d'identifier les principaux à partir d'une lecture du discours juridique et politique conçu comme discours pratique rationnel³¹. La liste que je proposerai ne sera toutefois pas exhaustive et chaque critère avancé ouvrira nécessairement la voie à des analyses et des recherches plus pointues (et, avec un peu de chance, à un débat). Bien que mes exemples soient uniquement tirés du domaine législatif, je rappelle que la théorie du fondement rationnel concerne, en principe du moins, toutes les formes de décisions politiques et d'actions gouvernementales dont la justification est soumise à une forme de contrôle judiciaire empreint de «déférence».

A. Les raisons «justificatrices» et les raisons «explicatives»

Pour être valables, les motifs allégués doivent pouvoir «diriger» ou «guider» le jugement même qui est à la base de la mesure gouvernementale ou législative. Ils doivent constituer des «faits»³² de nature morale, économique, politique, scientifique, institutionnelle, juridique ou religieuse, ou autrement sociale qui, en tant que tels, peuvent être considérés par un agent pour déterminer si telle mesure devrait être édictée ou telle conduite devrait être adoptée. Un motif valable est donc une considération morale, économique, politique, scientifique, institutionnelle, juridique, reli-

³¹ Les philosophes de la morale expriment parfois cette idée en termes de «règles» du langage ordinaire ou de nos conventions morales communes à propos de ce qui peut ou ne peut pas compter comme une raison valable. Voir J.L. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, New York, Penguin, 1977 à la p. 79 ; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, c. 10.

³² Le mot «fait» est utilisé dans un sens large qui inclut non seulement les faits entendus dans le cadre d'une ontologie réaliste, mais tous les faits construits à l'intérieur d'une pratique discursive. J'ai abordé cette question dans «Norme de retenue judiciaire», *supra* note 3.

gieuse ou autre, qui d'une certaine manière appuie, soutient ou parle en faveur d'une décision législative ou gouvernementale donnée. Par exemple, le fait que les prisonniers ne soient pas suffisamment informés pour participer adéquatement à un scrutin, ou que des scrutins ne puissent pas être adéquatement tenus en prison, ou encore que les criminels ne méritent pas de participer au processus électoral pourraient, sans plus d'analyse, constituer trois motifs valables d'édicter la mesure. Ils peuvent, par hypothèse, pousser un agent à croire que les prisonniers ne devaient pas avoir le droit de voter aux élections et qu'il convient à cette fin d'édicter la mesure litigieuse.

Un motif valable est donc un genre particulier de «raison» qui contribue à rendre compte du comportement humain. Il constitue ce qu'on pourrait nommer une «raison directrice» ou «justificatrice». Ce point mérite d'être rappelé brièvement puisque, dans notre tradition linguistique, il existe au moins un autre usage du mot «raison» et même, parfois, du mot «motif»³³. Il arrive que nous les utilisions dans des contextes où l'on cherche principalement à comprendre les *causes* de la conduite (action, décision, jugement) d'un agent. C'est le contexte de l'«explication». Par exemple, si vous cherchez à comprendre pourquoi votre voisin de palier a crié l'autre nuit, vous cherchez généralement la ou les «raisons» qui peuvent expliquer le fait que l'acte a eu lieu. La réponse attendue devrait donc prendre la forme d'un ou plusieurs «facteurs» (événement, action, phénomène) qui ont occasionné ou produit l'acte de crier pendant la nuit. On pourrait répondre par exemple que votre voisin a crié parce qu'il a fait un cauchemar, parce qu'il a échappé un pot d'eau sur son gros orteil, parce qu'il a fait une crise d'appendicite, parce que son colocataire lui a fait faire un saut, parce qu'il a voulu faire peur au chat de sa voisine, ou encore parce qu'il est fou. Dans tous ces cas, les «raisons» sont conçues comme des causes : elles contribuent à expliquer ce *par quoi* l'acte a eu lieu. Ce sont des «raisons explicatives»³⁴.

Il est inconcevable que des règles de droit puissent être édictées sans «raison explicative». Il existera toujours des facteurs qui occasionneront les règles juridiques et qui contribueront à expliquer et à nous faire comprendre psychologiquement, historiquement, sociologiquement, politiquement, ou autrement, le fait qu'un législateur (ou autre agent gouvernemental) ait adopté telle ou telle mesure ou conduite à un moment donné. Cependant, de telles raisons ne constituent pas automatiquement des motifs valables au sens de la théorie du fondement rationnel³⁵.

³³ Ces deux usages ont fait l'objet de nombreux débats en philosophie, notamment dans les travaux sur la nature du raisonnement pratique. Voir par ex. J. Raz, dir., *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

³⁴ L'importance des raisons explicatives dans la compréhension des actions, décisions, jugements des agents est un thème central en sciences humaines (sociologie, économie, psychologie, politique, anthropologie, histoire), notamment dans le champ de l'herméneutique. Voir par ex. P. Winch, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1958.

³⁵ Par exemple, on peut supposer qu'une mode écologiste pourrait constituer l'une des «raisons» expliquant pourquoi le législateur a édicté une certaine mesure législative sur la pollution environnementale. Toutefois, on ne saurait déduire de cette explication que la mode écologiste constitue un mo-

Pour être admissibles à ce titre, les raisons avancées doivent aussi constituer des raisons «directrices» ou «justificatrices». Elles doivent être d'une nature telle qu'elles puissent être considérées par un agent rationnel qui délibère relativement à ce qu'il doit faire mais elles doivent aussi le guider dans le processus de décision. Une raison ne peut être valable que si elle possède un certain lien structural substantiel avec la décision politique et/ou l'acte qui s'ensuit et si ce lien en est un de soutien. Une raison valable doit donc indiquer (explicitement ou implicitement) un aspect d'un fait, soit l'un de ses traits ou l'une de ses conséquences, qui en lui-même soutient la décision ou l'acte en question. Elle doit être telle qu'elle puisse être considérée comme une «justification» de la conduite. Par exemple, le motif selon lequel les prisonniers ne méritent pas de voter aux élections pourrait «justifier» (ou contribuer à) la décision d'édicter une loi leur niant le droit de voter puisqu'il indiquerait un trait du droit de vote (l'importance de le mériter) et un trait des prisonniers (leur démerite) qui ensemble soutiendraient la mesure législative. Ainsi, le fait que les prisonniers ne méritent pas de voter aux élections pourrait *formellement* constituer un motif valable aux fins de la théorie du fondement rationnel³⁶ et pourrait pousser un législateur à édicter la mesure.

En ce sens, une règle de droit pourrait être édictée sans «raison». Cela ne signifierait évidemment pas que la mesure ait été édictée sans cause. Une partie pourrait être parfaitement capable de montrer à la Cour les causes (ou raisons explicatives) sociales, psychologiques, historiques, politiques ou institutionnelles permettant de comprendre pourquoi le législateur a édicté la règle de droit, mais elle pourrait demeurer incapable d'avancer une seule raison valable pouvant la justifier. Il n'est donc pas suffisant pour une partie demandant le maintien d'une restriction aux droits garantis, de montrer que son auteur avait une «raison» de l'adopter. Pour conclure à l'existence d'un «fondement rationnel», le motif avancé doit être capable de justifier ce *pour quoi* la mesure a été édictée.

Il y a souvent un recoupement entre les motifs valables et les raisons explicatives. Lorsque la décision d'un législateur a effectivement été guidée par un seul motif valable donné (ou elle en a autrement tenu compte), on pourrait expliquer cette décision par le motif lui-même. Par exemple, le fait que les prisonniers ne méritent pas de voter aux élections pourrait constituer au moins indirectement l'une des causes expliquant la décision du législateur d'édicter la mesure législative leur interdisant de voter. Cependant, ce n'est pas toujours le cas. D'une part, il peut exister des motifs valables d'adopter une conduite qui ne contribuent en rien à expliquer son adoption. Ce serait le cas, par exemple, si un législateur n'avait pas tenu compte du fait que les prisonniers ne méritent pas de voter alors que, par hypothèse, il s'agirait là d'une bonne raison de leur enlever le droit de vote. D'autre part, il existe des raisons explicatives qui ne sauraient compter comme motif valable. Ce serait le cas, par exemple, si à la question de savoir «pourquoi le législateur a-t-il édicté la loi interdisant le droit de vote des

tif valable qui contribuerait à la justification de la mesure, même au sens de la théorie du fondement rationnel.

³⁶ Il est évident que je ne me prononce pas sur le bien-fondé de cette raison.

prisonniers ?», on répondait que le Parlement était en session et que la majorité des députés de la chambre ont voté en sa faveur.

B. Une force justificatrice indépendante des simples états d'esprit de l'agent

Pour être valables, les motifs allégués doivent posséder une force justificatrice indépendante des simples états d'esprit de l'agent, tels les croyances, les passions, les peurs et les volitions. Il est vrai que ces états d'esprit peuvent, dans certains contextes, pousser un agent à se diriger dans un certain sens. Néanmoins, aux fins de la théorie du fondement rationnel, ils doivent être conçus comme des raisons explicatives³⁷. J'illustrerai ce critère en utilisant deux types de fait : les croyances et les volitions.

Les «croyances» d'un agent que certains faits justifient une action donnée ne peuvent pas constituer en elles-mêmes des motifs valables de poser l'acte³⁸. Les croyances, en tant que telles, sont des simples états d'esprit. Elles ne possèdent ni la consistance ni l'identité fournissant le type de soutien matériel nécessaire pour justifier une conduite donnée. Ce sont les faits eux-mêmes, c'est-à-dire l'objet de ces croyances, qui peuvent ou non constituer des raisons valables d'agir dans un sens donné. Supposons par exemple qu'un législateur ait adopté une loi sur les mesures d'urgence pour le motif qu'il a «cru» que l'armée chinoise était aux portes de Vancouver et qu'elle s'apprêtait à envahir le Canada. Ce serait le fait que l'armée chinoise soit aux portes du Canada et s'apprêterait à l'envahir qui constituerait le motif d'édicter la loi, et non la croyance que l'armée chinoise s'y trouve. Le fait qu'une armée étrangère soit aux portes d'un pays et s'apprête à l'envahir possède certainement des caractéristiques qui peuvent soutenir rationnellement une loi sur les mesures d'urgence. Mais la croyance elle-même, par opposition à son objet, est un fait de nature purement psychologique. Elle ne possède, en elle-même, aucune force justificatrice. Bien entendu, puisqu'une croyance peut pousser un législateur à agir dans un sens plutôt que dans un autre, le fait que le législateur «croit» une chose plutôt qu'une autre peut contribuer à «expliquer» la décision d'édicter la loi en question. Cependant, le seul fait de «croire» une chose ne peut contribuer à la justifier, et ne saurait en conséquence constituer une raison valable d'édicter la loi.

³⁷ Les préférences subjectives ou désirs sont des états d'esprit qui peuvent, dans certains contextes, constituer des raisons d'agir tout à fait valables. Par exemple, le fait que «j'aime la crème glacée» est certainement une raison valable d'en acheter. Toutefois, dans ce type de cas, on présuppose une norme qui énonce quelque chose comme «il est bien de satisfaire ses désirs». En d'autres mots, le fait même d'avoir un désir est transformé en valeur normative dont la force est indépendante de l'état d'esprit lui-même. Voir la partie II.D. sur les jugements de valeur et la partie II.E. sur le raisonnement pratique, ci-dessous.

³⁸ Bien entendu, les croyances peuvent constituer, dans certains cas, une bonne raison d'excuser la conduite de l'agent. Cependant, je soutiens qu'elles ne sauraient la justifier. La distinction entre une justification et une excuse est familière aux juristes, principalement dans le contexte du droit criminel.

Cette distinction pourrait apparaître académique puisque la formulation même des raisons valables d'agir constitue toujours l'expression de croyances. Néanmoins, comme on le verra plus bas, la distinction est très importante. Si la croyance d'un agent pouvait être considérée, en elle-même, comme une justification valable, il s'ensuivrait alors que des décisions ou des actes qui paradoxalement nous apparaissent totalement arbitraires, seraient «justifiées». On devrait alors légitimement se demander quel est le sens de la pratique qui consiste à établir la justification ou la rationalité d'une action ou d'une décision et, conséquemment, quel est l'objet de l'article premier de la *Charte*. Une mesure prescrivant d'enfermer tous les intellectuels pro-Chinois dans des camps de concentration pour le motif que le législateur *a cru* que l'armée chinoise se trouvait aux portes de Vancouver serait «justifiée», même si dans les faits l'armée ne s'y trouvait point. Une mesure prescrivant l'internement d'un groupe de femmes posséderait un fondement «rationnel» si le législateur «croyait» que ces femmes étaient des sorcières. Une loi interdisant aux enfants de porter des manches courtes durant les jours de congé serait «justifiée» si elle se fondait sur la «croyance» du législateur que le bronzage des bras a une incidence négative sur le décrochage scolaire.

Convenons donc que les raisons alléguées, pour être valables, doivent posséder une certaine indépendance ou «objectivité»³⁹ par rapport aux croyances du législateur ainsi qu'une certaine force justificatrice. Il s'ensuit qu'une raison donnée pourrait justifier une mesure, même si le législateur ne la connaissait pas, ne la croyait pas, ou encore s'il estimait qu'elle ne la justifiait pas du tout.

Il en est de même des volitions. Le simple fait qu'un agent «veuille» faire une chose ne saurait constituer ni en lui-même, ni en général, un motif valable de poser l'acte voulu. Les volitions sont des états d'esprit. Elles ne possèdent ni la consistance ni l'identité pour fournir le type de soutien matériel nécessaire pour justifier une conduite donnée. Ce sont les considérations qui poussent un agent à vouloir agir dans un sens donné qui peuvent ou non constituer des raisons valables d'agir. Supposons par exemple qu'un matin votre conjoint vous annonce sans préavis qu'il vous quitte. Vous allez certainement lui demander «Pourquoi ?». S'il répondait simplement «Parce que je le veux», vous estimeriez, à juste titre, que la réponse n'est pas valable. Vous voudriez connaître les considérations à partir desquelles il a pris sa décision. Vous vous attendriez à ce que ces considérations, bien qu'elles puissent être contestables, aient un certain rapport substantif avec la décision de partir. Or, la réponse «Parce que je le veux» pointe vers un fait de nature purement psychologique, soit la volonté, dont la matière est incapable de soutenir rationnellement une décision pratique. Il s'ensuit que si votre conjoint était incapable de vous fournir une autre «raison», vous pourriez légitimement conclure que sa décision était arbitraire. Elle n'aurait pas plus de force

³⁹ Pour mes propos, il n'est pas nécessaire d'entrer dans un débat sur la nature de l'«objectivité», notamment l'objectivité des motifs directeurs, ni de montrer en quoi d'autres états d'esprit, tels que les désirs et les peurs d'un agent, pourraient posséder le type d'objectivité suffisant dans certains contextes (voir *supra* note 37).

justificatrice que la réponse : «Parce que c'est comme ça !». Bien entendu, puisque les volitions peuvent pousser un agent à se comporter d'une façon plutôt que d'une autre, elles peuvent contribuer à faire comprendre, à «expliquer», les comportements humains. Toutefois, elles ne peuvent contribuer à les justifier. Les actes de volonté d'un agent sont des faits psychologiques et, par opposition aux considérations qui peuvent les provoquer, ne sauraient constituer des motifs valables d'agir dans un sens donné.

On pourrait croire que ce qui précède va suffisamment de soi pour ne pas avoir à insister davantage. Mais ce serait une erreur. Notre discours juridique et politique accorde souvent la thèse selon laquelle le seul fait qu'un agent politique (législateur, roi ou peuple) «décide» une chose ou «veille» qu'une chose soit accomplie puisse justifier le contenu de la décision ou la chose voulue. Pensons par exemple à la position de certains souverainistes québécois pour qui la «volonté» du peuple (ou de sa majorité) ou la «volonté» de l'Assemblée nationale (ou de sa majorité) de faire sécession, qu'elle soit exprimée par référendum ou par une déclaration unilatérale, constitue une justification suffisante de l'acte de sécession lui-même⁴⁰. Pensons à tous ces gouvernements qui soutiennent que ce qu'ils ont décidé pour leur nation doit échapper à l'ingérence (voire la critique) extérieure. Pensons à la doctrine orthodoxe de la souveraineté du Parlement qui énonce que la «volonté» du législateur constitue une source suffisante du droit et de son sens aux fins de l'interprétation des lois. Cette doctrine présuppose qu'une mesure législative puisse être justifiée (et doit être reconnue comme telle) dès lors qu'elle a été voulue par le Parlement⁴¹.

On aurait pu penser que ce discours se serait évaporé après l'avènement de la *Charte*, mais il n'en fût rien. De nombreux juristes croient toujours que le seul fait que la législature «veille» ou «décide» une chose constitue une justification suffisante de ce qui est voulu et décidé. Pour certains d'entre eux, cette thèse constitue même la raison pour laquelle, à l'article premier de la *Charte*, le pouvoir judiciaire doit faire preuve de déférence à l'égard des décisions politiques dont l'objet ou l'effet

⁴⁰ Il est certain que tous les souverainistes ne partagent pas ce point de vue. Pour plusieurs, la sécession est justifiée sur la base de considérations distinctes liées, par exemple, au statut moral des peuples, à la rigidité du fédéralisme canadien, aux nombreux chevauchements de pouvoirs, à l'économie, etc.

⁴¹ Voir généralement *Rule of Law*, *supra* note 1, c. 3. Il faut rappeler que cette doctrine concerne d'abord et avant tout l'autorité du Parlement (notamment le rapport politique entre le Parlement et les tribunaux). Cependant, elle incarne aussi la question de la *souveraineté* proprement dite, comme je le rappellerai ci-dessous. Comme l'écrivait Corry :

[The] sovereign is a representative legislature which acts and speaks for the community. Its rules, or laws, are binding because they emanate from the legislature as the declared will of its members. So we are inevitably preoccupied with the intention of Parliament. [...] [A]ny new rule which is to have the imperative character of law must be attributed to this source, to the will and intention of Parliament (J.A. Corry, «The Interpretation of Statutes» dans E.A. Driedger, dir., *The Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, 251 à la p. 251).

Voir aussi P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1990.

est de restreindre les droits constitutionnels garantis. Jacques Gosselin, dans une critique du contrôle judiciaire de l'importance des objectifs législatifs, soutenait ceci :

En principe, toute législation est adoptée pour prévenir ou régler des problèmes sociaux. *On pourrait donc penser que l'adoption d'une loi suffit en elle-même à indiquer son importance.* C'est pourquoi il nous semble que déclarer qu'un objectif législatif ne se rapporte pas à des préoccupations urgentes et réelles pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important dans notre société, c'est, d'après nous, remettre en question, non seulement les moyens choisis pour agir, *mais également la décision même du législateur d'agir* [nos italiques]⁴².

Il semble donc, dans le contexte politique, que la réponse «Parce que je le veux» puisse être suffisante. Mais est-ce vrai ? Le seul fait qu'un législateur «veuille» prohiber une conduite X constitue-t-il en soi un motif valable qui justifie cette prohibition ? Les volitions du législateur possèdent-elles, aux fins de la théorie du fondement rationnel, une force justificatrice des actes qui en découlent ? Dans ce qui va suivre, je répondrai non à ces questions. Dans une première sous-section, je soutiendrai que la thèse qui sous-tend une réponse affirmative constitue une version de la théorie classique de la souveraineté ou de ce que l'on pourrait aussi appeler le «décisionisme»⁴³. J'avancerai alors quelques arguments qui montrent pourquoi cette théorie est mal fondée et qu'elle devrait être rejetée. Dans une seconde sous-section, je maintiendrai qu'une confusion entre le concept de souveraineté et celui d'autorité pourrait expliquer pourquoi tant de gens adhèrent encore à la théorie de la souveraineté.

1. La souveraineté

La théorie classique de la souveraineté découle de la théorie politique de la souveraineté héritée de Jean Bodin, Thomas Hobbes et Jean-Jacques Rousseau, de la théorie juridique du positivisme élaborée par Jeremy Bentham et John Austin et de la doctrine orthodoxe de la souveraineté du Parlement telle que cristallisée à la fin du 19^{ième} siècle par Albert V. Dicey⁴⁴. Elle se caractérise notamment par l'importance conceptuelle et normative qu'elle accorde à la «volonté» du souverain dans les sphères juridique et politique. La théorie de la souveraineté énonce que dans chaque État il existe, et doit logiquement exister, une autorité suprême, soit le souverain, dont le pouvoir de commander et d'imposer sa volonté à tous les autres est perpétuel, inaliénable, indivisible et absolu. Le souverain n'a donc de compte à rendre à personne. Il n'est le sujet de personne. Il est même pré-juridique : il est au dessus des lois qu'il peut édicter et abroger à sa guise. Le droit positif est composé de tous ses comman-

⁴² J. Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991 à la p. 90.

⁴³ Le décisionisme est une théorie politique qui fonde la légitimité des décisions politiques sur le fait qu'elles sont des «décisions». L'extrait de l'ouvrage de Gosselin, *ibid.*, procède du décisionisme.

⁴⁴ Dans *Rule of Law*, *supra* note 1 aux pp. 194-201, j'ai soutenu que la doctrine de la souveraineté du Parlement dérivait de la théorie politique classique de la souveraineté et non pas, comme on le croit trop souvent, de la théorie démocratique.

dements et c'est sa «volonté» qui en constitue la source ultime. Par conséquent, la validité des coutumes locales, des pouvoirs, des droits ou des privilèges des citoyens, des corporations ou des gouvernants dans l'État dérive directement de cette volonté⁴⁵.

Bodin, par exemple, soutenait que les mots «car tel est notre bon plaisir» énoncés à la fin des édits et des ordonnances signifiaient qu'indépendamment du fait que les lois du souverain «fussent fondées en bonnes et vives raisons», elles ne dépendaient «que de sa pure et franche volonté»⁴⁶. Le souverain ne pouvait donc pas être soumis aux lois : «il est impossible par nature de se donner la loi, non plus que commander à soi-même chose qui dépende de la volonté»⁴⁷. Pour Hobbes, les lois positives «are those which have not been from eternity; but have been made laws by the *will* of those that have had the sovereign power over others» [nos italiques]⁴⁸. C'est cette volonté qui donne aux lois leur autorité et leur force :

[A]ll laws, written and unwritten, have their authority and force, from the will of the commonwealth; that is to say, from the will of the representative; which in a monarchy is the monarch, and in other commonwealths the sovereign assembly⁴⁹.

Cette volonté s'exprime par des commandements. Or, un commandement «is, where a man saith, *do this*, or *do not do this* [italiques dans l'original], *without expecting other reason than the will of him that says it* [nos italiques]»⁵⁰. De là, il s'ensuit «manifestly, that he that commandeth, pretendeth thereby his own benefit: for *the reason of his command is his own will only*, and the proper object of every man's will, is some good to himself» [nos italiques]⁵¹. Pour Rousseau, la loi était l'expression de la «volonté générale», c'est-à-dire la volonté du peuple de citoyens qui incarnent la souveraineté⁵². Sieyès écrivait :

La nation existe avant tout, elle est à l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au dessus d'elle il n'y a que le droit *naturel* [...]. De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême [italiques dans l'original]⁵³.

⁴⁵ Cette description constitue un raccourci suffisant pour mes fins. La théorie de la souveraineté est complexe et, selon l'angle choisi pour l'analyser, on pourrait contester cette description. Voir par ex. W.J. Stankiewicz, *Aspects of Political Theory: Classical Concepts in an Age of Relativism*, Londres, Collier MacMillan, 1976, c. 4. À mon avis, Stankiewicz sous-estime l'importance que joue la volonté du souverain dans la théorie de la souveraineté.

⁴⁶ J. Bodin, *Six Livres de la République*, Lyon, Gabriel Cartier, 1593, livre 1, c. 7 et 8.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ T. Hobbes, *Leviathan*, Oxford, Oxford University Press, 1996, c. 26 aux pp. 189.

⁴⁹ *Ibid.* à la p. 178.

⁵⁰ *Ibid.* à la p. 169.

⁵¹ *Ibid.* Voir aussi *ibid.*, c. 26.

⁵² Voir J.J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Garnier Flammarion, 1966 aux pp. 50-52.

⁵³ E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Genève, Droz, 1970 aux pp. 180 et 183. Sieyès écrivait aussi que la volonté nationale «n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine

Dans le même esprit, le positivisme juridique fondé sur les travaux de Bentham et Austin concevait une règle de droit comme «an assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the *sovereign* in a state» [italiques dans l'original]⁵⁴ et le droit comme l'ensemble des commandements qui exprime ces volitions⁵⁵. Dicey lui-même révélait clairement sa filiation théorique en cristallisant la doctrine orthodoxe de la souveraineté du Parlement en droit constitutionnel anglais : «under the English constitution, Parliament does constitute such a supreme legislative authority or sovereign power as, according to Austin and other jurists, must exist in every civilised state»⁵⁶. Bien que cette souveraineté puisse ne pas avoir une signification politique déterminante⁵⁷, «[t]he plain truth is that as a matter of law Parliament is the sovereign power in the state»⁵⁸. Selon lui, l'exposé classique sur le sujet se trouvait dans les *Commentaries* de Blackstone :

The power and jurisdiction of Parliament, says Sir Edward Coke, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds. [...] It hath sovereign and uncontrollable authority in the making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws [...] this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms. [...] It can, in short, do everything that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call its power, by a figure rather too bold, the omnipotence of Parliament⁵⁹.

Ainsi, la proposition selon laquelle le Parlement ne pouvait lier ses successeurs par une loi était analytiquement vraie :

de toute légalité» (*ibid.* à la p. 182). «Une nation est indépendante de toute forme ; de quelque manière qu'elle veuille, il suffit que sa volonté paraisse, pour que tout droit positif cesse devant elle comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif» (*ibid.* à la p. 183).

⁵⁴ J. Bentham, *Of Laws in General*, Londres, Athlone Press, 1970 à la p. I.

⁵⁵ Voir *ibid.* Voir aussi J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

⁵⁶ A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution and the Uses of Study of Jurisprudence*, 10^e éd., New York, Noonday Press, 1959 à la p. 61. Voir aussi Sir W.I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, University of London Press, 1960 à la p. 160 ; G. Marshall, *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971, c. 3 ; R.F.V. Heuston, *Essays in Constitutional Law*, Londres, Stevens, 1961, c. 1.

⁵⁷ Dicey reprochait à Austin de n'avoir pas fait la différence entre la souveraineté qui réside dans l'ensemble des électeurs et qui est significative d'un point de vue politique et la souveraineté juridique qui réside dans le Parlement. Voir Dicey, *ibid.* aux pp. 71-76.

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 75.

⁵⁹ *Ibid.* aux pp. 41-42. Les pouvoirs du Parlement sont, en droit, ceux d'un despote et, si on s'en tenait uniquement à la lecture de cette doctrine, nous pourrions croire que le Royaume-Uni est soumis à une dictature. Dicey, *ibid.* à la p. 145, écrivait : «The one fundamental dogma of English constitutional law is the absolute legislative sovereignty or despotism of the King in Parliament». Voir aussi W. Bagehot, *The English Constitution*, Londres, Chapman & Hall, 1867 à la p. 201 : «The ultimate authority in the English Constitution is a newly-elected House of Commons [...] a new House of Commons can despotically and finally resolve [...] it is absolute [...] it can rule as it likes and decide as it likes».

The logical reason why Parliament has failed in its endeavours to enact unchangeable enactments is that a sovereign power cannot, while retaining its sovereign character, restrict its own powers by any particular enactment. [...] "Limited Sovereignty", in short, is in the case of a Parliamentary as of every other sovereign, a contradiction in terms⁶⁰.

Pour lui, «[t]he characteristics of Parliamentary sovereignty may be deduced from the term itself»⁶¹.

Bref, en vertu de la théorie classique de la souveraineté, la source, le fondement, la validité et la force obligatoire de la loi procèdent de la volonté du souverain et ce dernier n'est pas tenu de montrer que ses commandements sont soutenus par des bonnes raisons. Le seul fait que le souverain ait voulu édicter une loi donnée constitue une justification suffisante de son contenu, indépendamment des considérations plus substantielles qui auraient pu provoquer cette volonté. Pour cette raison, la volonté suffit pour déterminer à sa convenance le juste et l'injuste, le justifiable et l'injustifiable, le raisonnable et le déraisonnable, le bon et le mauvais, les droits et les torts, sans avoir à faire appel à des normes, standards, ou encore à des considérations extérieures, divines, morales ou sociales. Bodin soutenait que même si l'État souverain était un État de justice, le juste était déterminé par la volonté du souverain. Ainsi, comme le soutient Gérard Mairet :

Le souverain [...] est le seul à juger et à interpréter à qualité ce qu'il faut entendre par «loi naturelle et divine». [...] En effet, la souveraineté est cette puissance qui ne connaît aucune puissance supérieure : elle est absolue, c'est-à-dire solitaire et parfaite. Par définition même, il n'est aucune puissance qui puisse légitimement s'imposer au souverain⁶².

⁶⁰ Dicey, *ibid.* à la p. 68. Dicey cite aussi, à la p. 64, un passage de Francis Bacon (du début du 17^e siècle) au même effet. Sur les propositions analytiques décrivant la souveraineté, voir G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1957.

⁶¹ Dicey, *ibid.* à la p. 87. Les théoriciens contemporains du droit constitutionnel britannique se sont généralement éloignés de la théorie politique de la souveraineté. Pour eux, les caractéristiques de la «souveraineté» attribuées au Parlement du Royaume-Uni ne sont pas logiquement déduites de la nature métaphysique d'un souverain comme étant «nécessaires». Elles sont des propriétés contingentes, propres à l'histoire constitutionnelle britannique, observables empiriquement et reconnues par les tribunaux par des règles. Voir Marshall, *ibid.*, c. 2 à la p. 9 ainsi que les extraits cités à la note 1. Voir aussi H.W.R. Wade, «The Basis of Legal Sovereignty» [1955] Cambridge L.J. 172 ; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 à la p. 145 [ci-après *Concept of Law*] : «no necessity of logic, still less of nature, dictates that there should be such a Parliament; it is only one arrangement among others, equally conceivable, which has come to be accepted with us as the criterion of legal validity».

⁶² G. Mairet, *Le Principe de souveraineté [:] histoire et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1997 à la p. 32 [ci-après *Principe de souveraineté*]. Voir aussi J.H. Franklin, *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory*, 1^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1973. Il faut préciser que le rapport entre le souverain et la loi divine ou naturelle est ambigü dans la théorie de Bodin et, à mon avis, incohérent. D'une part, la puissance souveraine est absolue et sans limite ; elle peut déterminer le juste et l'injuste. Voir Bodin, *supra* note 46, livre 1, c. 8. D'autre part, elle est soumise à la loi divine ou naturelle puisque «tous les princes de la terre y sont sujets, et n'est pas en leur puissance d'y

Pour Hobbes, il n'existait pas de lois «injustes» :

By a good law, I mean not a just law: for no law can be unjust. The law is made by the sovereign power, and all that is done by such power, is warranted, and owned by every one of the people; and that which every man will have so, no man can say is unjust⁶³.

Pour Rousseau, la volonté générale était «toujours droite»⁶⁴ et ceux qui étaient en désaccord avec les décisions du souverain étaient donc dans l'erreur, indépendamment de la qualité des motifs substantiels en faveur des positions respectives⁶⁵. Par conséquent, en vertu de cette théorie, ce que le souverain décide est justifié pour le seul motif qu'il l'a décidé. Le droit est *voluntas* et non *ratio*⁶⁶.

La théorie politique et juridique de la souveraineté est néanmoins étrange. Il n'est pas facile de comprendre pourquoi la réponse «Parce que je le veux» du souverain serait moins arbitraire que celle de votre conjoint. En effet, il n'y a pas plus de connexion matérielle entre la volition et le contenu de l'acte voulu dans un cas que dans l'autre. Comment en est-on donc venu à croire que de simples états d'esprit puissent

contrevenir» (*ibid.*) et que la finalité de la République est la justice. Cette contradiction, maintes fois relevée, qui n'a de sens qu'en séparant conceptuellement l'ordre théologique et/ou moral de l'ordre politique et/ou juridique, se retrouve au cœur de toutes les théories classiques de la souveraineté. Voir par ex. G.H. Sabine et T.L. Thorson, *A History of Political Theory*, 4^e éd., Hinsdale (Ill.), Dryden Press, 1973 aux pp. 379-82 ; F. Neumann, «The Change in the Function of Law in Modern Society» dans F. Neumann, *The Democratic and the Authoritarian State*, Glencoe (Ill.), Free Press, 1957, 22 aux pp. 22-26. Néanmoins, pour une défense de la position de Bodin, voir S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, Paris, Presses universitaires de France, 1989 aux pp. 98-99 et le c. 3 généralement.

⁶³ Hobbes, *supra* note 48, c. 30 à la p. 230. Hobbes écrivait aussi : «laws are the rules of just, and unjust; nothing being reputed unjust, that is not contrary to some law. Likewise, that none can make laws but the commonwealth [...]. The legislator in all commonwealths, is only the sovereign» (*ibid.*, c. 26 à la p. 176). Ces passages nécessiteraient plusieurs commentaires. Il suffit de rappeler qu'ils ne signifient pas que pour Hobbes il n'existe aucun standard critique supérieur de ce que signifie une bonne loi. Hobbes soutient au début du chapitre 30 que :

The office of the sovereign, (be it a monarch or an assembly,) consisteth in the end, for which he was trusted with the sovereign power, namely the procuration of *the safety of the people*; to which he is obliged by the law of nature, and to render an account thereof to God, the author of that law, and to none but him [italiques dans l'original] (*ibid.* à la p. 222).

Une bonne loi se caractérise donc par le fait qu'elle est nécessaire au bien du peuple et qu'elle est claire. Ce n'est pas une tâche facile que de réconcilier la théorie de la souveraineté avec ce type d'exigences et, plus généralement, avec le fait que plusieurs philosophes de la souveraineté croient qu'il existe une certaine moralité naturelle et/ou divine. Voir mes commentaires, *supra* note 62.

⁶⁴ Rousseau, *supra* note 52 à la p. 66.

⁶⁵ *Ibid.* c. 2 à la p. 149. À mon avis, cette position selon laquelle les minorités ont nécessairement tort est une conséquence logique de toutes les théories de la souveraineté.

⁶⁶ H.J. Laski exprimait cette idée en ces termes : «What it purposes is right by the mere announcement of intention [...]. It makes of right merely the expression of a particular will, without reference to what that will contains» (H.J. Laski, *A Grammar of Politics*, 4^e éd., Londres, George Allen & Unwin, 1957 à la p. 44 [ci-après *Grammar of Politics*]).

justifier les actes politiques dont ils sont la cause psychologique ? La réponse, certainement complexe, pourrait nous entraîner loin dans l'histoire des idées politiques et là n'est pas mon objectif⁶⁷. Je dois néanmoins formuler une explication.

Le concept politique de la «souveraineté» est le produit d'une laïcisation du concept théologique du Dieu omnipotent⁶⁸. Dans la perspective de la théologie chrétienne, Dieu est le principe ultime de toute chose : rien ne peut exister sans lui et rien ne peut le transcender. Il est à la fois l'architecte du monde et son législateur suprême. On le conçoit comme un et unique, éternel, immuable et tout-puissant. Sa volonté est absolument libre et ses desseins sont insondables. L'idée qu'il puisse exister des raisons indépendantes de sa volonté en vertu desquelles ses décrets pourraient être justifiés ou invalidés est incohérente : elle présuppose l'existence de normes pertinentes de jugement, morales ou autres, extérieures à la puissance divine dont l'origine n'émanerait pas de sa volonté et dont la validité n'en dépendrait pas. Or, il n'existe pas de standards de justification autres que ceux que Dieu a voulu et qui font pour nous office de raison. La volonté de Dieu constitue toujours l'unique source de légitimation de ses décisions.

Dans une perspective théologique, cette thèse peut être intelligible. Elle perd de son sens lorsqu'on présuppose que seule la volonté du législateur terrestre, profane et bien humain, peut, à l'instar de celle de Dieu, suffire. Une telle présupposition exige une projection d'attributs «divins» chez le souverain politique et une vision étriquée de l'espace moral que seule une métaphysique bizarre pourrait expliquer. Il faut re-

⁶⁷ Voir *Principe de souveraineté*, *supra* note 62.

⁶⁸ Cette thèse a été débattue par plusieurs auteurs dont le juriste et théoricien politique allemand Carl Schmitt. Voir C. Schmitt, *Political Theology [:] Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, trad. par G. Schwab, Cambridge (Mass.), M.I.T. Press, 1985. Bodin, par exemple, soutenait que le Prince souverain était «l'image de Dieu en terre» (*supra* note 46, livre 1, c. 10). Hobbes décrivait son *Leviathan* comme étant ce :

Mortal God to which we owe under the *Immortal God*, our peace and defence. For by this authority, given him by every particular man in the commonwealth, he hath the use of so much power and strength conferred on him, that by terror thereof, he is enabled to conform the wills of them all, to peace at home, and mutual aid against their enemies abroad [italiques dans l'original] (Hobbes, *supra* note 48, c. 17 à la p. 114).

Dans son chapitre intitulé «du principe de la souveraineté du peuple en Amérique», Tocqueville disait que «[l]e peuple règne sur le monde politique américain comme Dieu sur l'univers. Il est la cause et la fin de toutes choses» (A. Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, vol. 1, Paris, Gallimard, 1986 à la p. 109). Émile Boutmy soutenait que Rousseau avait appliqué au souverain l'idée que les philosophes ont de Dieu : «il peut faire tout ce qu'il veut, mais il ne peut pas vouloir le mal» (É. Boutmy, «La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek» (1902) 4 *Annales des sciences politiques* 418). Frédéric Atger écrivait : «The prince develops all the inherent characteristics of the state by a sort of continual creation. The prince is the Cartesian god transposed to the political world» (Schmitt, *ibid.* aux pp. 46-47). Évidemment, cette association entre le souverain et Dieu pouvait trouver une justification dans le fait que le souverain était tenu de respecter les lois de la nature et/ou les lois divines (pour certains théoriciens, il représentait Dieu sur terre) et dans celle selon laquelle, *de facto*, il était capable de les respecter (il était suffisamment vertueux).

monter à la renaissance pour retrouver les origines d'une telle métaphysique. Alors qu'au Moyen-âge la «puissance» des gouvernants ne pouvait venir que de Dieu (c'est ce dernier qui «instituait» le pouvoir des princes), à partir de la renaissance, l'existence d'un pouvoir profane et humain indépendant du pouvoir sacré et divin a été de plus en plus reconnue et affirmée⁶⁹. C'est ainsi que la «puissance souveraine» pouvait exister indépendamment de Dieu, de la nature ou des institutions par lesquelles elle était exercée. Selon Bodin, elle était son propre fondement et il n'y avait d'État ou de République qu'en souveraineté. Certes, causalement, le souverain pouvait être établi et se maintenir par la force et la violence ; et certes, moralement, le peuple pouvait (réellement ou hypothétiquement) consentir à son autorité, comme l'ont soutenu plus tard Hobbes et Rousseau. Mais ni les causes empiriques ni la justification morale de l'exercice de la souveraineté ne doivent être confondues avec son «essence». La puissance souveraine est, par nature, une, indivisible, perpétuelle et absolue. Elle n'a besoin d'aucun fondement externe pour être ; elle «est», légitime ou pas, omnipotente et omnisciente par nature. Sa volonté est absolument libre et, comme celle de Dieu, infaillible⁷⁰.

Une telle ontologie de la puissance souveraine est déjà passablement difficile à saisir lorsqu'on l'attribue à Dieu, mais la théologie s'accommode des mystères divins. Lorsqu'on l'attribue à l'État politique moderne, terrestre, profane et bien humain tant dans ses causes que dans son exercice empirique, la puissance souveraine devient proprement incompréhensible. D'abord, elle est invérifiable. Les attributs «essentiels» du souverain sont des constructions purement métaphysiques. Bien que conçues à des fins politiques séculaires, telles que mettre fin à la guerre civile ou renforcer le pouvoir du roi ou du peuple (en cela la doctrine a pu avoir une utilité pratique), les attributs du souverain sont tout aussi dénués de valeurs descriptives ou explicatives que les «vertus dormitives» de l'opium ou les attributs sexuels des anges. Personne n'a jamais vu l'«essence» d'un souverain politique. On a créé l'«idée» d'un souverain et on lui a assigné une «essence» par décret. Sa définition n'est vraie que si l'on y croit. Gérard Mairet disait de cette puissance qu'elle est un «véritable mythe»⁷¹. La tentation est grande de soutenir que les propositions qui l'expriment sont dénuées de sens⁷².

⁶⁹ Les travaux de Machiavel et de Bodin, partiellement anticipés par ceux de Marcile de Padoue, sont exemplaires à cet égard. Voir par ex. G. Mairet, «La genèse de l'État laïque, de Marsile de Padoue à Louis XIV» dans F. Chatelet, dir., *Histoire des idéologies*, vol. 2, Paris, Hachette Littérature, 1978, 284 [ci-après «La genèse de l'État laïque»]. Cette affirmation était aussi liée à la volonté des pouvoirs laïques, les princes, de faire contrepoids à l'autorité de l'Église qui résistait à se réformer et de promouvoir la paix, l'ordre et l'allégeance des membres de la communauté.

⁷⁰ Voir Bodin, *supra* note 46. Il faut noter que certains passages de l'ouvrage de Bodin laissent entendre que le pouvoir souverain pouvait avoir une origine divine, participant par là à ce qui deviendra connu sous le nom de «droit divin des rois» (*ibid.*, livre 1, c. 8 et 10). Voir Goyard-Fabre, *supra* note 62 à la p. 102. Cet aspect de la théorie de Bodin ajoute à l'ambiguïté de la théorie de la souveraineté. Voir mes commentaires, *supra* note 62.

⁷¹ «La genèse de l'État laïque», *supra* note 69 à la p. 311.

⁷² Il est intéressant de rappeler que chez Bodin, le mythe, la politique et le droit étaient, pour employer un euphémisme, un peu mêlés. Bodin était l'auteur d'un traité sur les sorcières destiné aux magistrats chargés de les découvrir et de les juger. Bodin croyait aussi que les légendes folkloriques

De plus, l'ontologie «divine» du souverain politique semble réfutée par la pratique même des États modernes. Il est maintenant généralement admis que l'existence d'un souverain omnipotent et omniscient dans chaque État n'est nécessaire ni logiquement ni pratiquement⁷³. Il existe plusieurs États modernes où il est à peu près impossible d'identifier une personne ou un groupe de personnes qui posséderait les attributs assignés au souverain. Plusieurs États possèdent une constitution écrite qui limite expressément les pouvoirs des institutions gouvernementales ; l'institution qui a le pouvoir d'amender la constitution, soit le constituant, peut elle-même s'imposer des limites, et le peuple tout entier doit toujours agir conformément au droit.

On pourrait objecter que la puissance souveraine est une question de fait et non pas une question métaphysique. Ainsi, on pourrait avancer qu'elle désigne la puissance potentielle, souvent latente, qu'une personne ou qu'un groupe de personnes a, en fait, dans une communauté politique. Par exemple, la souveraineté «du peuple» désignerait le pouvoir de ce dernier d'agir collectivement dans la sphère politique, et même, dans certains cas, de renverser l'ordre établi. Cette objection ne serait toutefois pas valable. Elle ne rendrait pas compte du concept de la souveraineté de façon adéquate. Elle ne ferait qu'exprimer la tautologie que le plus fort dans la communauté est le plus fort ! Or, on n'a pas besoin du concept de «souveraineté» pour rendre compte de ce fait. La théorie de la souveraineté est plus complexe que cela. Elle fonde le droit d'une communauté, le juste et l'injuste, le raisonnable et le déraisonnable, le bien et le mal, sur la volonté même du titulaire de la puissance souveraine et postule que les décisions politiques exécutoires sont justifiées pour la seule raison qu'elles sont des décisions du souverain. C'est de ces propositions qu'il nous faut rendre compte ; pas de la force brute.

Par ailleurs, la théorie de la souveraineté ne correspond à rien de nécessaire dans l'ordre de la morale politique. Elle est incompatible avec notre expérience morale du politique et a été clairement réfutée par les postulats fondamentaux de la modernité libérale et démocratique légués par la culture des lumières, dans laquelle s'insèrent les principes et les valeurs qui donnent un sens à la *Charte*. D'abord, la théorie de la souveraineté évacue une dimension centrale de notre expérience morale du politique. D'ordinaire, nous ne croyons pas (ou plus) que le seul fait qu'un législateur (aussi souverain soit-il en droit constitutionnel) «veuille» ou «décide» une chose puisse constituer une raison qui justifie cette chose. Le sens que nous donnons, plus ou

qui racontaient que des individus avaient fait des pactes diaboliques et vendu leur âme au diable étaient historiquement bien fondées. Enfin, Bodin soutenait que l'astrologie permettait de prévoir les révolutions et que les républiques devaient redouter «les nombre quarrez et solides de 7 et de 9 et ceux qui sont engendrez de la multiplication de ces deux nombres, et le nombre parfait de 496» (J. Roger, «Avant-propos» dans J. Bodin, *Colloque entre sept scavans qui sont de differens sentimens* [:] *des secrets cachez des choses relevées*, Genève, Droz, 1984, 9 à la p. 9). Voir aussi Sabine et Thorson, *supra* note 62 aux pp. 373-74 et 382.

⁷³ Voir par ex. S.I. Benn, «The Uses of "Sovereignty"» dans A. Quinton, dir., *Political Philosophy*, Londres, Oxford University Press, 1967, 67 aux pp. 73-74 ; H.J. Laski, *Authority in the Modern State*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1937, c. 1 ; *Grammar of Politics*, *supra* note 66 aux pp. 49-50 ; *Concept of Law*, *supra* note 61 aux pp. 66-76. Voir généralement *supra* note 61.

moins intuitivement, à la tradition démocratique et parlementaire contemporaine, implique précisément que l'exercice de la volonté et le fait de décider une politique ne la justifient pas. La volonté et les décisions doivent se fonder sur des raisons dont le statut est indépendant des volitions et des décisions du législateur. C'est pourquoi nous débattons, évaluons, critiquons sans cesse les options politiques de nos gouvernants et c'est pourquoi nous ne nous estimons pas être dans l'erreur du seul fait que nous tenons une position minoritaire. Notre expérience personnelle du champ politique tend à montrer qu'il s'insère dans un espace moral : en général, nous concevons la pratique politique comme constituant un sous-ensemble discursif de la morale⁷⁴. Si les juristes et les philosophes expriment cette idée de diverses manières, dans notre tradition juridique, le concept de la primauté du droit a probablement été le plus significatif⁷⁵.

Cette expérience personnelle du champ politique peut certainement être erronée. Cependant, il s'avère qu'elle est soutenue par nos convictions morales et philosophiques les plus fondamentales qui sous-tendent les postulats de la modernité libérale et démocratique et qui, je le soumets, doivent donner à la *Charte* toute sa substance⁷⁶. L'un de ces postulats, peut-être le plus important, énonce que toutes les croyances que nous entretenons sur le monde, qu'elles soient religieuses, scientifiques, économiques, morales ou politiques, doivent être rationnellement justifiées pour être acceptées comme valables⁷⁷. Dans le champ du politique, cela signifie que l'autorité, le pouvoir, les principes de justice et les lois doivent être justifiés devant le tribunal de la raison, et que ceci constitue même une condition de l'allégeance politique d'un individu rationnel⁷⁸. Ce postulat rejette donc les types d'organisation politique qui reposent sur les mythes, les mystères et les mystifications, qu'elles soient traditionnelles, métaphysiques ou autres.

⁷⁴ J'affirme cela en dépit du cynisme qui caractérise notre culture politique contemporaine. À mon avis, le cynisme est en grande partie explicable par le fait que, de l'avis des cyniques, les acteurs politiques ne respectent pas suffisamment les valeurs et les principes fondamentaux de la morale politique. Le cynisme, paradoxalement, tend donc à confirmer la suprématie de la morale sur le politique.

⁷⁵ Voir *Rule of Law*, *supra* note 1.

⁷⁶ J'ai abordé la question de l'interprétation de la *Charte* dans «Interprétation téléologique», *supra* note 26 ; dans L.B. Tremblay, «Le Canada de la *Charte* : Une démocratie neutre ou perfectionniste ?» (1995) 40 R.D. McGill 487 [ci-après «Le Canada de la *Charte*»].

⁷⁷ Le texte de I. Kant, *Réponse à la question : qu'est-ce que les lumières ?*, trad. par A.J.-L. Delamare, Paris, Gallimard, 1985, met en évidence ce trait fondamental de la culture des lumières.

⁷⁸ Voir par ex. J. Waldron, «Theoretical Foundations of Liberalism» (1987) 37 *Philosophical Quarterly* 127 à la p. 135 :

The view that I want to identify as a foundation of liberal thought is based on this demand for a justification of the social world. Like his empiricist counterparts in science, the liberal insists that intelligible justifications in social and political life must be available in principle for everyone, for society is to be understood by the individual mind, not by the tradition or sense of a community.

Il est vrai que ce postulat a principalement fait avancer les débats philosophiques sur la légitimité de l'autorité et le fondement de l'obligation politiques⁷⁹. Néanmoins, plus fondamentalement, je soumets qu'il a pour effet de récuser la théorie classique de la souveraineté. Pour avoir un sens, ce postulat doit nécessairement présupposer l'existence de critères impersonnels (normes, standards, valeurs, principes) indépendants de la volonté du souverain, dont l'autorité et la force sont logiquement supérieures à sa «puissance». Ces critères permettent à chaque agent rationnel de juger le bien fondé de l'autorité politique et de ses commandements. Ils ne sont ni théologiques ni juridiques. Ils sont d'ordre «moral» ou «éthique» et n'ont de sens que si l'on admet qu'il existe des limites à la puissance des personnes prétendument «souveraines»⁸⁰. Ces dernières ne peuvent donc pas faire tout ce qu'elles «veulent». La théorie du droit naturel modernisée par Grotius, introduisant l'idée qu'il puisse y avoir des valeurs normatives qui transcendent le droit positif et les États dits «souverains», le concept de «droits naturels» chez Locke, dont la violation par l'État pouvait justifier une révolution, la reconnaissance de la sphère privée chez Paine, Constant et Mill, la doctrine de la séparation des pouvoirs chez Montesquieu et les Pères fondateurs de la Constitution américaine, le principe de la primauté du droit qui, selon ses versions les plus crédibles, s'oppose à la «rule of men» et énonce que l'État doit lui-même être soumis au droit, la doctrine allemande du *Rechtsstaat*, l'enchâssement des droits individuels dans une constitution et l'établissement du contrôle judiciaire, bref l'avènement du constitutionnalisme libéral, sont des concepts, des valeurs et des modalités d'organisation politique qui ont essayé d'exprimer et de matérialiser nos convictions morales et philosophiques les plus profondes (en même temps qu'ils tiraient leur propre signification politique de ces mêmes convictions) qui sont incompatibles avec l'idée même que la volonté du législateur puisse constituer une justification suffisante de ses actes⁸¹. Il serait donc incohérent d'accepter en même temps la théorie

⁷⁹ Ce postulat sous-tend notamment le principe du consentement actuel ou hypothétique qui fonde les doctrines classiques du contrat social.

⁸⁰ C'est d'ailleurs à l'époque des lumières que s'est affirmée l'autonomie de la morale conçue comme un ensemble de règles de conduite distinctes des règles théologiques et juridiques. Voir A. MacIntyre, *Après la vertu*, Paris, Presses universitaires de France, 1997 aux pp. 39-40. Entre le religieux et le souverain, pourrait-on dire, s'est imposée une morale accessible à tout agent rationnel. On pourrait aussi exprimer cette idée par la primauté de la conscience individuelle.

⁸¹ Les critiques de la théorie de Rousseau formulées par Benjamin Constant et John Stuart Mill au 19^e siècle constituent deux exemples qui illustrent bien la rupture conceptuelle qui s'est établie après les lumières et la réfutation des postulats fondamentaux qui sous-tendaient la théorie classique de la souveraineté. Voir B. Constant, *Principes de politique*, Paris, Eynery, 1815 ; J.S. Mill, *De la liberté*, trad. par L. Lenglet, Paris, Gallimard, 1990. Mill, par exemple, écrivait :

[L']argument le plus fort contre l'intervention du public dans la conduite purement personnelle, c'est que lorsqu'il intervient, il y a fort à parier que ce soit à tort et à travers. Dans les questions de morale sociale, de devoir envers autrui, l'opinion du public — c'est-à-dire d'une majorité dominante — peut être aussi souvent fausse que vraie [...] l'opinion d'une telle majorité, imposée comme loi à une telle minorité, aura autant de chance d'être fausse que vraie (*ibid.* à la p. 190).

politique de la souveraineté et la force normative des valeurs qui sous-tendent les postulats de la modernité libérale et démocratique.

Cet argument repose sur une théorie cohérentiste de la justification que plusieurs philosophes, à la suite de John Rawls, nomment l'«équilibre réfléchi»⁸². Il présuppose qu'une théorie politique normative acceptable doit d'une part manifester une cohérence interne entre les propositions qu'elle énonce (principes et jugements plus spécifiques), et doit d'autre part convenir à nos convictions pertinentes les plus solides et à nos jugements bien pesés les plus inébranlables, même si cette solidité n'est que provisoire. Bien entendu, on pourrait soutenir que cette théorie de la justification importe un biais relativiste ou «culturaliste» dans l'argumentation. Mais je n'en suis pas convaincu. Il se pourrait que les convictions morales les plus fondamentales auxquelles les postulats de la modernité libérale et démocratique tentent de donner un sens ont un poids qui dépasse la culture moderne occidentale et l'individu qui possède ces convictions morales. Elles pourraient donc être, en un certain sens, «universelles», même si nous ne pouvons pas le démontrer et même si seuls les occidentaux les expriment dans des termes qui nous sont maintenant familiers. Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire d'entrer immédiatement dans ce vieux débat qui oppose le «relativisme culturel» à l'«universalisme» pour évaluer la valeur de l'argument. Il suffit d'avancer que si nous acceptons les postulats fondamentaux d'une société libre et démocratique, soit comme meilleure théorie de la morale politique disponible, soit comme meilleure théorie substantive aux fins de l'interprétation de la *Charte*, nous sommes contraints de réfuter la théorie classique de la souveraineté.

Certes, un sceptique moral pourrait vouloir objecter que le postulat auquel je réfère est lui-même un mythe pour le motif qu'il n'existe pas de critères moraux impersonnels qui puissent s'imposer à la volonté d'autrui (que ce soit celle du souverain ou de quiconque), mais il passerait à côté de la question. En adoptant une position sceptique, il rendrait inutile toute réflexion sur le concept de la «justification» dans la sphère politique. Par conséquent, ni les valeurs morales ni la volonté du souverain ne pourraient justifier les décisions politiques. L'objection ne contribuerait donc en rien à justifier la thèse selon laquelle le seul fait qu'un législateur veuille une chose puisse constituer une raison qui la justifie. La volonté du souverain serait réduite à ce qu'elle est : un pur acte psychologique, c'est-à-dire, tout au plus, une raison explicative. Or, c'est exactement ce que je soutiens.

Dans cette tradition, la démocratie ne pouvait plus représenter l'idée rousseauiste selon laquelle le peuple est «souverain» et que sa volonté est toujours *droite*. Elle devait présupposer que chaque individu avait des «droits», peu importe comment on exprimait l'idée de «droit», (Mill, par exemple, refusait le concept de «droit naturel»), notamment le «droit» d'évaluer rationnellement sur la base de normes supérieures le bien fondé de l'activité législative et de faire valoir, de promouvoir et de protéger, dans des limites raisonnables, ses propres intérêts.

⁸² Voir J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1997 aux pp. 20-21, 47-48 [ci-après *Theory of Justice*]. J'ai discuté du concept d'«équilibre réfléchi» dans *Rule of Law*, *supra* note 1 ; «Norme de retenue judiciaire», *supra* note 3 ; «Interprétation téléologique», *supra* note 26.

Pour toutes ces raisons, on a donc tort de maintenir la thèse fondée sur la théorie de la souveraineté. Elle présuppose une métaphysique bizarre, elle heurte notre expérience morale du politique et elle est incompatible avec nos convictions morales fondamentales qu'expriment les postulats de la modernité libérale et démocratique. Le champ du politique ne se compare en rien à celui de la théologie chrétienne. Certains pourraient croire que cela va de soi, mais ce ne serait pas tenir compte de la persistance, dans notre culture juridique et politique contemporaine, d'arguments qui puissent leur signification dans la théorie de la souveraineté. De plus, dans la mesure où ces arguments sont utilisés aux fins de l'interprétation et de l'application du concept de la «justification» énoncé à l'article premier de la *Charte*, ils entretiennent une confusion conceptuelle et morale fondamentale. Ils font reposer les principes qui doivent donner un sens à la *Charte* non seulement sur des fragments d'une philosophie politique conçue dans un contexte théologique et politique particulier qui s'est évaporé, mais aussi sur ceux d'une culture libérale et démocratique qui les récuse nécessairement.

2. L'autorité

On pourrait répliquer qu'il existe pourtant des contextes où le seul fait qu'un agent «veuille» qu'un acte soit accompli constitue une raison valable (suffisante ou pas) d'exécuter l'acte en question. Cela est rigoureusement vrai. Dans les contextes où il existe une relation d'autorité entre deux agents (par exemple entre l'autorité politique et les citoyens, ou entre l'autorité parentale et les enfants), l'expression de la volonté de l'un peut effectivement constituer pour un autre une raison valable d'agir. Cependant, cela n'implique pas que les volitions du législateur puissent constituer une force justificatrice en elles-mêmes (par opposition à une force simplement explicative) des actes qu'il pose. Il y a une distinction importante à faire entre le concept de la «souveraineté» et celui de l'«autorité». Pour bien la saisir, je ferai maintenant un détour par le concept d'«autorité». Mon objectif sera uniquement de clarifier cette distinction. Si plusieurs d'entre nous estiment que les volitions d'une autorité souveraine peuvent justifier en elles-mêmes ce qui est voulu, c'est probablement que nous entretenons une confusion entre ces deux concepts distincts, bien que politiquement liés.

La relation d'autorité entre deux agents est spéciale⁸³. J.R. Lucas l'exprimait en ces termes : «[A] man, or body of men, *has authority* if it follows from his saying, "Let X happen", that X ought to happen» [italiques dans l'original]⁸⁴. Dans une telle relation, l'expression de la volonté est conçue comme une raison d'agir «péremptoire» : qu'elle soit un commandement, une directive, une loi, un règlement, un décret ou une ordonnance, elle a pour objet de mettre fin au processus de délibération pratique des destinataires. Comme le soutenait Hart, «the word "peremptory" in fact just means cutting off deliberation, debate, or argument»⁸⁵. Elle est elle-même une raison

⁸³ Voir généralement J. Raz, dir., *Authority*, New York, New York University Press, 1990.

⁸⁴ J.R. Lucas, *The Principles of Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1986 à la p. 16.

⁸⁵ H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982 à la p. 253.

de ne pas tenir compte des autres raisons qui pourraient être pertinentes dans le contexte⁸⁶. De plus, puisqu'il n'y a pas de connexion directe matérielle (ou de contenu) entre la raison d'agir, l'expression de la volonté de l'autorité, et l'acte dont elle est la raison, elle est «content-independent»⁸⁷. Elle est conçue pour guider la conduite des destinataires «independently of the nature or character of the actions to be done»⁸⁸. Par conséquent, pour ceux qui reconnaissent l'autorité d'une personne, le seul fait que celle-ci dise «Faites ceci ou faites cela» constitue une raison suffisante d'agir en conséquence, même si les destinataires ont des raisons valables concurrentes d'agir autrement et même s'ils estiment que l'acte imposé est mal fondé ou inopportun.

On a donc pu croire que les actes posés par un agent conformément aux directives d'une autorité n'étaient pas «rationnels». Normalement, pour qu'un acte soit reconnu comme «rationnel», il doit exister une connexion directe matérielle ou de contenu entre les raisons avancées et l'acte. Les raisons qui soutiennent l'acte doivent avoir plus de poids que celles qui militent à l'encontre de cet acte dans les circonstances. Ainsi, si j'estime après délibération qu'un acte donné contribue d'une manière instrumentale à produire un état de chose jugé désirable, il est rationnel de le poser. Mais si le seul «motif» pour lequel je l'ai posé est le fait qu'une personne l'a voulu et m'en a donné l'ordre, on pourrait croire qu'il ne l'est pas. Il y a une différence entre mettre un manteau d'hiver pour le motif qu'il fait froid dehors et que je ne veux pas prendre froid et le mettre pour le seul motif que mon patron m'a dit : «mets ton manteau d'hiver». Dans le premier cas, la connexion est directe entre ma raison d'agir et mon acte ; dans le second, il n'y a pas de soutien matériel entre le contenu de ma raison d'agir (le fait que mon patron m'a donné un ordre) et mon acte (mettre un manteau).

L'une des thèses avancées par R.S. Peters semble aller dans ce sens⁸⁹. Selon lui, l'acceptation de l'autorité implique une abdication du jugement rationnel individuel. En cela, elle se distingue d'autres pratiques sociales, telles la science et la moralité, dont les conventions ou les règles constitutives exigent précisément que les jugements, les opinions, les actions et les théories des agents reconnus comme vrais, justes ou corrects soient soutenus par des bonnes raisons qui se rapportent au mérite même des jugements, opinions, actions ou théories, et non par un appel à une personne qui le décrète parce qu'elle le «veut». Une autorité n'a pas besoin de fournir de motifs valables en faveur de ses décisions. L'expression des volontés est justement «the type of

⁸⁶ Joseph Raz qualifie ce type de raisons d'«exclusionary», c'est-à-dire de raisons «to refrain from acting for some reason» (*Practical Reasoning*, *supra* note 33 à la p. 132). Selon lui, les «exclusionary reasons» excluent les autres raisons du processus de délibération pratique, non pas en vertu de leur poids, mais en vertu de leur statut distinct. Elles se situent à un second niveau («second order reasons») par rapport aux autres raisons pertinentes et suffisantes qui autrement pourraient, conformément à leur poids respectif, guider la conduite d'un agent.

⁸⁷ J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986 à la p. 35 [ci-après *Morality of Freedom*] ; *Essays on Bentham*, *supra* note 85 à la p. 255.

⁸⁸ *Essays on Bentham*, *ibid.* On pourrait qualifier ces raisons de «formelles».

⁸⁹ Voir R.S. Peters, «Authority» dans Quinton, *supra* note 73 à la p. 83. Voir généralement *Authority*, *supra* note 83.

regulatory utterance where questions of justification are ruled out»⁹⁰. Si vous demandez à une personne en autorité «Pourquoi devrais-je faire ce que vous m'ordonnez ?», la réponse «Parce que je le veux» serait donc parfaitement valable : «an order is obeyed or a decision is accepted *simply because* X gave it or made it» [italiques dans l'original]⁹¹.

Mais la thèse de Peters pourrait nous induire en erreur si elle devait être comprise comme signifiant que les individus qui acceptent les directives de l'autorité agissent arbitrairement. Une telle inférence passerait sous silence des aspects cruciaux du contexte normatif et pratique dans lequel un agent reconnaît l'expression de la volonté d'une personne comme modèle de conduite⁹². C'est certainement l'une des contributions importantes de la recherche contemporaine sur la raison pratique que d'avoir montré, non seulement que les directives d'une personne pouvaient constituer, pour ceux qui reconnaissent son autorité, un genre spécial de raison d'agir, mais que cette reconnaissance pouvait reposer sur des raisons substantielles plus fondamentales⁹³. La théorie du droit de Thomas Hobbes pourrait illustrer cette proposition. Selon lui, une règle de droit est un commandement : elle exprime la volonté du souverain et, à la différence des avis ou conseils formulés en termes impératifs, elle est conçue comme fournissant aux destinataires une raison d'agir : «Command is where a man saith, *do this, or do not do this*, without expecting other reason than the will of him that says it» [italiques dans l'original]⁹⁴. Cependant, les destinataires ont de bonnes raisons de traiter les commandements du souverain comme des raisons suffisantes d'agir. D'une part, ils ont l'obligation morale d'y obéir en vertu d'un engagement formel antérieur scellé dans un contrat «social» passé entre tous les individus vivant dans l'état de nature. Ce contrat «autorise» le souverain, lui-même tiers au contrat, à faire les lois du pays en lui conférant le droit de commander. D'autre part, ce pacte originel est lui-même soutenu par des bonnes raisons. Pour Hobbes, la raison d'être du contrat est la préservation de la paix et de la sécurité de chacun. Sans le contrat, les êtres humains seraient plongés dans un état de guerre perpétuelle de chacun contre chacun (l'état de nature) où la ruse et la force constitueraient les principales vertus. Or, les êtres humains qui craignent la mort peuvent rationnellement s'accorder avec autrui sur cer-

⁹⁰ Peters, *ibid.* à la p. 95.

⁹¹ *Ibid.* à la p. 92.

⁹² Cela ne doit pas obscurcir le fait que dans plusieurs cas l'autorité est obéie sur une base non-rationnelle.

⁹³ La contribution de Joseph Raz mérite d'être soulignée. Voir J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975 ; *Practical Reasoning*, *supra* note 33 ; J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979 ; *Morality of Freedom*, *supra* note 87 ; *Authority*, *supra* note 83.

⁹⁴ Hobbes, *supra* note 48, c. 25 à la p. 169. Hart commentait ainsi ce passage :

By this Hobbes meant that the commander characteristically intends his hearer to take the commander's will instead of his own as a guide to action and so to take it in place of any deliberation or reasoning of his own: the expression of a commander's will that an act be done is intended to preclude or cut off any independent deliberation by the hearer of the merits pro and con of doing the act (*Essays on Bentham*, *supra* note 85 à la p. 253).

tains principes d'actions (les lois de nature) qui, lorsqu'ils sont respectés, conduisent à la conservation et à la défense de ces êtres humains. Il y a donc de bonnes raisons de se soumettre aux commandements du Souverain.

Le positivisme juridique, au nom de la séparation du droit et de la morale, a traditionnellement négligé cet aspect fondamental de la théorie de Hobbes⁹⁵. Néanmoins, les positivistes contemporains admettent généralement que l'acceptation de l'autorité et l'obéissance à ses directives peuvent être justifiées⁹⁶. H.L.A. Hart soutient que «those who are disposed to recognize the commander's words as constituting such reasons for action may have very diverse ultimate reasons for being so disposed»⁹⁷. Neil MacCormick a défendu une thèse semblable, notamment à l'égard de l'attitude des juges qui acceptent les règles fondamentales (telle que la règle de reconnaissance) d'un système juridique : «[t]hey can and do have reasons for accepting it»⁹⁸. Il qualifie ces raisons de «underpinning reasons»⁹⁹. Elles peuvent être de divers types. Elles peuvent, par exemple, être de nature morale¹⁰⁰. Certaines personnes peuvent raisonnable-

⁹⁵ Jeremy Bentham et John Austin, par exemple, ont élaboré une version du positivisme juridique qui empruntait de Thomas Hobbes sa conception du droit comme «commandement». Cependant, ni l'un ni l'autre n'ont subordonné la soumission au droit, l'obéissance ou le devoir d'obéissance, à l'existence de raisons plus fondamentales, que ce soit l'existence d'un contrat social ou toute autre considération. Leur tâche était de décrire les commandements du Souverain tels qu'ils étaient dans les faits et non pas d'avancer les raisons qui pouvaient justifier l'obéissance. Voir Bentham, *supra* note 54 ; Austin, *supra* note 55. Il ne faudrait toutefois pas penser que tous les positivistes du 19^{ème} siècle partageaient cette position. En France, par exemple, certains juristes positivistes estimaient que le devoir d'obéissance à la loi était justifié par diverses considérations, dont le principe moral de la souveraineté nationale. Voir par ex. F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 1, vol. 1, 4^e éd., Paris, Bruylant-Christophe, 1887 aux pp. 66-69.

⁹⁶ Voir généralement Raz, *supra* note 93.

⁹⁷ *Essays on Bentham*, *supra* note 85 à la p. 256. Hart estime néanmoins que certaines personnes pourraient adopter cette attitude pour la seule raison qu'elle satisfait le désir de faire plaisir ou de voir leur volonté se conformer à celle de l'autorité. Voir aussi *Concept of Law*, *supra* note 61 à la p. 198.

⁹⁸ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 à la p. 63.

⁹⁹ *Ibid.* à la p. 64 :

I hope I am right in suggesting that for thoughtful people who accept and work within a system of law such reasons as those sketched above are of a kind which would commonly be held and offered as reasons for accepting and adhering to at least the fundamental rules of the system. In *that* sense, and from *that* point of view, it would be fatuous for anyone to pretend that law can be de-moralized—or, for that matter, de-politicized [italiques dans l'original] (*ibid.*).

¹⁰⁰ On peut croire par exemple que la personne qui revendique l'autorité possède le droit légitime de gouverner en vertu du principe du consentement des citoyens. Cette thèse a dominé la culture occidentale depuis les écrits de Thomas Hobbes, John Locke et Jean-Jacques Rousseau. Il peut y avoir d'autres raisons morales «objectives» de se soumettre à l'autorité. La thèse de John Finnis, par exemple, soutient que l'autorité est un bien car elle est requise pour la réalisation du bien commun (incluant la justice et les droits fondamentaux de l'être humain). J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, c. 9. Joseph Raz a exposé ses propres raisons en faveur d'une justification limitée dans «Authority and Justification» (1985) 14 *Philosophy and Public Affairs* 3, repris dans *Authority*, *supra* note 83.

ment croire que le contenu des commandements promeuvent l'intérêt général, satisfont les préférences de chacun ou, indépendamment de cela, coordonnent les actes de chacun d'une manière avantageuse pour tous ou d'une manière juste et équitable. D'autres peuvent croire que l'autorité possède une plus grande sagesse ou expertise sur certaines questions et qu'il vaut mieux s'en remettre à son jugement. D'autres peuvent plutôt reconnaître l'autorité par déférence envers une tradition longuement établie. Mais quels que soient les motifs plus fondamentaux, il devrait être admis que les actes posés conformément aux directives d'une autorité peuvent être «rationnels».

Il s'ensuit que si vous demandez à une personne qui exécute un acte ordonné par une autorité : «Pourquoi agis-tu ainsi ?», la réponse «Parce que l'autorité le veut ou l'ordonne» peut être parfaitement valable. Elle pointe vers le fait qu'une personne en autorité ait ordonné une chose *et* qu'il y a de bonnes raisons de se conformer à ses directives, un fait dont la consistance et l'identité peuvent fournir le type de soutien matériel nécessaire à la décision d'obéir à l'autorité. De plus, cette raison d'agir possède un degré suffisant d'indépendance par rapport aux propres volitions de l'agent qui se conforme aux directives de l'autorité. L'obéissance n'est donc pas arbitraire.

Ce même raisonnement peut aussi rendre compte de l'attitude des tribunaux face aux lois du Parlement. Tant et aussi longtemps que des juges estiment qu'il y a de bonnes raisons de se soumettre entièrement à la volonté du législateur, l'expression des volitions de ce dernier constituera le fondement exclusif des décisions judiciaires¹⁰¹. Mais si, pour diverses raisons plus ultimes, les juges estimaient qu'il n'est plus ou pas justifié de s'y soumettre, ils pourraient ne plus fonder leurs décisions exclusivement sur l'expression de la volonté du législateur¹⁰². Par exemple, un pays qui enchâsse une *Charte* des droits fondamentaux dans une constitution supra-législative fournit certainement aux juges une raison (qui peut néanmoins être insuffisante) de ne pas accepter les directives du législateur comme des raisons péremptoires d'agir dans le sens indiqué par ces directives¹⁰³. Il en va de même des juges qui reconnaissent le devoir de promouvoir la primauté du droit ou toute autre considération plus fondamentale que la souveraineté du Parlement¹⁰⁴.

La question de savoir si le fait qu'une autorité déclare sa «volonté» qu'un acte soit

¹⁰¹ Dans la tradition juridique anglo-canadienne, ces raisons ont été conçues dans le cadre de la théorie politique de la souveraineté et de celle de la démocratie «majoritaire». Voir *Rule of Law*, *supra* note 1, c. 7.

¹⁰² Cela n'est pas incompatible avec certains passages du *Leviathan* où Hobbes admettait la possibilité pour un agent de résister aux décrets de l'autorité lorsque ces derniers menaçaient sa vie.

¹⁰³ Comme on le sait, il y a un débat fort important en théorie constitutionnelle et en théorie générale du droit sur la question de savoir si, dans une démocratie, le fait d'enchâsser une constitution écrite valorisant les droits fondamentaux fournit aux juges une raison suffisante de ne plus sanctionner la volonté du législateur de porter atteinte à ces mêmes droits. Ce débat est généralement conçu comme portant sur la légitimité du contrôle judiciaire des lois. La théorie du fondement rationnel, conçue comme une version des théories de la déférence ou de la retenue judiciaire, participe à ce débat. Néanmoins, je n'ai pas pour objectif de confronter cette question dans cet article.

¹⁰⁴ Voir *Rule of Law*, *supra* note 1.

accompli puisse constituer pour quelqu'un d'autre un motif valable de l'accomplir est donc distincte de celle de savoir si le seul fait qu'un agent «veuille» accomplir un acte constitue, en lui-même, une raison qui «justifie» cet acte. On aurait tort de les confondre et d'inférer d'une réponse affirmative à la première une réponse affirmative à la seconde. Convenons donc que les raisons avancées au soutien d'une loi doivent, pour être valables, posséder une certaine force justificatrice en elles-mêmes, c'est-à-dire une certaine indépendance ou «objectivité» par rapport aux volitions du législateur. Elles doivent indiquer une considération qui affecte ce que nous devons penser de la mesure, et qui nous pousse à l'estimer bien fondée. Ce sont les raisons qui peuvent justifier les volitions et non pas l'inverse.

C. Les jugements de fait

Pour être valables, les motifs allégués qui énoncent un jugement de fait, c'est-à-dire un jugement qui se rapporte à l'existence d'états de choses dans le monde, doivent eux-mêmes avoir un fondement rationnel. Cela implique que les jugements de fait mêmes doivent être rationnellement fondés. Je sou mets à cette fin qu'il doit y avoir au moins un motif valable de croire qu'ils sont vrais, vraisemblables ou rationnellement fondés, compte tenu des règles de preuve et d'argumentation généralement admises à cette fin. Autrement, les motifs allégués qui les exprimeraient seraient vidés de l'élément matériel qui pourrait soutenir la mesure législative.

Les jugements de fait peuvent être de divers types. Certains peuvent constituer des propositions descriptives, c'est-à-dire des jugements qui décrivent, constatent ou expliquent des faits naturels ou sociaux (physiques, biologiques, politiques, économiques, culturels, psychologiques, etc.) qui existent dans la réalité, qui ont déjà existé ou qui existeront¹⁰⁵. D'autres jugements peuvent constituer des propositions causales, c'est-à-dire porter sur l'existence d'un lien de cause à effet entre des phénomènes naturels ou sociaux. Aux fins de la théorie du fondement rationnel, les jugements de faits descriptifs et causals doivent avoir un fondement rationnel.

Les jugements de fait ne doivent donc pas être faux, invraisemblables ou dénués de tout fondement rationnel. Supposons par exemple qu'une loi interdise aux prisonniers de voter pour le seul motif que tenir un scrutin en prison est impossible, alors qu'il est démontré, conformément aux règles de preuve établies, que dans les faits des scrutins peuvent être et sont effectivement tenus en prison. Le motif avancé au soutien de la mesure législative ne serait pas valable. En affirmant erronément l'existence d'un fait empirique (le fait que des scrutins ne peuvent pas être tenus en prison), on prive (ou dépossède) le raisonnement de la considération même qui autrement pourrait soutenir la mesure. Par conséquent, la restriction au droit de vote des prisonniers ne serait pas fondée rationnellement ; elle ne serait pas justifiée¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Dans ce dernier cas, les jugements sont des «prédictions».

¹⁰⁶ Dans l'affaire *Sauvé c. Canada (P.G.)* (1992), 7 O.R. (3^e) 481, 89 D.L.R. (4^e) 644 [ci-après *Sauvé* avec renvois aux O.R.], le Procureur Général du Canada avait avancé quatre objectifs au soutien de la

Il en serait de même si le motif allégué énonçait une proposition de fait qui n'a aucune vraisemblance, compte tenu de tout ce que nous savons sur le monde, le comportement humain en général et les motivations individuelles. Par exemple, si le motif pour lequel on interdisait aux prisonniers de voter était le fait que ces derniers ne sont pas suffisamment informés pour participer adéquatement à un scrutin, on invoquerait un fait si peu vraisemblable, compte tenu du fait que les prisonniers ont accès aux journaux et à la télévision et du degré d'intérêt relatif des autres citoyens pour la chose publique, qu'une cour pourrait légitimement conclure que ce motif n'est pas valable¹⁰⁷. Le caractère invraisemblable du jugement de fait priverait le motif de l'élément même qui pourrait constituer la prémisse du raisonnement et fournir un fondement rationnel à la mesure.

Enfin, un jugement de fait dénué de tout fondement rationnel ou qui ne reposerait sur rien d'autre que des préjugés ou des stéréotypes ne serait pas acceptable. Ainsi, une loi interdisant aux prisonniers de voter pour un motif qui ferait appel à un jugement de fait ésotérique (le fait que les étoiles placées de telle façon causent tel type de comportement ; que les prisonniers ne reçoivent pas l'énergie cosmique ; que les prisonniers avaient telles conduites dans une vie antérieure), théologique (le fait que les prisonniers sont possédés du démon ; que les anges ne les protègent pas) ou autrement métaphysique (le fait que dans le monde des Idées on ne permet pas aux prisonniers de voter) serait dénuée de fondement rationnel¹⁰⁸. Ceci serait vrai non seulement parce que le fait en question ne peut être observé, mais parce que le jugement n'a de sens que dans le cadre de présupposés ou de théories qui, *en principe*, ne sont pas vérifiables par des moyens rationnels. Ceci ne veut pas dire qu'on ne puisse pas «connaître» ces faits ou «vérifier» ces théories par des moyens non-rationnels¹⁰⁹. Pour qu'un fondement rationnel soit reconnu, la vérité, la vraisemblance ou le fondement d'un juge-

loi, dont un, qu'il a abandonné en cours de plaidoirie, reposait sur la difficulté pratique de tenir un scrutin en prison. Le juge Arbour de la Cour d'appel de l'Ontario, pour une Cour unanime, a rejeté l'argument : des scrutins sont dans les faits tenus et capables d'être tenus en prison. Même si ce jugement s'inscrivait dans le cadre de la théorie du fondement légitime, cet aspect de la décision illustre adéquatement la proposition étudiée.

¹⁰⁷ Dans la même affaire *Sauvé*, *ibid.*, le juge Arbour a réfuté un argument semblable en soutenant que plusieurs personnes qui votent «may have chosen to live in a universe figuratively not much larger than a prison cell, and many prisoners may be avid and astute consumers of the mass media made available to them» (*ibid.* à la p. 487).

¹⁰⁸ Ces types de considérations ne doivent pas être confondus avec le fait, par exemple, que des citoyens croient que les astres, les anges ou les idées puissent contrôler nos vies. Le fait que des gens croient à une chose peut lui-même constituer une raison parfaitement valable d'édicter une loi particulière.

¹⁰⁹ Cette difficulté est familière aux philosophes et aux théologiens. Par exemple, dans la tradition philosophique et théologique occidentale, on a parfois tenté de prouver l'existence de Dieu par des arguments rationnels (tels que les arguments cosmologique et ontologique). Or, selon plusieurs philosophes qui ont tenté de réfuter ces arguments, il n'est pas possible, rationnellement, de prouver l'existence de Dieu. Néanmoins, pour certains théologiens, notamment les fidéistes, il est possible de connaître l'existence de Dieu par des moyens non-rationnels, tels que la foi ou l'expérience religieuse personnelle.

ment de fait doit faire appel à des théories, présupposés ou autres considérations qui sont en principe vérifiables par des moyens rationnels tels que l'expérimentation, l'observation, l'analyse rationnelle de données empiriques et des raisonnements, la réflexion¹¹⁰, etc.

Le motif allégué ne serait pas plus valable si la loi était fondée sur le jugement de fait selon lequel les prisonniers sont tous des malades, moralement corrompus et dégénérés, motivés uniquement par leurs intérêts privés les plus vils. Un tel motif affirmerait un préjugé issu d'un stéréotype, c'est-à-dire une opinion toute faite qui discréditerait tous les membres d'une catégorie de personnes en les réduisant à certaines caractéristiques qu'ils peuvent avoir ou non. Les motifs qui affirment un préjugé ou un stéréotype n'énoncent pas un jugement de fait ; ils énoncent une opinion «avant même» d'observer les faits. Ils sont donc privés de l'élément même qui pourrait fournir un fondement rationnel à la mesure.

Bien entendu, les députés qui votent en faveur d'une loi peuvent sincèrement croire que les jugements de fait qu'ils posent sont vrais, vraisemblables ou rationnellement fondés. Mais cela ne change rien à l'affaire. Une croyance de fait, même sincère, ne peut justifier une mesure législative. Seul l'objet des croyances, le fait lui-même, peut (ou non) posséder la consistance matérielle requise à cette fin. Comme je l'ai dit plus haut, une loi sur les mesures d'urgence édictée pour le motif que l'armée chinoise est aux portes du Canada et s'appête à l'envahir n'aurait pas de fondement rationnel si, dans les faits, l'armée ne s'y trouvait pas ou que d'aucune façon elle ne menaçait la sécurité du Canada¹¹¹. Il en serait de même si le jugement de fait sur «l'impossibilité de tenir un scrutin en prison» était faux, si celui sur «le manque d'information des prisonniers» était invraisemblable, si celui sur «le manque d'énergie cosmique» n'était pas vérifiable par des moyens rationnels et si celui sur «le caractère psychologique des prisonniers» relevait du préjugé. Le seul fait que le législateur ait pu croire à l'existence de ces faits constitue tout au plus une raison «explicative», c'est-à-dire une cause de la décision qui sous-tend la mesure. Il ne pourrait pas la justifier.

¹¹⁰ Ainsi, un jugement de fait pourrait être rationnellement fondé même si le fait lui-même, par nature, n'était pas observable.

¹¹¹ La jurisprudence canadienne relative aux situations d'urgence peut illustrer cette position. Dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, les juges majoritaires ont laissé entendre que l'exercice du pouvoir d'urgence au Canada exigeait une preuve des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas connues d'office, montrant «que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité» (*supra* note 4 à la p. 423, juge en chef Laskin pour quatre juges) et que l'inconstitutionnalité de la loi pourrait se justifier «si la preuve démontrait clairement qu'il n'y avait pas de situation d'urgence lorsque la loi a été adoptée» (*ibid.* à la p. 439, juge Ritchie pour trois juges). Voir aussi *Co-operative Committee on Japanese Canadians c. Canada (P.G.)* [1947] A.C. 87, 1 D.L.R. 577.

Il existe plusieurs manières de démontrer aux tribunaux, conformément à la norme de preuve établie¹¹², qu'il existe au moins un motif valable au soutien d'un jugement de fait exprimé dans un motif allégué au soutien d'une mesure. Tout dépend du type de jugement de fait à justifier.

Par exemple, on peut montrer le fondement rationnel d'un jugement de fait en faisant appel à ce qu'il est traditionnellement convenu d'appeler la «connaissance d'office» des faits¹¹³. Un jugement qui porte sur des faits qui, comme le rappellent Sopinka, Lederman et Bryant, sont «(a) so notorious as not to be the subject of dispute among reasonable persons, or (b) capable of immediate and accurate demonstration by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy»¹¹⁴, peut être tenu pour rationnellement fondé par les juges (en fait, de tels jugements sont vrais par hypothèse). La partie à qui il incombe de montrer que la restriction est justifiée n'a donc pas à établir formellement l'existence de tels faits conformément aux règles juridiques sur la présentation et l'admission de la preuve. Les motifs qui y réfèrent pourraient donc être valables¹¹⁵.

Par exemple, dans *Public Service Employee Relations Act*¹¹⁶, on avançait l'importance de maintenir les services essentiels au soutien d'une loi qui interdisait aux policiers et aux pompiers le recours à la grève. Ce motif exprimait, entre autres, un jugement de fait selon lequel il existait un lien de causalité entre l'interruption du travail des policiers et des pompiers (par une grève) et les risques portés à la vie, la sécurité et la santé des personnes. Or, aucune preuve n'avait été soumise pour dé-

¹¹² La norme qui a été établie dans l'affaire *Oakes* est la «prépondérance des probabilités». La pertinence de cette norme dans les affaires constitutionnelles fondées sur la *Charte* a été contestée en jurisprudence et en doctrine. Cependant, elle a été réitérée par la majorité des juges de la Cour suprême dans l'affaire du tabac *RJR-MacDonald* : «la norme de preuve qui convient, à toutes les étapes de l'analyse de la proportionnalité, est celle qui s'applique en matière civile, c'est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités» (*supra* note 16 à la p. 333). Le juge La Forest, dissident, était néanmoins disposé à l'abandonner : «il n'est pas nécessaire en l'espèce que le gouvernement fasse la preuve d'un lien rationnel selon les règles de preuve en matière civile» (*ibid.* à la p. 290). Voir aussi *ibid.* à la p. 272.

¹¹³ Sur cette notion, voir les travaux de Danielle Pinard : D. Pinard, «Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés*» (1989) 30 C. de D. 137 ; D. Pinard, «La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits» (1997) 31 R.J.T. 87 [ci-après «La notion traditionnelle»] ; D. Pinard, «La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel» (1997) 31 R.J.T. 315. Voir généralement J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, Toronto, Butterworths, 1992 ; B.G. Morgan, «Proof of Facts in *Charter* Litigation» dans R.J. Sharpe, dir., *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1987, 159 à la p. 171.

¹¹⁴ Sopinka, Lederman et Bryant, *ibid.* à la p. 976.

¹¹⁵ Il est certain que la connaissance d'office des faits présente des risques sur au moins deux plans : (i) ce n'est pas parce qu'un jugement de fait n'est pas contesté qu'il est nécessairement vrai (il pourrait apparaître faux à l'analyse) ; et (ii) ce n'est pas parce qu'une partie demande à la Cour de tenir un fait pour avéré que l'autre partie ne tentera pas de s'y objecter. Voir toutefois les commentaires de Sopinka, Lederman et Bryant, *ibid.* aux pp. 986-88.

¹¹⁶ *Supra* note 9.

montrer ce point. Le juge en chef Dickson, dissident sur un autre point, a néanmoins soutenu que ce fait causal était «clair» et, en conséquence, que le caractère essentiel du service des policiers et des pompiers pouvait être connu d'office¹¹⁷.

On peut encore justifier un jugement de fait sur la base d'une preuve directe de nature scientifique, conformément aux règles de preuve et d'argumentation propres à la discipline scientifique pertinente. Si le jugement de fait se rapporte à l'existence d'un fait naturel (physique ou biologique) ou à l'existence d'un lien de causalité entre deux phénomènes naturels existants ou à venir, on peut en démontrer la vérité, la vraisemblance ou le fondement en faisant appel aux meilleures théories disponibles dans les sciences naturelles (physiques ou biologiques) ou, si possible, en faisant appel plus directement aux propositions scientifiques généralement admises par les scientifiques qui travaillent dans le cadre de ces théories. De même, si le jugement de fait se rapporte à l'existence d'un fait «social»¹¹⁸ (politique, économique, sociologique, historique, géographique, anthropologique, psychologique, culturel, religieux, juridique, ou autre) ou à l'existence d'un lien de causalité entre deux phénomènes sociaux existants ou futurs ou encore entre un phénomène naturel et un phénomène social, alors on peut démontrer la vérité, la vraisemblance ou le fondement du jugement en s'appuyant sur les meilleures théories disponibles dans les sciences humaines pertinentes ou, si possible, en s'appuyant plus directement sur les propositions généralement admises comme acceptables ou vraies par les scientifiques qui travaillent dans le cadre de ces théories.

¹¹⁷ *Ibid.* à la p. 376.

¹¹⁸ Par «fait social», j'entends ici une catégorie de faits beaucoup plus restreinte que celle qui est parfois utilisée en doctrine et en jurisprudence. En général, lorsqu'on parle de «faits sociaux», on pense à ce qu'on a traditionnellement qualifié de «faits législatifs». Voir par ex. «L'affaire du tabac», *supra* note 10. Sur la notion de «faits législatifs», voir les travaux de K.C. Davis, notamment K.C. Davis, «An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process» (1942) 55 Harv. L. Rev. 364 aux pp. 402 et s. Les faits sociaux ou législatifs incluent toutes les considérations qui vont au-delà du cas d'espèce et de la connaissance personnelle des parties. Ils informent un juge ou un décideur administratif dans le processus d'élaboration ou de «création» du droit. Ils incluent non seulement les faits «sociaux» au sens restreint utilisé dans mon article, mais les faits naturels, physiques et biologiques et même les jugements de valeur qui sont implicites ou explicites dans le processus de justification (jugements moraux, politiques ou économiques, par exemple) des décisions judiciaires ou administratives de nature «législative». Danielle Pinard les explique en ces termes :

En principe, ces faits se situent au-delà de l'expérience immédiate des parties et sont d'une nature infiniment variée. Ce sont des faits à caractère social, économique, politique ou scientifique, des faits qui servent parfois à expliquer les causes ou les effets de certains phénomènes («L'affaire du tabac», *ibid.* à la p. 410).

Il n'est peut-être pas aisé de qualifier le fait «social» (au sens restreint) exprimé par un motif de «fait en litige ou adjudicatif» ou de «fait législatif ou social». Mais il se pourrait que la distinction soit immatérielle aux fins de l'article premier de la *Charte*. Il incombe à la partie qui demande le maintien d'une restriction aux droits garantis de démontrer à la Cour, par prépondérance des probabilités, que la mesure est soutenue par un motif valable et, lorsque ce motif exprime un jugement de fait (peu importe sa nature), que ce jugement est lui-même rationnellement fondé.

Il est généralement requis, dans ce contexte, de faire appel à l'autorité d'une ou plusieurs personnes dont la compétence est reconnue dans les champs scientifiques pertinents. Autrement, on ne pourrait peut-être pas justifier les jugements de fait de façon rationnelle : les avocats et les juges ne peuvent pas tout vérifier directement. La valeur d'une opinion d'expert, quelle qu'elle soit, dépend de la crédibilité de l'expert compte tenu de son pedigree (importance et nombre de diplômes, nombre et qualité des ouvrages et des articles scientifiques évalués par un comité de lecture, nombre et qualité de ses réalisations, reconnaissance par les pairs, nombre de prix, etc.), de la méthodologie employée et du degré de consensus entre les autorités sur la question. Bien entendu, des experts peuvent faire appel à l'autorité de personnes spécialisées dans des domaines autres que le leur. Un sociologue par exemple peut faire appel à l'expertise d'un statisticien. Si la solidité d'un jugement de fait dépend d'un ensemble de données biologiques, d'appareils hautement spécialisés ou d'ordinateurs sophistiqués, un médecin peut avoir recours à l'expertise d'un biologiste, d'un ingénieur ou d'un informaticien.

Les experts peuvent témoigner directement en cour afin d'exposer un point de vue général sur leur science ou afin de commenter le jugement de fait précis dont il est question dans la cause. Ils peuvent aussi intervenir au moyen d'un affidavit. Si leur crédibilité ne fait pas de doute, alors leur opinion qu'un jugement de fait est vrai, vraisemblable ou autrement rationnellement fondé fournit un motif valable de le croire. On peut aussi faire appel à l'autorité d'experts en déposant ou en citant des études, des analyses, des rapports d'enquête ou des articles scientifiques qui concluent à l'existence du fait naturel ou social¹¹⁹. De tels documents, s'ils sont crédibles, fournissent aussi une raison valable de croire que le jugement de fait est vrai, vraisemblable ou autrement rationnellement fondé¹²⁰.

Dans l'affaire *Ford c. Québec (P.G.)*¹²¹ l'un des motifs avancés au soutien de la *Charte de la langue française* portait sur la vulnérabilité de la langue française au Québec. Ce motif énonçait plusieurs jugements de fait : (i) la baisse du taux de natalité chez les francophones du Québec entraînait une diminution de la proportion des francophones du Québec par rapport à l'ensemble de la population du Canada ; (ii) la population francophone hors Québec diminuait par suite de l'assimilation ; (iii) l'assimilation des immigrants au Québec dans la communauté anglophone du Québec avait un taux supérieur ; et (iv) l'anglais avait toujours dominé aux plus hauts échelons du secteur économique. Pour démontrer que ces jugements étaient rationnellement fondés, on s'était appuyé sur une série de rapports de commissions d'enquête, tels que les rapports de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme de 1969, de la commission Parent et de la commission Gendron, mais

¹¹⁹ C'est ce qu'on a appelé aux États-Unis le «Brandeis Brief». Pour un rappel récent des caractéristiques du premier «Brandeis Brief», voir D. Pinard, «La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs : Quelques réserves» (1996) 26 R.D.U.S. 497.

¹²⁰ La Cour suprême du Canada s'est prononcée sur cette question dans *RJR-MacDonald*, *supra* note 16 aux pp. 334-35.

¹²¹ [1988] 2 R.C.S. 712, 54 D.L.R. (4^e) 577.

aussi sur des données statistiques anciennes et plus récentes. Or, leur crédibilité n'avait pas été mise en doute. On a donc tenu ces faits pour avérés¹²².

Par contre, dans l'affaire *RJR-MacDonald*¹²³, on avait tenté de fonder sur une preuve scientifique le jugement de fait selon lequel il existe un lien de causalité entre l'interdiction de la publicité sur le tabac et la diminution de l'usage du tabac. On avait présenté un rapport gouvernemental néo-zélandais de 1989 établissant une certaine corrélation entre les deux phénomènes et on avait aussi fait témoigner un expert qui a confirmé l'exactitude du rapport. Or, le juge de première instance avait mis en doute la crédibilité du rapport et celle de l'expert pour le motif que leur jugement causal n'était pas conforme aux règles de preuve et d'argumentation rationnelle propres à la discipline scientifique pertinente¹²⁴. Puisque personne n'avait tenté de rétablir leur crédibilité, la majorité des juges de la Cour suprême a considéré que la preuve scientifique ne fournissait pas un fondement rationnel au jugement de fait¹²⁵.

Il peut arriver que les opinions scientifiques soient contestées parmi les experts d'une même discipline. Les faits soumis à l'observation sont souvent si complexes que les chercheurs ne peuvent les identifier ni les décrire sans avoir recours à des théories scientifiques d'arrière-plan. Or, ces théories sont parfois elles-mêmes contestées. Cela est particulièrement manifeste en sciences humaines où les économistes, les sociologues, les psychologues, les pédagogues analysent et interprètent souvent les mêmes phénomènes à la lumière de théories normatives d'arrière-plan, de catégories, de généralisations et de méthodes contestées par les scientifiques de la même discipline. La question de savoir si, pour expliquer ou décrire les comportements humains, il faut tenir compte des intentions, des buts et des raisons d'agir des agents ou s'en tenir uniquement à l'observation des faits empiriques ; celle de savoir sur quelle base théorique (mécaniste ou autre) établir l'existence d'un lien de causalité entre deux phénomènes lorsque tout ce qu'on peut enregistrer est une certaine corrélation entre les deux ; celle de savoir à quel moment une relation causale entre deux phénomènes peut être généralisée par une «loi» à des cas hypothétiques qui n'ont pas encore été observés ; celle de savoir si une politique législative dont l'objectif est de modifier les comportements humains aura vraiment l'effet anticipé alors que d'autres facteurs environnementaux peuvent aussi influencer ces mêmes comportements ; et finalement

¹²² *Ibid.* aux pp. 777-78.

¹²³ *Supra* note 16.

¹²⁴ En première instance, le juge Chabot avait commenté la valeur probante du rapport en ces termes :

En ce qui a trait au *T.S.B. Report*, le Tribunal ne peut que noter que celui-ci comporte des erreurs graves de méthodologie et un manque de rigueur scientifique qui le rendent à toutes fins utiles sans valeur probante. C'est un rapport avec un point de vue manifeste et le résultat du rapport est conforme à ce point de vue (*Imperial Tobacco Ltd. c. Canada (P.G.)*, [1991] R.J.Q. 2260 à la p. 2309, 82 D.L.R. (4^e) 449).

Au sujet de la crédibilité du témoin expert, il écrit : «[L]es données de base utilisées par le Dr. Harris sont aléatoires et [...] sa méthodologie conduit nécessairement au résultat recherché» (*ibid.*).

¹²⁵ *RJR-MacDonald*, *supra* note 16 à la p. 340.

celle de savoir s'il faut tenir compte de l'imprévu et de l'imprévisible dans les prédictions, sont controversées et leur solution dépend des théories et métathéories scientifiques et épistémologiques d'arrière-plan pouvant faire l'objet de débats vigoureux.

Pourtant, le législateur doit parfois opter pour l'une ou l'autre des propositions controversées. Il doit tenir pour acquis soit l'existence (probable, vraisemblable) d'un fait, soit sa non-existence. En vertu de la théorie du fondement rationnel, un jugement de fait appuyé d'une opinion ou d'une preuve documentaire controversée peut néanmoins posséder un fondement rationnel lorsque ces dernières sont crédibles. Ainsi, une opinion d'expert ou une preuve documentaire crédible peut constituer un motif soutenant valablement un jugement de fait même si elle est controversée. Cela ne signifie évidemment pas que le jugement de fait est vrai, bien qu'il puisse l'être. Cela signifie uniquement que le législateur peut s'appuyer sur elle pour fonder un jugement de fait et motiver une décision politique. Cette position a été adoptée par la Cour suprême du Canada : lorsque la législation est motivée par un jugement de fait qui repose sur des «preuves scientifiques crédibles mais divergentes», on doit considérer que le motif est valable¹²⁶.

Enfin, il peut arriver que ni la connaissance d'office ni la preuve directe de nature scientifique ne parviennent à établir le fondement rationnel d'un jugement de fait avancé au soutien d'une mesure législative. Les éléments qui permettraient de l'appuyer peuvent être, par nature, impossibles à observer ou, dans l'état actuel de la connaissance, nettement insuffisants. Est-ce dire que ces jugements de fait n'ont pas de fondement rationnel ? Pas nécessairement. Il y a des choses que l'on sait (ou que l'on croit rationnellement savoir) sans en posséder de preuves formelles et sans même que des preuves soient disponibles. Cela est particulièrement vrai en sciences humaines. Nous savons, par exemple, qu'un individu visé par un discours haineux peut se sentir insulté et humilié et que cela peut avoir un effet négatif sur l'estime de soi pouvant conduire jusqu'à l'exclusion sociale volontaire¹²⁷. On n'a pas besoin de preuve particulière pour démontrer le bien-fondé de ce jugement causal. On le sait. De même,

¹²⁶ Dans *Irwin Toy*, *supra* note 18, la Cour semblait vouloir limiter cette attitude aux lois dans lesquelles l'État jouait le rôle d'arbitre entre les revendications concurrentes et légitimes de différents groupes dans la société, par opposition aux lois dans lesquelles l'État est un adversaire singulier de l'individu. Voir toutefois «Justification des restrictions aux droits constitutionnels», *supra* note 6.

¹²⁷ Dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 114 A.R. 81, le juge en chef Dickson a soutenu une proposition semblable. Il écrit :

À mon avis, il est normal qu'un individu visé par une propagande haineuse se sente humilié et avili. [...] La dérision, l'hostilité et les injures encouragées par la propagande haineuse ont en conséquence un profond effet négatif sur l'estime de soi et sur le sentiment d'être accepté. Cet effet peut amener les membres du groupe cible à des réactions extrêmes, à éviter peut-être les activités qui les mettent en contact avec des personnes n'appartenant pas à ce groupe ou à adopter des attitudes et des comportements qui leur permettront de se fondre avec la majorité (*ibid.* à la p. 746).

Comment pourrait-on être en désaccord ?

il n'est pas nécessaire de prouver que le fait d'être sujet à des images publicitaires peut influencer nos comportements et nos croyances. Nous le savons. Pourquoi ?

Nous le savons pour la simple raison que nous sommes des êtres humains et que nous vivons des expériences proprement humaines. Nous savons, par exemple, que le comportement humain est complexe et que cette complexité est liée au fait que les êtres humains ont des motivations, des peurs, des espoirs, des ambitions, des idéaux, des déceptions, des croyances, des frustrations, des loyautés, des joies, des passions, etc. Nous savons tout cela parce que nous avons nous-mêmes une vie intérieure que nous exprimons en ces termes et une expérience personnelle de ce genre de comportement. Nous savons que les individus qui se donnent des buts tentent généralement d'utiliser les meilleurs moyens disponibles pour les atteindre puisque c'est généralement la manière dont nous et nos proches agissons. Nous savons que la publicité peut influencer les individus parce qu'elle nous a parfois influencés. Nous savons que la propagande haineuse peut porter atteinte à l'estime de soi des individus visés puisque nous savons que les idées que nous avons de nous-mêmes, de notre identité, dépendent en grande partie de notre «reconnaissance» sociale, c'est-à-dire de ce que les autres membres de la communauté croient ou pensent que nous sommes, et nous savons que le discours haineux projette aux individus visés l'image qu'ils sont des êtres inférieurs et socialement indésirables. Il n'y a pas besoin de prouver formellement le bien-fondé de ces propositions. Notre connaissance personnelle de la nature, de la psychologie, de la vie intérieure et du comportement des êtres humains leur fournit tout le fondement rationnel dont ces propositions ont besoin¹²⁸.

Bien entendu, en pratique, de tels jugements tirent toujours leur signification particulière du contexte culturel, linguistique et historique dans lequel ils s'insèrent. Pour cette raison, dans une réflexion sur la place des sciences humaines en droit, Ronald Dworkin a pu qualifier certains d'entre eux de jugements «interprétatifs»¹²⁹. Selon lui, les jugements interprétatifs nous font comprendre certains phénomènes dont le sens n'est intelligible que dans le contexte culturel et linguistique de la communauté même. «Interpretative judgments [...] must be framed in the critical vocabulary of the community in question [...] they are based upon judgments of convention, that is, of shared understandings that reinforce each other»¹³⁰. Ainsi, le jugement selon lequel «segregation is degrading and insulting to the black community» n'aurait pas besoin

¹²⁸ On pourrait assimiler cette forme de connaissance personnelle à la traditionnelle «connaissance d'office» des faits. Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à le faire, comme le rappelle Danielle Pinard dans «La notion traditionnelle», *supra* note 113 aux pp. 132-42. Pour les fins de la théorie du fondement rationnel, cette question est immatérielle, bien que j'aie actuellement tendance à croire, à la suite de Pinard, que le domaine de la «connaissance d'office» est plus restreint et ne devrait pas être confondu avec ce qu'on peut nommer la «connaissance personnelle» des juges, du moins dans le sens où je l'entends ici. Voir *ibid.* à la p. 142. Pour une conception différente, voir Sopinka, Lederman et Bryant, *supra* note 114 aux pp. 985-86.

¹²⁹ R. Dworkin, «Social Science and Constitutional Rights—the Consequences of Uncertainty» (1977) 6 J. Law & Education 3.

¹³⁰ *Ibid.* à la p. 6.

d'être prouvé comme on prouve la vérité ou la probabilité d'un jugement causal ordinaire. «It is not that we don't *need* to know it nor that there isn't something there to know. There is a fact of the matter, namely that segregation is an insult, but we need no evidence for that fact—we just know it. It's an interpretative fact» [italiques dans l'original]¹³¹. Néanmoins, je soumets que le fondement de ce type de jugement procède du même principe : il y a des faits sociaux qui échappent aux démonstrations empiriques et que l'on sait pourtant pour la simple raison que nous sommes des êtres humains et que nous avons des expériences proprement humaines qui tirent leur signification du contexte culturel, linguistique et historique plus large dans lequel nous vivons.

Certes, cela ne veut pas dire que tous ces jugements sont vrais. Le comportement humain est complexe et ce type de jugement peut ouvrir la voie à de graves préjugés. Si nous avions le moyen de les tester nous devrions peut-être en abandonner quelques-uns. Nous devons donc être très prudents avant d'affirmer, en l'absence de preuve formelle, qu'un jugement de fait est rationnellement fondé. Nous pourrions être dans l'erreur. Nous pourrions voir des liens causals là où il n'y a que de simples corrélations accidentelles (ce que les philosophes nomment *post hoc ergo propter hoc*). Il importe donc de débattre dans un esprit d'ouverture du fondement rationnel des jugements de fait (ou «interprétatifs») fondés sur notre connaissance personnelle des motivations et du comportement humains. Néanmoins, en général, à défaut de raison valable de croire que de tels jugements sont erronés, nous pouvons estimer — et nous estimons généralement — qu'ils sont rationnellement fondés.

Dans l'affaire *RJR-MacDonald*, le juge McLachlin a énoncé que même si le lien causal pouvait «ne pas être mesurable du point de vue scientifique»¹³², la Cour «s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal [...] *sur le fondement de la raison ou de la logique*, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien» [nos italiques]¹³³. Les jugements qui affirment un lien de causalité peuvent donc avoir un fondement rationnel s'ils découlent de la «raison» ou de la «logique». Le juge La Forest, dans sa dissidence, estimait que même en l'absence de preuve scientifique crédible, un jugement de fait peut être rationnellement fondé s'il découle d'une «observation de gros bon sens» (*common sense observation*)¹³⁴. Les deux juges citent avec approbation un passage de l'affaire *Butler*¹³⁵ dans lequel le juge Sopinka avait soutenu qu'«il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance»¹³⁶.

¹³¹ *Ibid.* à la p. 5.

¹³² *RJR-MacDonald*, *supra* note 16 à la p. 339.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.* à la p. 291. «Je note en passant que, selon la jurisprudence récente de notre Cour, l'observation du gros bon sens qui précède est suffisante en soi pour établir un lien rationnel en l'espèce» (*ibid.* à la p. 292).

¹³⁵ *Supra* note 17.

¹³⁶ *Ibid.* à la p. 502. À mon avis, cette proposition générale énoncée par le juge Sopinka est, dans l'abstrait, incontestable. Elle devient toutefois fort critiquable lorsqu'elle énonce avec la même logi-

Je soumetts que les mots «raisonnable», «logique» et «gros bon sens» utilisés dans le contexte de ces décisions doivent être compris comme signifiant qu'il existe des faits que l'on peut connaître du seul fait que, en tant qu'êtres humains, nous avons des expériences personnelles des motivations individuelles et des comportements humains. Même en l'absence de preuve formelle pour les appuyer, nos jugements de fait peuvent avoir un fondement rationnel et, conséquemment, ne pas être arbitraires ou non-rationnels. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, il s'agissait de savoir si la publicité sur le tabac incitait les gens à fumer. Ce lien causal n'était soutenu par aucune preuve scientifique crédible. Cependant, le juge McLachlin a estimé que «la publicité de style de vie peut logiquement être considérée comme ayant une tendance à dissuader de cesser de fumer ceux qui autrement cesseraient» et, en revanche, que «les mises en garde sur les emballages, attribuées ou non, peuvent être considérées comme une façon d'inciter les gens à diminuer ou abandonner leur usage du tabac»¹³⁷. Comment ne pas être d'accord ? Notre expérience personnelle nous permet de comprendre l'influence de l'environnement social sur la conduite humaine, notamment de la publicité, et elle est suffisamment fiable pour fournir un fondement rationnel à ce jugement.

Comme on le sait, en vertu de l'article premier de la *Charte*, il incombe à la partie qui demande le maintien d'une restriction aux droits garantis de montrer, conformé-

que que le fait d'être exposé à des images pornographiques peut causer des actes antisociaux de violence sexuelle (voir *ibid.*). C'est certainement une chose que d'être influencé par ce que l'on lit ou l'on voit (un roman policier, un film violent), mais c'en est une autre que de commettre nous-mêmes les actes posés dans le roman ou le film. Voilà, me semble-t-il, ce que notre expérience du comportement humain et des motivations individuelles devrait nous enseigner ! Le juge Sopinka cite le rapport de la Commission Meese sur la pornographie (États-Unis, *Attorney General's Commission on Pornography: Final Report*, vol. 1, Washington, D.C., U.S. Department of Justice, 1986) à l'appui de son inférence. Or, cette Commission fondait elle-même son jugement spécifique de causalité entre la pornographie et la violence sur des données scientifiques empiriques. Il est vrai qu'elle a référé à la connaissance personnelle du comportement humain ; mais c'était uniquement dans le but de confirmer ce jugement spécifique fondé sur des données scientifiques. Or, au moins deux commissaires et certains scientifiques dont les travaux ont été utilisés par la Commission Meese ont mis en cause la crédibilité du rapport Meese : on aurait mal compris ou mal utilisé les travaux en question. Voir généralement G. Hawkins et F.E. Zimring, *Pornography in a Free Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991 à la p. 99 et s. La grande question est de savoir si c'est la pornographie qui cause des actes sexuels violents ou si ce n'est pas plutôt une orientation sexuelle déviante qui incite les criminels sexuels à consommer de la pornographie. Certaines études tendent à démontrer que la pornographie est utilisée par certains comme un aspect de leur sexualité déviante. D'autres études tendent à nier le lien de causalité entre le fait de consommer de la pornographie et le fait de poser des actes sexuels violents. Voir par ex. aux États-Unis : États-Unis, *Report of the Commission on Obscenity and Pornography*, Washington, D.C., Supt. of Docs., U.S. G.P.O., 1970 aux pp. 24-27, et États-Unis, *Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography*, vol. 7, Washington, D.C., Supt. of Docs., U.S. G.P.O., 1970 aux pp. 24-27 ; en Grande Bretagne : Royaume-Uni, *Report of the Committee on Obscenity and Film Censorship*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1981 au c. 6 ; et au Canada : Canada, *Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution*, vol. 1, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985 aux pp. 99-101. Aucun d'entre eux n'a pu établir un lien de causalité entre la violence et la pornographie.

¹³⁷ *RJR-MacDonald*, *supra* note 16 à la p. 342.

ment à la norme de preuve établie (la prépondérance des probabilités), qu'il existe au moins une raison valable, au sens de la théorie du fondement rationnel, de croire que les jugements de fait sont vrais, vraisemblables ou autrement rationnellement fondés. À défaut de rencontrer ce fardeau, la Cour doit conclure que le motif allégué au soutien de la mesure n'est pas valable. Le cas échéant, cela ne signifie pas qu'il n'existe aucun motif valable au soutien du jugement de fait, ni que le législateur n'avait aucun motif valable de croire au bien-fondé de son jugement. Cela peut simplement signifier que la partie qui devait montrer à la Cour que la mesure était justifiée n'a pas renversé son fardeau de preuve¹³⁸.

D. Les jugements de valeur

Pour être valables, les motifs allégués qui énoncent un jugement de valeur, c'est-à-dire un jugement sur le caractère désirable ou indésirable d'un objet, doivent aussi avoir un fondement rationnel. Cela implique que les jugements de valeur eux-mêmes doivent être rationnellement fondés. Je sou mets à cette fin que les jugements de valeur doivent rencontrer trois conditions : (i) ils doivent constituer une appréciation de l'objet évalué, (ii) l'appréciation doit être fondée sur une ou plusieurs des caractéristiques de l'objet évalué et (iii) cette appréciation doit être justifiable rationnellement compte tenu des critères (standards, règles ou normes) de l'une des interprétations plausibles des champs normatifs dans lesquels les critères s'inscrivent. Autrement, les motifs allégués qui exprimeraient les jugements de valeur ne seraient pas valables.

On pourrait immédiatement objecter, sur la base d'une théorie philosophique de type «émotiviste», que les jugements évaluatifs, notamment les jugements moraux, constituent essentiellement l'expression des préférences, des attitudes, des émotions ou des sentiments des agents qui les expriment¹³⁹. Comme le soutenait Stevenson,

¹³⁸ Je voudrais faire mienne la distinction entre l'objet de la preuve et l'intensité du fardeau de preuve. Voir «L'affaire du tabac», *supra* note 10. L'objet de la preuve (le fait à prouver) est l'existence d'un fondement rationnel au jugement de fait posé par le législateur. L'intensité du fardeau de la preuve exige la prépondérance des probabilités. Un plaideur pourrait donc échouer à démontrer, par prépondérance de probabilités, que tel jugement de fait (qu'on croit être vrai, vraisemblable ou autrement fondé) possède un fondement rationnel. Cependant, comme cet échec est interne à la pratique judiciaire, il n'autorise pas l'inférence selon laquelle, dans la réalité, le jugement de fait n'avait aucun fondement rationnel. Ce sont deux questions distinctes.

¹³⁹ L'émotivisme a été principalement élaboré dans le contexte de la philosophie morale. Voir par ex. C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1944 ; A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, 2^e éd., Londres, V. Gollancz, 1946. Cette philosophie trouve ses racines dans les travaux de David Hume, *Traité de la nature humaine*, trad. par P. Saltel, Paris, Garnier Flammarion, 1991 ; Hobbes, *supra* note 48, c. 6 ; les travaux du Cercle de Vienne de 1918 à 1919 ; C.K. Ogden et I.A. Richards, *The Meaning of Meaning*, New York, Harcourt Brace & Co., 1923. En faisant les changements qui s'imposent, on peut associer aux théories émotivistes d'autres philosophies morales «sceptiques», incluant des philosophies qui font pourtant grand cas de la rationalité. Voir par ex. C. Perelman, «De la justice» dans C. Perelman, dir., *Justice et raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963, 9 :

l'assertion évaluative «Ceci est bien» signifie la même chose que «J'approuve ceci» et l'assertion «Cela est mauvais» signifie la même chose que «Je désapprouve cela»¹⁴⁰. Ainsi, non seulement ne résultent-ils pas d'un processus rationnel, mais même lorsque l'expression d'un jugement évaluatif entraîne effectivement l'«adhésion» d'un interlocuteur, ce phénomène n'est pas le produit d'un processus de délibération où des arguments concurrents sont rationnellement confrontés à leur mérite. L'adhésion résulte uniquement de l'effet affectif *non rationnel* que produit cette expression sur les préférences, attitudes, émotions ou sentiments d'autrui.

La théorie que présuppose cette objection est fort discutable. Je n'ai toutefois pas pour objet de la confronter à son mérite dans cet article. Il suffit de rappeler qu'un courant important de la philosophie contemporaine, notamment en philosophie morale analytique, suite à l'examen serré de la nature du discours rationnel par lequel nous justifions nos jugements évaluatifs en pratique, a pris ses distances avec les théories de type émotiviste. Leurs travaux tendent à démontrer non seulement qu'il n'existe pas aujourd'hui de bonnes raisons de présupposer que les jugements de valeur, incluant les jugements d'ordre éthique, ne peuvent pas être rationnellement fondés, mais qu'il y a même des bonnes raisons de croire que les jugements de valeur résultent d'un processus rationnel d'évaluation qui comporte ses propres critères de raisonnement et d'argumentation¹⁴¹.

Les principes les plus généraux d'un pareil système [normatif], au lieu d'affirmer ce qui est, déterminent ce qui vaut : ils posent une valeur, la valeur la plus générale, dont se déduisent les normes, les impératifs, les commandements. Or, cette valeur n'a de fondement ni dans la logique, ni dans la réalité [...] la valeur n'est ni universelle ni nécessaire : elle est, logiquement et expérimentalement, arbitraire. [...] Notre effort de justification des règles pour en éliminer, dans la mesure du possible, l'arbitraire, doit s'arrêter à un principe injustifié, à une valeur arbitraire (*ibid.* à la p. 70).

Perelman a cependant abandonné ce point de vue ultérieurement. Voir C. Perelman, *Droit, morale et philosophie*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976 aux pp. 45-50. Voir aussi les théories «prescriptivistes», par ex. R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952 à la p. 69 ; les théories «existentialistes», par ex. J.-P. Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, Nagel, 1967.

¹⁴⁰ Stevenson, *ibid.* à la p. 21 et s.

¹⁴¹ Cela ne signifie pas que tous les auteurs qui participent de ce courant partagent la même conception du raisonnement pratique. En philosophie morale et politique, voir par ex. S.E. Toulmin, *An Examination of the Place of Reason in Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1958 ; K. Baier, *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, Ithaca (N.Y.), Cornell University Press, 1958 ; P. Taylor, *The Normative Discourse*, Englewoods Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1961 ; *Theory of Justice*, *supra* note 82 ; A. Gewirth, *Reason and Morality*, Chicago, University of Chicago Press, 1978 ; B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980. En philosophie du droit, voir par ex. C. Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1990 aux pp. 218-46 ; C. Perelman et L. Olbrechts-Tytéca, *Traité de l'argumentation*, Paris, Presses universitaires de France, 1958 ; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 ; R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985 ; R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986 ; R. Alexis, *A Theory of Legal Argumentation [:] The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trad. par R. Adler et N. MacCormick,

La théorie du fondement rationnel procède de ce courant en philosophie contemporaine. Elle présuppose que les jugements de valeur allégués au soutien d'une mesure législative peuvent être rationnellement fondés et récuse, de ce fait, les théories «émotivistes». Voici quelques-unes des conditions d'un fondement rationnel qu'elle prescrit.

Les jugements de valeur doivent constituer un verdict sur le caractère désirable ou non, digne ou indigne, juste ou injuste, bon ou mauvais, raisonnable ou déraisonnable, cher ou économique, excellent ou médiocre, beau ou laid, de l'objet évalué. Ils ne peuvent pas simplement exprimer les goûts, les préférences subjectives et les émotions personnelles de l'agent qui les énonce. Lorsqu'on exprime un goût personnel tel que «je n'aime pas la crème glacée», on n'indique pas si l'objet dont il est question est désirable ou indésirable. On indique que nous avons certaines dispositions ou sentiments envers un objet donné. Ainsi, si le seul motif pour lequel une loi interdisait aux prisonniers de voter était le fait que ces derniers dégoûtaient les députés, ce motif n'exprimerait aucun jugement de valeur. Il fournirait une information sur ce que les députés ressentent à l'égard des prisonniers, c'est-à-dire un jugement de fait.

On pourrait objecter que les goûts, les préférences et les émotions des députés peuvent néanmoins être soutenus par certaines considérations rationnelles plus «objectives». On pourrait avancer, par exemple, que le fait que les prisonniers n'aient pas respecté les lois du pays ou qu'ils aient violé l'intégrité physique ou la propriété d'autrui constitue une raison qui justifie le sentiment des députés. J'en conviens. Mais il ne s'ensuit pas que le dégoût des députés justifierait la loi. Cette dernière demeurerait justifiée par l'ensemble des considérations plus «objectives» qui aurait provoqué leur sentiment.

On pourrait avancer une objection d'une autre nature. Puisque dans une démocratie représentative, les députés sont élus pour déterminer les normes publiques de conduite, les goûts, les préférences et les émotions des députés devraient pouvoir légitimement, au moins dans certains cas, être considérés comme des bonnes raisons d'agir et, conséquemment, constituer des justifications suffisantes des lois. N'est-il pas vrai, du reste, que le processus de décision politique comporte souvent des aspects non-rationnels¹⁴² ? Admettons que cette argumentation soit valable. Elle n'impliquerait pas

Oxford, Clarendon Press, 1989. Mes propres travaux s'inscrivent aussi dans ce cadre. Voir par ex. *Rule of Law*, *supra* note 1 ; «Norme de retenue judiciaire», *supra* note 3 ; «Interprétation téléologique», *supra* note 26.

¹⁴² Voir par ex. R. Nagel, *Constitutional Cultures*, Berkeley, University of California Press, 1989, c. 6. Nagel avance une thèse «anti-rationnaliste», communautarienne et conservatrice de la décision politique fortement inspirée des réflexions du philosophe Michael Oakeshott. Pour l'auteur, «rationalism is not synonym for justification» (*ibid.* à la p. 109). Il soutient que des «sentiment-based objectives are not necessarily inferior bases for public policy» (*ibid.* à la p. 113). Les législateurs :

[R]espond to wildly irrational arguments and even to power unadorned by intellectual argumentation. [...] [T]hey do not necessarily pay any attention to the information they do have [...]. Compared to [...] the ideal of the judicial process, the legislative process is

que l'expression des goûts, des préférences ou des émotions des députés constitue un jugement de valeur. Elle affirmerait uniquement que les sentiments des députés constituent des considérations capables de justifier une mesure législative au même titre que d'autres raisons valables ; ce qui serait une question distincte. Néanmoins, je ne crois pas que l'argumentation, telle que formulée, soit valable. En érigeant les goûts, les préférences et les émotions des députés au statut de justification valable des normes publiques de conduite, cette argumentation présuppose que ces goûts, préférences et émotions peuvent être «légitimement» imposés à tous les membres de la communauté. L'argumentation présuppose ainsi qu'ils peuvent constituer la mesure du «bon goût», au moins aux fins de la sphère politique. Mais pour quels motifs ? Probablement pour le motif que ce sont les goûts, les préférences et les émotions des députés, c'est-à-dire, plus abstraitement, ceux de l'institution législative dont les membres sont élus démocratiquement. Dans ce cas, l'argumentation doit présupposer que le législateur possède certaines qualités grâce à sa position institutionnelle représentative, notamment celle de pouvoir légitimer lui-même la mesure du «bon goût». Une telle thèse n'est pas sans rappeler la théorie selon laquelle tout ce que le souverain décide est «juste et bon» pour le seul motif que c'est lui qui l'a «voulu» et «décidé». Je sou mets donc que l'argumentation devrait être repoussée pour les mêmes motifs que ceux que j'ai avancés plus haut pour réfuter la théorie de la souveraineté¹⁴³.

On pourrait, bien entendu, modifier l'argumentation et avancer que la décision prise à la majorité des représentants élus est *ipso facto* la décision de la communauté toute entière. Il s'ensuivrait que les goûts ou préférences des représentants élus incarneraient ceux de toute la communauté ; il n'y aurait donc pas d'«imposition» de la mesure du bon goût. L'une des thèses avancées par Robert Nagel pourrait constituer

a nightmare of irrational decision making. Legislative "irrationality", however, provides real advantages to a democratic system (*ibid.* à la p. 119).

Ces avantages sont de l'ordre des compromis, de la poursuite de multiples buts en même temps, de la souplesse dans la formulation des objectifs et dans le choix des moyens, des réajustements, etc., ce qui favorise, si je comprends bien l'argument, les consensus et les politiques avantageuses pour chacun. Cette thèse est une ode à l'irrationalisme en politique. Elle est provocatrice et, si elle était bien fondée, pourrait même remettre en question la théorie du fondement rationnel. Je ne réfuterai pas cette thèse dans cet article. Je soulignerai seulement deux choses. Premièrement, Nagel avance une conception du «rationalisme» très rigide, inspirée de Oakeshott (voir *ibid.* à la p. 109), que la théorie du fondement rationnel n'a pas nécessairement à partager. Cette dernière peut admettre que les émotions, les intuitions, la prudence, la sagesse, l'instinct, etc., peuvent provoquer et «motiver» une décision politique. La question est de savoir si le législateur peut s'appuyer sur ces sentiments sans fournir de raisons valables. La théorie du fondement rationnel répond non. Voir aussi *Rule of Law*, *supra* note 1. Deuxièmement, je doute fort que des décisions politiques irrationnelles ou non-rationnelles soient plus désirables dans une démocratie que des décisions rationnelles. Au contraire, il semble bien que notre engagement à respecter la dignité de chaque individu oblige les décideurs publics à motiver leurs actes sur la base de considérations rationnelles, ne serait-ce que pour se conformer à un certain idéal d'égalité et éviter les injustices. Sur une thèse semblable à celle de Nagel, voir H.A. Linde, «Due Process of Lawmaking» (1976) 55 Neb. L. Rev. 197 aux pp. 235-36, 221, 211-12.

¹⁴³ Voir le texte correspondant aux notes 68, 83.

une version de cet argument¹⁴⁴. Nagel soutient que «in requiring visual barriers around drive-in movie theaters that show films displaying nudity, a community is plainly expressing a taste as to the kinds of images that will dominate its night sky» [nos italiques]¹⁴⁵. Ce point soulève la difficile question de savoir ce qui forme une communauté : la majorité de ses membres ? La très grande majorité ? Seulement ceux qui partagent les mêmes goûts ? Quel est le statut du propriétaire du «drive-in» qui ne partage pas les goûts exprimés ? Est-il quand même membre de la communauté ? Ou en est-il exclu du seul fait de son désaccord¹⁴⁶ ? En fait, dans une démocratie contemporaine, la vraisemblance qu'il puisse y avoir une identité de sentiments entre les préférences des représentants et celles des membres de la «communauté» semble empiriquement et sociologiquement inversement proportionnelle à son degré de pluralisme. On pourrait donc croire qu'une telle identité n'est intelligible que sur un plan métaphysique¹⁴⁷.

Les jugements de valeur avancés au soutien d'une mesure législative doivent être fondés sur une ou plusieurs caractéristiques de l'objet évalué qui, pour diverses raisons valables, peuvent pousser un agent rationnel à le considérer désirable ou indésirable. Il s'ensuit que les motifs qui les justifient ne peuvent pas constituer uniquement l'expression des goûts, des préférences subjectives et des émotions personnelles de l'agent qui les énonce. Supposons que le jugement selon lequel «les prisonniers sont indignes de voter» avancé au soutien d'une loi niant aux prisonniers le droit de voter était fondé sur le fait que les députés «haïssent» les prisonniers. Le jugement de valeur n'aurait pas de fondement rationnel. L'expression des émotions des députés à l'égard des prisonniers n'indiquerait aucune caractéristique de ce qui est évalué, en l'occurrence les prisonniers, qui pourrait pousser un agent rationnel à les juger indignes du droit de voter. Elle ne ferait qu'indiquer le sentiment des uns à l'égard des autres, c'est-à-dire une caractéristique des députés.

L'expression des goûts, des préférences et des émotions d'un agent ne peut en elle-même justifier un jugement de valeur. D'une part, les sentiments d'une personne ne se prêtent pas à une argumentation rationnelle destinée à convaincre un agent rationnel de la valeur d'un objet donné. C'est d'ailleurs en ce sens qu'on dit que «ça ne se discute pas». Ce sont des faits dont on peut simplement prendre acte. D'autre part, il n'existe aucune connexion matérielle, aucun lien de pertinence, entre la raison avancée (le fait de «haïr» un groupe) et le jugement de valeur dont elle est la raison (le jugement sur la dignité de ce groupe). Elle ne saurait donc pas persuader rationnellement un agent que le jugement de valeur est bien fondé.

¹⁴⁴ Voir Nagel, *supra* note 142.

¹⁴⁵ *Ibid.* à la p. 112.

¹⁴⁶ Dans *Erznoznik c. Jacksonville (City of)*, 422 U.S. 205 (1975), 95 S.Ct. 2268, d'où était tiré cet exemple, l'appelant Richard Erznoznik était le «manager of the University Drive-In Theatre» à Jacksonville.

¹⁴⁷ Pensons par exemple à une thèse qui rendrait compte d'une forme de transsubstantiation des sentiments des uns en sentiments des autres (un peu comme l'avait tenté Rousseau). Mais il y aurait beaucoup à dire à l'encontre d'une telle théorie, notamment son potentiel «totalitaire».

Il est vrai qu'en exprimant ses goûts, ses préférences ou ses émotions à l'appui d'un jugement de valeur dans certains contextes, une personne peut produire un effet tel que des individus pourront croire avoir été «convaincus» du bien-fondé du jugement. Cependant, la «conviction» dont il est question dans cette hypothèse résulte plutôt d'une rhétorique efficace dans des situations psychologiques complexes où un mélange d'influence, d'admiration, de pouvoir, d'autorité, de charisme, de démagogie ou de manipulation suscite l'adhésion d'un interlocuteur à un point de vue donné. On ne saurait inférer de ces situations la proposition que les goûts, les préférences et les émotions d'une personne influente sont capables de justifier un jugement de valeur.

Les jugements de valeur doivent aussi être justifiables sur la base des critères (règles, normes ou standards) de l'une des interprétations plausibles des champs normatifs dans lesquels ils s'inscrivent. Ils ne doivent pas être carrément inacceptables ou, selon l'un des sens possibles d'une expression familière en droit administratif canadien, «manifestement déraisonnables». Ils doivent découler et avoir un sens à l'intérieur de l'une des conceptions plausibles du champ normatif pertinent. Autrement, les jugements de valeur ne seraient pas rationnellement fondés et les motifs qui les expriment ne seraient pas valables.

Les jugements de valeur peuvent être de divers types. Lorsqu'ils servent à justifier une décision politique, ils sont généralement de nature économique, sociale, morale et politique. Ils doivent donc être justifiables à la lumière d'une théorie normative plausible de l'économie politique, la politique sociale, l'éthique et la morale politique¹⁴⁸.

Il n'est pas facile de délimiter le domaine respectif de ces champs normatifs. Disons, d'une manière plus ou moins rigoureuse, que l'économie politique se préoccupe principalement de l'analyse et des conditions de l'accroissement de la richesse, de la création d'emploi, de la stabilité des prix, de la balance des paiements et des conditions qui animent les comportements humains dans une économie de marché, mixte ou communiste (l'action rationnelle, l'intérêt personnel, la rareté des ressources, etc.). À cette fin, les économistes peuvent poser des jugements de valeur, plus ou moins spécialisés, plus ou moins fondamentaux, sur des objets plus ou moins techniques, en tenant compte de méthodes et de concepts admis en théorie économique. Ainsi, le motif avancé au soutien d'une loi énonçant le jugement de valeur suivant : «un taux d'inflation de 10% par an constitue une "crise"» devrait être défendable à la lumière des critères de l'une des théories économiques plausibles¹⁴⁹. Il en serait de même si le

¹⁴⁸ Certains jugements de valeur peuvent être de nature esthétique («tel tableau est une œuvre importante»), architecturale («telle maison mérite protection»), technologique («tel type d'avion est supérieur», «tel logiciel est le meilleur»), militaire («c'est une bonne armée», «c'est une bonne stratégie»), etc. Dans tous ces cas, les jugements de valeur doivent être soutenus par les critères de l'une des théories pertinentes plausibles. Pour les fins de cette section, je limiterai mes commentaires aux jugements économiques, sociaux, moraux et politiques. Néanmoins, les principes sont les mêmes pour tous les jugements de valeur, *mutatis mutandis*.

¹⁴⁹ Cet exemple rappelle l'opinion du juge en chef Laskin dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation* où il a énoncé les propositions de base de la théorie du fondement rationnel. Bien que certains économistes, dont le professeur Lipsey, avaient conclu que l'économie canadienne ne faisait pas

jugement énonçait que «le taux de chômage de 12% par an est “trop” élevé» ou que «tenir un scrutin en prison coûte “trop” cher»¹⁵⁰.

Pour sa part, le champ de la politique sociale se préoccupe principalement, mais non exclusivement, de la santé publique, de l'éducation, du logement, de la participation des individus à la vie communautaire et des citoyens à la vie politique, de la redistribution de la richesse vers les plus défavorisés de la société dont la situation résulte de divers facteurs, dont la pauvreté, la maladie, le chômage et la vieillesse sont les plus connus, et de l'inclusion sociale en général. À cette fin, on doit poser des jugements de valeur, plus ou moins spécialisés, plus ou moins fondamentaux, sur des

face à une crise, le juge en chef énonça que «la Cour ne peut pas être liée par le jugement d'un économiste, quelle que soit la distinction que lui reconnaissent ses collègues, à l'égard d'une question relative à la validité de l'exercice du pouvoir législatif invoqué en l'espèce» (*supra* note 4 à la p. 425). Cela signifie, me semble-t-il, que dès qu'un économiste crédible peut, sur la base de certains faits, rationnellement conclure qu'il y a une «crise» économique, le jugement de valeur du législateur doit être accepté comme étant rationnellement fondé, même si d'autres économistes (dont Lipsey), quelle que soit la distinction que leur reconnaissent leurs collègues, concluent autrement. Bien entendu, on pourrait comprendre l'opinion du juge en chef comme signifiant que même dans l'hypothèse où aucun économiste ne pouvait conclure, compte tenu de toutes les théories économiques plausibles, qu'il existe une «crise», le législateur (souverain), lui, le pourrait et, en conséquence, pourrait utiliser son pouvoir d'urgence. Certes, il faudrait montrer que le jugement s'appuie sur des «faits» pertinents ; mais il ne serait pas nécessaire de prouver que ce jugement s'inscrit dans le cadre d'une théorie économique plausible. Si cette interprétation était la bonne, l'opinion du juge en chef Laskin serait erronée. Un jugement de valeur «économique» qui se situerait en dehors de toutes les théories économiques plausibles ne peut pas être conçu comme rationnellement fondé, quelle que soit la conviction du législateur et quels que soient les faits qui l'appuient. Pourrait-on accepter la proposition selon laquelle le législateur a agi rationnellement (et peut, conséquemment, valablement utiliser son pouvoir d'urgence) en estimant que le fait que le prix de la crème glacée à la vanille a monté de .01 \$ le litre dans un dépanneur à Sherbrooke a plongé le Canada dans une crise économique ou dans une situation critique ? Bien sûr que non. C'est pourquoi il faut insister sur le fait que le juge en chef a exigé la démonstration de faits «exceptionnels». Or, un jugement sur le caractère «exceptionnel» de certains faits présuppose nécessairement une *évaluation* des faits : la Cour doit non seulement conclure que la situation n'est pas normale, mais que l'anormalité est telle qu'elle puisse justifier le jugement selon lequel il y a une «crise» économique justifiant le recours au pouvoir d'urgence (autrement, n'importe quel fait qui sort de l'ordinaire, y compris l'augmentation du prix de la crème glacée dans un dépanneur de Sherbrooke, pourrait justifier le pouvoir d'urgence). Puisqu'une telle évaluation ne peut avoir de sens ni procéder que dans le cadre de l'une des théories normatives économiques plausibles, la thèse selon laquelle le législateur (souverain) pourrait conclure à l'existence d'une «crise économique», même dans l'hypothèse où aucun économiste ne le concluait compte tenu de toutes les théories économiques plausibles, doit être rejetée.

¹⁵⁰ Dans l'affaire *Lee*, *supra* note 9, le motif allégué au soutien de la règle de droit qui niait à un accusé le droit à un second procès avec jury après sa non-comparution au premier était que la non-comparution à un procès avec jury coûtait trop cher. Le juge Lamer, pour la majorité de la Cour suprême, a estimé que ce jugement de valeur d'ordre économique était justifié car, *globalement*, la non-comparution coûte trop cher «pour les individus choisis comme jurés et pour la société dans son ensemble, tant du point de vue de la perte économique et de la perturbation de vies que du point de vue de la confiance dans le système et du respect pour celui-ci» (*ibid.* à la p. 1391). Le motif avait donc un fondement rationnel.

objets plus ou moins techniques, en tenant compte des méthodes et des concepts admis dans diverses disciplines, telles que la science politique, la sociologie, la psychologie et la démographie. Supposons par exemple que le motif avancé au soutien d'une loi énonçait le jugement suivant : «il est inacceptable que des médecins facturent leurs patients en plus du salaire qu'ils reçoivent de l'État». Ce jugement devrait être justifiable à la lumière de critères normatifs de l'une des théories plausibles de la politique sociale telle qu'une version de la social-démocratie qui prescrirait la gratuité des soins de santé. Il en serait de même si le jugement énonçait qu'«un niveau d'analphabétisme de 25% est "grave"», que «les étudiants travaillent "trop" d'heures en moyenne par semaine» ou que «l'exclusion des prisonniers de la vie politique est souhaitable».

L'éthique, quant à elle, se préoccupe principalement des considérations normatives qui guident (ou devraient guider) la conduite individuelle et collective en fournissant les standards du bien et du mal, notamment en indiquant ce que constitue une vie bonne, une bonne action, une vertu, un bon caractère, l'excellence, etc. À cette fin, les jugements de valeur, plus ou moins spécifiques, plus ou moins fondamentaux, procèdent des méthodes de raisonnement et de concepts que la philosophie morale a traditionnellement contribué à clarifier. Supposons que le motif avancé au soutien d'une loi énonçait le jugement de valeur suivant : «les prisonniers ne sont pas suffisamment vertueux». Ce jugement devrait être soutenu par les critères de l'une des théories éthiques plausibles. Il en serait de même si le jugement énonçait que «voler est égoïste», que «la pornographie est immorale», qu'«il est bien de défendre sa patrie» ou qu'«abandonner ses enfants est mauvais».

Enfin, la morale politique se préoccupe principalement des considérations normatives qui guident et permettent de justifier le fondement et le contenu des principes politiques d'un État, la forme des institutions gouvernementales, les objectifs législatifs et le contenu de l'action gouvernementale en général. À cette fin, les jugements de valeur procèdent des méthodes de raisonnement et de concepts que la philosophie politique a traditionnellement contribué à clarifier. Ainsi, en principe, si le motif avancé au soutien d'une loi énonçait le jugement suivant : «il est désirable d'exiger un vote des deux tiers des députés sur telle question», ce jugement devrait être soutenu par l'une des théories normatives plausibles de la morale politique. Cependant, compte tenu des prescriptions de l'article premier de la *Charte* qui énonce que les mesures législatives doivent être justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique, les jugements de valeur qui relèvent de la morale politique doivent être soutenus par les critères d'une théorie plausible de la société libre et démocratique¹⁵¹. Ainsi, un jugement énonçant qu'«il est souhaitable de sanctionner la morale publique» ou qu'«il est injuste de permettre aux prisonniers de voter» devrait être justifiable sur la base des critères d'une conception plausible de la société libre et démocratique¹⁵².

¹⁵¹ Voir *supra* note 2.

¹⁵² Je ne suis pas certain de savoir si, en vertu de la théorie du fondement rationnel, cette exigence de constituer une version plausible de la société libre et démocratique ajoute quoi que ce soit au critère

Il n'est pas toujours possible de classer rigoureusement les jugements de valeur qui justifient les décisions politiques. Premièrement, les jugements de valeur chevauchent régulièrement plus d'un champ normatif. Par exemple, le jugement selon lequel «l'excellence universitaire est désirable» comporte une dimension économique (il indique un aspect du système éducatif qui pourrait accroître la richesse collective) et une dimension sociale (il indique un aspect du système éducatif qui le rend plus performant). Il pourrait donc être justifiable par des critères qui relèvent de l'économie politique (si l'une de ses conceptions plausibles démontrait que l'excellence universitaire contribue à accroître la richesse et que cela est désirable) et par des critères qui relèvent de la politique sociale (si l'une de ses théories plausibles démontrait que l'excellence universitaire constitue un critère de performance et que la performance est un bien social). Ce type de recoupement est généralement le lot des motifs qui appuient les lois traditionnellement qualifiées de «socio-économiques». De même, le jugement selon lequel «voler est mauvais» pourrait se fonder rationnellement sur une position éthique (voler constitue un acte égoïste), sur une position économique (voler est incompatible avec les règles du libre marché) et sur une position sociale (le vol crée une insécurité chez les citoyens et, conséquemment, porte atteinte à leur bien-être).

Deuxièmement, les objets d'étude des divers champs normatifs ne constituent pas des faits objectifs du monde, séparés les uns des autres par nature. Ils sont eux-mêmes délimités, même parfois construits, par les conventions et le langage des sciences humaines qui établissent les diverses approches, perspectives et préoccupations disciplinaires. De plus, dans la pratique, ils sont interdépendants. C'est pourquoi certaines politiques sociales peuvent avoir un impact sur l'économie ou l'éthique qui, selon les critères normatifs adoptés par l'évaluateur, peut être jugé désirable ou indésirable. Ainsi, certains économistes, tels que les monétaristes, estiment que l'État providence n'est pas désirable, alors que plusieurs sociaux-démocrates estiment au contraire qu'il l'est. Pour les premiers, l'interventionnisme nuit à la croissance économique et décourage la concurrence dans une économie de marché en dévalorisant la responsabilité individuelle. Pour les seconds, la satisfaction des besoins par l'État est plus impor-

plus général de la morale politique. D'une part, les versions de la société libre et démocratique sont très nombreuses et variées et couvrent un spectre politique très étendu de droite à gauche. De plus, je ne suis pas encore certain de savoir ce que la théorie du fondement rationnel doit faire avec des idéologies douteuses qui s'accaparent des mots «libre et démocratique» pour s'identifier (par exemple, l'idéologie du «Parti libéral-démocratique» de Vladimir Jirinovski constitue-t-elle une version plausible d'une société libre et démocratique en dépit de son caractère fascisant ? Sinon, quels peuvent être les critères normatifs de la société libre et démocratique pour la théorie du fondement rationnel ?). D'autre part, les idéaux ultimes d'une société libre et démocratique, tels que la liberté, l'égalité, la fraternité, le bien-être général, la paix et la sécurité, etc., sont si abstraits en eux-mêmes et susceptibles d'une relation si complexe les uns avec les autres, qu'on pourrait croire qu'ils autorisent des interprétations plausibles qu'on pourrait trouver dans n'importe quelle théorie de la morale politique concevable, du moins en occident. Bref, il se pourrait qu'en vertu de la théorie du fondement rationnel, le concept «libre et démocratique» ne soit pas très contraignant. Mais je préfère laisser cette question ouverte pour le moment.

tante que la croissance économique à tout prix car elle peut contribuer à l'inclusion sociale. Bien que ce désaccord soit en partie de nature empirique, l'appréciation de l'interventionnisme étatique repose sur des critères normatifs qui peuvent relever de diverses théories économiques et sociales.

Troisièmement, la morale politique (en l'occurrence une conception plausible de la société libre et démocratique) possède un statut particulier par rapport à l'économie politique, à la politique sociale et à l'éthique. D'une part, la morale politique détermine ultimement le type de considérations économiques, sociales ou éthiques *légitimes* aux fins d'une décision politique. C'est elle qui détermine si, par exemple, le fait qu'«un taux de 10% d'inflation par année représente une "crise"» constitue une *bonne raison* d'édicter une loi «anti-inflation» et, par conséquent, de restreindre les droits garantis. De même, c'est la morale politique qui détermine si les affirmations telles que «tenir un scrutin en prison coûte trop cher», «l'exclusion des prisonniers de la vie politique est souhaitable», ou «les prisonniers ne sont pas suffisamment vertueux» constituent des bonnes raisons de nier aux prisonniers le droit de voter. Elle se situe ainsi au niveau le plus fondamental du processus de raisonnement politique pratique¹⁵³. D'autre part, les postulats les plus fondamentaux d'une théorie normative de l'économie politique ou de la politique sociale, par exemple, incarnent toujours une certaine conception de la morale politique. Ces postulats constituent un ensemble de valeurs, finalités ou principes qui présupposent une certaine conception de la société juste, de la bonne société ou du bien commun : le bien-être collectif, la satisfaction des préférences individuelles, la maximisation de la richesse, la justice sociale, l'égalité, la liberté, la dignité humaine, la stabilité, la paix et l'ordre, etc. Inversement, une théorie normative de la morale politique engage généralement une certaine vision de l'économie politique et de la politique sociale.

Il n'est donc pas facile de délimiter de manière rigide les champs normatifs les uns par rapport aux autres et de qualifier rigoureusement les divers jugements de valeur. Néanmoins, en vertu de la théorie du fondement rationnel, ce découpage n'est pas toujours nécessaire. Il suffit généralement, pour la partie à qui incombe le fardeau de démontrer aux tribunaux que la mesure litigieuse est justifiée, de convaincre la Cour, conformément à la norme de preuve admise, que les jugements de valeur avancés au soutien de la mesure possèdent une assise rationnelle et une signification à l'intérieur de l'une des théories normatives pertinentes plausibles. L'objet du contrôle judiciaire n'est pas de vérifier si les jugements de valeur sont bien fondés compte tenu de la *meilleure* théorie normative pertinente. L'objet est de vérifier si les jugements sont formellement capables de constituer un aspect du «fondement rationnel» de la mesure contestée.

Les jugements de valeur peuvent être très pointus ou très généraux. Ils peuvent être posés à l'occasion d'une question spécialisée qui n'a de sens qu'à l'intérieur d'une discipline scientifique donnée (y a-t-il une «crise» d'inflation ou pas ?) ou

¹⁵³ Sur le raisonnement pratique valide, voir la partie *II.E.*, ci-dessous.

d'une question fondamentale qui recoupe plusieurs champs disciplinaires (le bien-être de chacun est-il souhaitable ?). La manière appropriée de montrer aux tribunaux que tel jugement de valeur particulier avancé au soutien d'une mesure législative est rationnellement fondé dépend du type et de la nature du jugement en cause.

Plus les jugements de valeur présupposent une expertise spécialisée ou pointue (par exemple, si l'objet évalué n'a de sens que dans le cadre d'un discours scientifique spécialisé) ou plus les critères d'évaluation n'ont de sens que dans le cadre restreint d'une discipline donnée, plus il importe à la partie à qui incombe le fardeau de démontrer le fondement rationnel de la mesure, de faire appel à l'autorité d'une ou plusieurs personnes dont la compétence est reconnue dans les champs disciplinaires pertinents. Les experts peuvent témoigner directement en cour afin d'exposer un point de vue général sur leur discipline ou commenter le jugement de valeur précis dont il est question dans la cause. Ils peuvent aussi intervenir au moyen d'un affidavit. Si leur crédibilité ne fait pas de doute, alors leur opinion qu'un jugement de valeur est justifiable compte tenu des critères normatifs de l'une des interprétations plausibles de leur champ disciplinaire fournit un motif valable de le tenir comme tel. On peut aussi déposer ou citer des études, des analyses, des rapports d'enquête ou des articles scientifiques crédibles qui soutiennent le jugement de valeur en cause ou qui fournissent les critères qui permettent de le justifier. De tels documents fournissent aussi une bonne raison de conclure que le jugement de valeur est rationnellement fondé¹⁵⁴.

Par contre, moins les jugements de valeur présupposent une expertise spécialisée ou pointue et moins les critères d'évaluation n'ont de sens que dans le cadre restreint d'une discipline donnée, moins il est nécessaire de faire appel à l'autorité d'experts. Dans le processus de justification d'une mesure législative, on avance souvent des motifs qui expriment des jugements de valeur généraux dont les critères semblent fondamentaux, voire ultimes. Le jugement selon lequel «il est désirable de promouvoir la santé publique ou la sécurité des individus» serait de cet ordre. Dans ces cas, il est tout à fait approprié de faire appel à la «connaissance d'office» des faits¹⁵⁵. En l'occurrence, les faits «so notorious as not to be the subject of dispute among reasonable persons» ou les faits «capable of immediate and accurate demonstration by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy»¹⁵⁶ peuvent constituer les jugements de valeur comme tels, même s'ils sont controversés, ou bien ils peuvent constituer les critères normatifs d'une interprétation plausible de l'économie politique, de la politique sociale, de l'éthique et de la morale politique qui justifie ces jugements. La partie à qui incombe le fardeau de montrer que la restriction est justifiée n'a donc pas toujours à établir formellement l'existence de ces «faits» (les jugements

¹⁵⁴ Sur cette question, les critères énoncés dans le texte correspondant aux notes 118 et s. s'appliquent *mutatis mutandis* à la démonstration du fondement rationnel des jugements de valeur.

¹⁵⁵ Voir *supra* notes 113-15, ainsi que le texte correspondant.

¹⁵⁶ Sopinka, Lederman et Bryant, *supra* note 113 à la p. 976.

de valeur et/ou les critères normatifs) conformément aux règles juridiques sur la présentation et l'admission de la preuve¹⁵⁷.

La distinction entre les jugements de valeur dont le fondement rationnel exige une preuve formelle et ceux dont le fondement n'en demande pas est une question de degré. Il faut procéder cas par cas. Néanmoins, comme on peut l'imaginer, le fardeau de preuve devrait être relativement facile à renverser. Dans une démocratie comme la nôtre, les jugements de valeur avancés au soutien des mesures législatives sont généralement justifiables rationnellement sur la base des critères de l'une des conceptions plausibles des champs normatifs pertinents. D'une part, la professionnalisation de la bureaucratie, la vitalité de la presse, les pressions de l'opposition officielle au Parlement, et d'autres éléments similaires, contribuent à maintenir les jugements de valeur dans les limites du raisonnable. D'autre part, la nature même du critère requis par la théorie du fondement rationnel nous oblige à imaginer des cas assez farfelus pour concevoir des motifs qui ne seraient pas valables. En effet, il faut concevoir des cas extrêmes pour qu'un jugement de valeur soit éloigné de toutes les interprétations plausibles des concepts constitutifs de la morale politique (ou de la société libre et démocratique), tels que l'intérêt public, le bien-être général, le bien commun, la justice, ou de toute autre expression de ce genre, au point de pouvoir légitimement conclure que la mesure ne possède aucun «fondement rationnel»¹⁵⁸. Pour cette raison, on peut raisonnablement croire que les jugements de valeur qui soutiennent les mesures législatives sont généralement fondés aux fins de la théorie du fondement rationnel.

E. Un raisonnement pratique valide

Pour être valables, les motifs allégués au soutien d'une mesure litigieuse doivent constituer les prémisses d'un raisonnement pratique valide. Cela peut sembler tautologique, mais une mesure législative dont la justification ne rencontrerait pas certaines exigences minimales de la «rationalité pratique» ne posséderait pas de fondement rationnel. Le raisonnement qui sous-tend une mesure législative doit donc être valide. Autrement, les prétendus motifs n'en seraient pas et, à défaut d'autres justifications, la mesure législative ne posséderait pas de fondement rationnel.

Un raisonnement est une suite de prémisses affirmant des propositions ou des jugements présumés vrais ou acceptables qui, reliées d'une certaine manière les unes aux autres, aboutissent à une autre proposition ou à un autre jugement qu'on nomme la conclusion. Le raisonnement est pratique si la conclusion du raisonnement est elle-même «pratique», c'est-à-dire si elle a pour objet de guider ou de diriger l'action ou la

¹⁵⁷ Sur le concept de «faits sociaux» suffisamment large pour inclure les jugements de valeur et/ou les critères de l'une des théories normatives plausibles et pertinentes, voir *supra* note 118.

¹⁵⁸ Ce serait le cas, par exemple, si une loi interdisait toute forme de relation sexuelle entre adultes pour le motif qu'«il est désirable de mettre fin à la race humaine au Canada». À juste titre, nous pourrions soutenir ici que les députés qui ont voté en faveur de cette loi ont agi d'une manière «manifestement déraisonnable» (pour employer un euphémisme).

décision d'un ou plusieurs agents¹⁵⁹. En général, la conclusion pratique est constituée d'un jugement pratique, c'est-à-dire d'un énoncé normatif sur ce qu'il faut faire ou non, sur ce qu'il convient de faire ou non, sur ce qu'on devrait faire ou non, etc., dans un contexte donné. Elle pourrait aussi exprimer un jugement de valeur sur ce qui est désirable, mais cette valeur indiquerait dès lors à l'agent ce qu'il convient de faire. Un raisonnement pratique est donc une succession de jugements liés les uns aux autres dont le dernier constitue une conclusion pratique¹⁶⁰.

Il n'est pas facile de déterminer avec précision les critères de validité d'un raisonnement pratique. D'une part, la question fait l'objet de vives controverses parmi les spécialistes et, d'autre part, plusieurs aspects du processus de raisonnement échappent à toute tentative de formalisation d'un type logico-mathématique. Néanmoins, mon objectif n'est pas de produire une liste exhaustive de critères. Je veux uniquement énoncer ceux qui, en vertu de la théorie du fondement rationnel, apparaissent les plus significatifs. À cette fin, la décision politique d'interdire la publicité du tabac qui était en cause dans l'affaire *RJR-MacDonald* me servira d'exemple.

Pour être valide, le raisonnement pratique doit être constitué d'au moins deux prémisses et d'une conclusion pratique. Le contenu de ces prémisses doit correspondre aux jugements de fait et aux jugements de valeur qui, pour le législateur, font office de raison. Le contenu de la conclusion pratique doit correspondre à la décision politique qui sous-tend directement la mesure législative. Le raisonnement suivant pourrait donc être valide :

- Il faut protéger la santé publique.
- La consommation du tabac est l'une des principales causes du cancer.
- La publicité du tabac encourage la consommation du tabac.
- Il faut empêcher la publicité du tabac.

Toutes les prémisses doivent être acceptables. Cela ne signifie pas que les jugements qui les constituent doivent être vrais, universellement valides, absolus, évidents par eux-mêmes ou autrement incontestables. Comme nous l'avons vu, en vertu de la théorie du fondement rationnel, il est suffisant qu'ils soient rationnellement fondés.

¹⁵⁹ Il est d'usage d'opposer le raisonnement pratique au raisonnement théorique dont l'objet est plutôt d'étendre nos connaissances.

¹⁶⁰ Voir généralement *Practical Reasoning*, supra note 33 ; R. Blanché, *Le raisonnement*, Paris, Presses universitaires de France, 1973. Certains auteurs soutiennent, sur la base d'une interprétation de la théorie d'Aristote dans *Éthique à Nicomaque*, Paris, Librairie philosophique, 1990 à la section I 146b-47b, que l'aboutissement d'un raisonnement pratique n'est pas tant une conclusion qu'une action. Voir généralement *Practical Reasoning*, *ibid.* aux pp. 5, 33 et s., 46 et s. Ce débat ne semble pas d'une très grande pertinence aux fins de la théorie du fondement rationnel. Dans le contexte législatif, on peut admettre que l'acte d'édicter une mesure législative particulière est toujours précédé d'une décision politique, c'est-à-dire d'une conclusion d'un raisonnement pratique. D'autres auteurs qualifient le jugement pratique d'«énoncé déontique», c'est-à-dire d'un énoncé selon lequel un agent doit faire une action particulière.

Les jugements de fait ne doivent donc pas être faux, invraisemblables, ou dénués de tout fondement rationnel. Les jugements de valeur doivent constituer une appréciation de l'objet évalué fondée sur une ou plusieurs de ses caractéristiques et doivent être justifiables rationnellement, compte tenu des critères de l'une des interprétations plausibles des champs normatifs dans lesquels ils s'inscrivent¹⁶¹.

Pour être valide, le raisonnement pratique doit être tel que la conclusion puisse être *inférée* des prémisses qui font office de raison¹⁶². Une inférence est une opération logique par laquelle un agent passe d'un ensemble de prémisses présumément valables à une conclusion. Elle est valide si le passage de l'un à l'autre respecte certaines «règles» d'inférence¹⁶³. Ces règles sont «constitutives» de ce qu'est une inférence valide. Elles ne font pas que «réguler» l'acte ; elles définissent la nature même de l'opération. La violation de ces règles ne signifie donc pas que l'inférence a peu de valeur probante (comme ce serait le cas si les raisons avancées donnaient peu de poids à la conclusion, compte tenu du contexte). Elle signifie que l'agent est resté en dehors du processus d'inférence¹⁶⁴.

On pourrait objecter que le concept d'inférence ne convient pas aux raisonnements pratiques. Par exemple, Chaim Perelman a soutenu qu'on ne justifie pas une décision par des «prémisses», mais par des raisons. Or :

Une raison n'est pas une inférence : les raisons sont des arguments que l'on présente pour ou contre une thèse, alors qu'une inférence consiste dans l'application d'une règle. Notre langage l'a bien noté : alors qu'une inférence ou une démonstration est correcte ou incorrecte, selon qu'elle est ou n'est pas conforme aux règles, un argument est fort ou faible¹⁶⁵.

Pour ce motif, Perelman oppose au raisonnement démonstratif le raisonnement qui présente des raisons et qui constitue une argumentation. D'après lui, l'étude des inférences relève de la logique formelle, alors que celle des raisons pratiques concerne la théorie de l'argumentation¹⁶⁶. Cette thèse ne signifie évidemment pas que le processus

¹⁶¹ Voir les parties II.C. et II.D., ci-dessus.

¹⁶² Joseph Raz proposait la définition suivante du raisonnement pratique : «It is the transition (not necessarily conscious) from belief in the premises to acceptance of the putative conclusion of a practical inference» (*Practical Reasoning*, *supra* note 33 à la p. 5).

¹⁶³ Voir Blanché, *supra* note 160. Selon *Practical Reasoning*, *ibid.*, les inférences pratiques valides sont des «ordered sets of statements the last of which is a practical conclusion adequately supported by the others [...] they are meant to justify practical reasoning».

¹⁶⁴ Une distinction de ce genre entre des règles «régulatives» et des règles «constitutives» d'une activité ou d'une pratique a été avancée dans J. Rawls, «Two Concepts of Rules» dans P. Foot, dir., *Theories of Ethics*, Londres, Oxford University Press, 1967, 144.

¹⁶⁵ G. Kalinowski, «Le raisonnement juridique et la logique juridique» dans C. Perelman, dir., *Études de logique juridique [:] Le raisonnement juridique et la logique déontique*, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 1970, 3 à la p. 25 [ci-après *Études de logique*].

¹⁶⁶ Voir par ex. C. Perelman, *Logique juridique [:] Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979 [ci-après *Logique juridique*] ; Droit, morale et philosophie, *supra* note 139 à la p. 45 et s. ; *Éthique et*

d'argumentation échappe à toute forme de logique : l'une des contributions majeures de Perelman a précisément été de montrer qu'il existait une «logique de l'argumentation». Cependant, elle implique que le concept d'inférence ne convient pas à l'étude de l'usage pratique de la raison¹⁶⁷.

Quels arguments pourrait-on avancer pour montrer que le concept d'inférence n'a de sens que dans le champ de la logique formelle ? On pourrait d'abord avancer un argument d'ordre linguistique et soutenir qu'une inférence est, par définition, une opération logique «formellement contraignante». La thèse de Perelman autorise un argument «terminologique» de ce genre¹⁶⁸. Selon lui, la seule condition que pose la logique pour garantir la validité d'une inférence concerne la *forme* même du raisonnement, et non la matière sur laquelle on raisonne. Il ne peut y avoir d'inférence que si, quels que soient les termes utilisés dans les prémisses, la conclusion est indiscutablement vraie (dans ces cas, on peut remplacer les termes par des variables telles «A», «B» et «C»). L'étude des inférences valides doit donc relever de la logique «formelle» et, par voie de conséquence, seuls les raisonnements dont le passage des prémisses vers la conclusion est formellement contraignant peuvent en être l'objet¹⁶⁹. Or, dans les raisonnements pratiques ou «dialectiques», le passage des arguments aux décisions n'est pas formellement nécessaire. Il dépend du *contenu* même des arguments, c'est-à-dire du sens et du poids qu'un agent consent à leur donner. Le fait, dit-il, «que notre discussion peut se prolonger indéfiniment prouve qu'il ne s'agit pas là d'un raisonnement démonstratif, contraignant, mais d'un raisonnement persuasif»¹⁷⁰. De plus, si ce type de raisonnement était formellement contraignant, il n'aboutirait pas à une «décision». À son avis, une décision «suppose toujours la possibilité soit de décider autrement soit de ne pas décider du tout»¹⁷¹. Par conséquent, l'étude du raisonnement pratique ne peut pas relever de la logique formelle. Elle doit relever de la théorie de l'argumentation ou de la «rhétorique», c'est-à-dire d'une logique «non formelle» ou «matérielle».

Ce premier motif est pourtant très faible. Le concept d'inférence réfère à une «opération logique» qui permet de passer de certains jugements présumément valables à d'autres jugements. Il n'est pas restreint, par définition, aux seuls raisonne-

droit, *supra* note 141 ; *Traité de l'argumentation*, *supra* note 141 ; C. Perelman, *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses universitaires, 1970.

¹⁶⁷ Perelman insistait particulièrement sur l'idée que la logique de l'argumentation par laquelle les juges établissent les prémisses ne peut se réduire à un raisonnement formel. Selon lui, c'était même là ce qui constituait la spécificité «juridique» du raisonnement juridique. Voir généralement Perelman, *ibid.*

¹⁶⁸ Dans un débat avec Kalinowski, Perelman a soutenu que leur différend commençait par un désaccord de nature «terminologique». Ce désaccord terminologique reflétait, croyait-il, deux conceptions différentes du *logos*. Voir *Études de logique*, *supra* note 165 à la p. 25.

¹⁶⁹ Ces raisonnements sont ceux qui, «partant de prémisses nécessaires, ou du moins indiscutablement vraies, aboutissent, grâce à des inférences valides, à des conclusions également nécessaires ou vraies» (*Logique juridique*, *supra* note 166 à la p. 1).

¹⁷⁰ *Études de logique*, *supra* note 165 à la p. 26.

¹⁷¹ *Logique juridique*, *supra* note 166 à la p. 2.

ments qui répondent aux règles de la logique formelle. Il vise tous les raisonnements par lesquels un agent peut établir une nouvelle proposition à partir de propositions déjà posées ou admises comme suffisamment valables. Il peut donc désigner les raisonnements dans lesquels le passage de raisons à une prise de position est dirigé ou guidé par la force ou le poids des arguments. Bien entendu, un philosophe est toujours libre de donner au concept d'inférence le sens technique qui lui convient le mieux, compte tenu de ses postulats les plus fondamentaux¹⁷². Mais rien ne nous empêche d'utiliser ce concept pour rendre compte du caractère «matériellement contraignant» de certains types de raisonnements¹⁷³.

En outre, la proposition selon laquelle un raisonnement pratique ne serait pas contraignant et que, par conséquent, un agent pourrait toujours «décider autrement» ou «ne pas décider du tout» présuppose une conception erronée de la force normative des arguments et met directement en cause l'intégrité de l'agent. Pour l'agent qui prend le processus de raisonnement pratique au sérieux, la conclusion pratique qui en résulte s'impose à celui-ci. Bien entendu, compte tenu de l'autonomie ultime qui caractérise tout être humain, un agent pourrait néanmoins «décider» ou «choisir» de décider autrement ou de ne pas décider du tout. Mais cette attitude mettrait directement en cause son intégrité. Un agent qui prend le processus de raisonnement pratique au sérieux doit interpréter et évaluer chacun des arguments à son mérite compte tenu de tous les autres arguments qui ont quelque chose de pertinent à dire sur ce qu'il convient de décider ou de faire dans le contexte. Au fur et à mesure que le raisonnement procède, les arguments s'enchaînent et s'emboîtent, ils se précisent et se définissent mutuellement. Ce faisant, ils dirigent nécessairement l'agent vers une conclusion particulière. En ce premier sens, le processus de décision est certainement *contraignant* ; la totalité des considérations pertinentes qui, au moment du raisonnement, sont interprétées et sopesées les unes par rapport aux autres, contraint (ou, pourrait-on dire, «force») la conclusion. L'agent ne «choisit» donc pas la conclusion comme on choisit de regarder par la fenêtre en marchant dans un corridor tout en pensant à autre chose. Au terme du processus de raisonnement, la conclusion s'est imposée rationnellement à l'agent.

De plus, puisque la conclusion d'un raisonnement pratique indique, par voie de conséquence, la décision qu'il convient de prendre, l'agent intègre (de bonne foi et cohérent) est tenu de prendre *cette* décision. Comme je l'ai soutenu ailleurs dans le

¹⁷² Comme je l'ai mentionné à la note 168, Perelman a soutenu que le désaccord de nature «terminologique» qu'il avait avec Kalinowski sur les idées d'arguments et de logique se fondait sur deux conceptions du *logos*. Celui de Kalinowski serait le *logos* stoïcien alors que celui de Perelman serait le *logos* socratique. Voir *Études de logique*, *supra* note 165 à la p. 25. Il s'ensuit donc, comme lui répond Kalinowski, que les deux terminologies peuvent «cheminer parallèlement, en se développant chacun sur le terrain du *logos* qui lui est propre, sans se rencontrer ou, en tout cas, sans se heurter» (*ibid.* à la p. 57).

¹⁷³ J'ai utilisé l'idée du caractère «matériellement contraignant» de certains types de raisonnements dans des travaux antérieurs : Voir *Rule of Law*, *supra* note 1 ; «Norme de retenue judiciaire», *supra* note 3 ; «Interprétation téléologique», *supra* note 26.

contexte de l'interprétation constitutionnelle (qui constitue une variante du processus de raisonnement pratique)¹⁷⁴, au terme du processus l'agent n'a plus le choix. Les jeux sont faits : il *doit* «choisir» (le mot «choisir» n'a ici qu'un sens faible et formel) la décision qui est requise par les meilleurs arguments disponibles. Autrement, il serait de mauvaise foi ou simplement incohérent. Peut-on concevoir qu'un agent, qui prend le processus de raisonnement pratique au sérieux, choisisse ou décide librement que la décision qui découle rationnellement des meilleurs arguments disponibles n'est pas celle qu'il doit prendre dans le contexte pertinent ? Je réponds non¹⁷⁵. Convenons donc que le raisonnement pratique est contraignant : non seulement la conclusion s'impose au terme du processus, mais un agent qui «voudrait» décider autrement serait, par conséquent, forcé d'agir contre sa volonté¹⁷⁶.

On pourrait plutôt avancer que pour appliquer le concept d'inférence au raisonnement pratique ou dialectique, il faudrait pouvoir transformer ce dernier en «syllogisme», ce qui, compte tenu de la nature même de ce type de raisonnement, est impossible. Selon Perelman, par exemple, un syllogisme se caractérise par le fait que des prémisses indiscutablement vraies ou nécessaires conduisent nécessairement vers une conclusion donnée. Or, dans une argumentation, les motifs avancés ne sont ni indiscutablement vrais ni nécessaires. Elle utilise des termes dont le sens est controversé et dont la détermination ne repose pas sur des critères d'objectivité. Elle peut ainsi justifier des conclusions contradictoires¹⁷⁷. Par exemple, un motif qui exprimerait le caractère désirable de prendre soin de sa santé pourrait soutenir à la fois le jugement selon lequel «il est indésirable de fumer» et celui selon lequel «il est désirable de se détendre» autorisant ainsi le jugement selon lequel «il peut être désirable de fumer». Certes, admet-il, on peut toujours transformer des raisons en «prémisses». Cependant, les raisons ne cessent pas d'être contestées du seul fait qu'elles sont formalisées. Nous ne gagnons donc rien à le faire : un syllogisme qui aboutit à une contradiction ne peut rien démontrer¹⁷⁸. Perelman demande :

Qu'a-t-on gagné en transformant en un syllogisme, qui peut aboutir à une contradiction, une argumentation non-contraignante, mais qui permet de justifier une opinion plausible par de bonnes raisons, si ce n'est la satisfaction assez puérile de montrer qu'il y a moyen de ramener au même schéma syllogistique tous les arguments quels qu'ils soient¹⁷⁹ ?

¹⁷⁴ Voir «Interprétation téléologique», *ibid.* aux pp. 506-10.

¹⁷⁵ Alasdair MacIntyre écrivait quelque chose de semblable au sujet du raisonnement pratique aristotélicien : au terme du processus, «Il n'existe pas d'espace logique pour l'intervention d'un élément supplémentaire — par exemple, une décision. Pour l'agent pleinement rationnel, il ne reste plus rien à décider» (A. MacIntyre, *Quelle justice ? Quelle rationalité ?*, Paris, Presses universitaires de France, 1993 à la p. 152). Voir aussi «Interprétation téléologique», *ibid.* aux pp. 153, 366-67.

¹⁷⁶ Voir aussi *Rule of Law*, *supra* note 1 ; «Norme de retenue judiciaire», *supra* note 3.

¹⁷⁷ Voir *Logique juridique*, *supra* note 166 à la p. 102. C'est d'ailleurs parce que les termes sont controversés que l'on a recours à l'usage pratique de la raison.

¹⁷⁸ Voir *Logique juridique*, *ibid.* aux pp. 2-3.

¹⁷⁹ *Ibid.* à la p. 3.

Il faut admettre qu'un raisonnement pratique ne peut être transformé en syllogisme «démonstratif» dont les prémisses seraient indiscutablement vraies ou nécessaires. Mais la question n'est pas là. La question est de savoir si un raisonnement pratique ne pourrait pas être transformé en une forme de syllogisme autre qu'un syllogisme formellement contraignant. Elle est de savoir si la dichotomie qui sous-tend la thèse de Perelman entre le syllogisme qui échappe à toute discussion par sa seule forme et l'argumentation dont les motifs sont sujets à discussion est acceptable. Or, je fais un raisonnement lorsque je dis :

- Il faut vivre en santé.
- Fumer nuit à la santé.
- Donc il ne faut pas fumer.

En apparence, il ressemble même au syllogisme formellement correct. Pourtant, je n'affirme pas que les prémisses sont incontestablement vraies et que la conclusion est la seule possible de par sa seule forme. Certes, mes assertions peuvent avoir une certaine prétention à la vérité (je peux même croire qu'elles sont vraies si j'y ai réfléchi suffisamment en tenant compte des considérations pertinentes *pro* et *con*)¹⁸⁰. Mais je n'affirme pas que le syllogisme échappe à toute discussion de par sa seule forme. Notre expérience avec le raisonnement pratique est trop riche pour ne pas admettre que de telles affirmations peuvent être controversées et débattues. En formulant ce syllogisme, je soutiens uniquement que la conclusion résulte d'une inférence pratique *matériellement* contraignante. Si vous étiez en désaccord avec ma conclusion (et vous pouvez certainement l'être), il faudrait organiser une discussion et débattre entre nous du sens et du poids que je devrais plutôt donner aux prémisses. Au terme de cette discussion, je pourrais changer d'opinion. Mais cela n'impliquerait certainement pas que mon argumentation ne constituait pas un syllogisme pratique produisant une inférence valide.

Enfin, on pourrait avancer un motif d'ordre ontologique et soutenir qu'une inférence est, par nature, confinée à la logique formelle applicable au champ du syllogisme classique. Mais je ne crois pas qu'un tel argument puisse être démontré. Notre expérience personnelle du raisonnement pratique tend au contraire à prouver qu'argumenter équivaut à inférer. Lorsque je soutiens qu'il ne faut pas fumer «parce que le tabac cause le cancer», je fais une inférence. J'énonce que «le fait que le tabac puisse causer le cancer constitue une raison suffisante de ne pas fumer». Bien entendu, pour être valide, cette inférence doit présupposer une autre prémisse telle que la santé est un bien, mais l'énoncé lui-même incarne une forme d'inférence. Ma prise de position *résulte* d'une prémisse présumément valable : c'est parce que le tabac cause le cancer que j'estime qu'il ne faut pas fumer. En fait, chaque fois qu'un agent énonce les raisons de souscrire à une thèse donnée, il indique que cette thèse constitue une

¹⁸⁰ Je laisse la question de la vérité de côté dans cet article. Je l'ai abordée ailleurs : Voir *Rule of Law*, *supra* note 1 ; «Norme de retenue judiciaire», *supra* note 3 ; «Interprétation téléologique», *supra* note 26.

(peut-être la seule) «conséquence logique» (dans un sens non-formel) des raisons avancées. Ces dernières doivent donc permettre d'«inférer» la thèse en question, ne fût-ce que par une analyse du contenu même des propositions.

Convenons donc que les raisonnements pratiques peuvent être reconstruits sous la forme d'un «syllogisme pratique», plus ou moins contraignant matériellement, par lequel une position donnée (une décision, une action) peut être justifiée conformément à certaines «règles» d'inférence pratique. La question pertinente devrait donc être d'identifier les principales «règles» qui garantissent la validité des raisonnements censés justifier les lois aux fins du contrôle judiciaire fondé sur la théorie du fondement rationnel. Mais, avant de poursuivre, il est nécessaire de confronter une dernière objection.

On pourrait objecter que ce critère est «surréaliste» pour le motif que ni les législatures ni les députés qui les constituent ne raisonnent ou délibèrent de manière syllogistique. Ce motif est sans doute vrai¹⁸¹. Néanmoins, l'objection est mal dirigée. La question n'est pas de vérifier si *dans les faits* les députés, individuellement ou collectivement, décident aux termes d'inférences syllogistiques rigoureuses. Il ne s'agit pas d'une question empirique. La question est de vérifier si les décisions politiques et les lois qui s'ensuivent sont justifiées conformément aux postulats de la théorie du fondement rationnel. C'est à cette fin qu'il est nécessaire de reconstruire l'argumentation du législateur, quelle qu'elle soit et quelle que soit la forme exacte que la délibération ait pu prendre dans les faits, sous la forme d'un syllogisme pratique. Pour les tribunaux, c'est le seul moyen de contrôler ou vérifier si les raisons alléguées au soutien de la décision politique litigieuse l'appuient adéquatement, c'est-à-dire de contrôler ou vérifier si le raisonnement pratique est valide¹⁸². Pour les parties, c'est le seul moyen de montrer aux tribunaux que la décision politique litigieuse est ou non rationnellement justifiée. Il n'est donc pas nécessaire de montrer que le législateur a lui-même, dans les faits, raisonné par voie syllogistique ou conçu les raisons qui l'ont guidé comme étant des prémisses qui, enchaînées logiquement les unes aux autres, aboutissent à la décision politique litigieuse. Il suffit de montrer que les considérations alléguées au soutien d'une décision politique peuvent constituer les prémisses d'une inférence pratique valide. Autrement, les raisons avancées ne seraient pas valables¹⁸³.

¹⁸¹ Plusieurs raisons valables pourraient certainement justifier ce motif. Voir par ex. les critiques empiriques de Robert Nagel auxquelles nous avons fait allusion à la note 142.

¹⁸² Raz soutenait que les inférences pratiques valides «are meant to justify practical reasoning, i.e. to show that the reasoner's conclusion is well supported by premises he relied upon» (*Practical Reasoning*, *supra* note 33 à la p. 5).

¹⁸³ Présupposer que le législateur puisse, *dans les faits*, formellement procéder par syllogisme serait non seulement manifestement déraisonnable, mais exigerait d'un corps collectif une démarche que n'empruntent ni les juges individuels ni les citoyens ordinaires. Lorsqu'une question pratique est le moins complexe et difficile, comme le sont souvent les questions politiques, la délibération collective et individuelle est elle-même complexe. Elle procède par un mécanisme de va-et-vient entre un ensemble de considérations plus ou moins pertinentes, plus ou moins bonnes et plus ou moins spécifiques. Les principes se mêlent aux considérations conséquentialistes, la morale à l'économie, les

Puisque la conclusion d'un syllogisme pratique est normative ou évaluative, au moins l'une des prémisses doit l'être aussi. Comme on le sait au moins depuis Hume, il n'est pas possible d'inférer logiquement une proposition normative seulement à partir de prémisses non-normatives, tels que les jugements de fait. Il existe un «fossé» logique entre des jugements non-normatifs (ou non-évaluatifs) qui portent sur ce qui «est» et les jugements normatifs (ou évaluatifs) qui concernent ce qui «devrait être»¹⁸⁴. Ainsi, le jugement de fait selon lequel «la publicité du tabac encourage l'usage du tabac» ne permet pas d'inférer le jugement normatif selon lequel «il faut interdire la publicité du tabac» (pas plus, d'ailleurs, que le jugement selon lequel «la publicité du lait encourage la consommation de lait» n'implique celui selon lequel «il faut interdire la publicité du lait»). La logique exige l'introduction d'au moins une prémisse normative plus générale telle que «il faut interdire les actes qui encouragent la consommation du tabac»¹⁸⁵.

Les prémisses normatives peuvent être exprimées sous la forme de jugements prescriptifs comme, par exemple, «il faut interdire les actes qui encouragent l'usage du tabac» ou sous la forme de jugements de valeur comme «les actes qui encouragent l'usage du tabac sont indésirables». Les jugements prescriptifs se caractérisent par l'utilisation de termes normatifs tels que «il faut que», «l'État doit», «on devrait», etc., alors que les jugements de valeur se caractérisent par des mots comme «désirable», «souhaitable», «est bien», «est juste», etc. Lorsque la prémisse est prescriptive, la conclusion est aussi une prescription. Ainsi, l'énoncé «l'État doit interdire les actes qui encouragent l'usage du tabac» peut entraîner la conclusion suivante : «l'État doit interdire la publicité du tabac». Lorsque la prémisse est constituée d'un jugement évaluatif, la conclusion qui en découle constitue une évaluation. Ainsi, le jugement selon lequel «les actes qui encouragent l'usage du tabac sont indésirables» peut entraîner la conclusion suivante : «la publicité du tabac est indésirable».

La manière même d'exprimer les prémisses et la conclusion n'a pas beaucoup d'importance aux fins de la théorie du fondement rationnel. D'abord, la nature de l'inférence est la même dans les deux cas. Ensuite, les jugements prescriptifs expriment et présupposent toujours des évaluations : ce sont toujours des valeurs qui justifient ce qu'il faut faire ou ne pas faire, ce qu'il convient de faire ou ne pas faire. Enfin, dans le contexte politique, il est toujours possible de traduire un jugement prescriptif par un jugement évaluatif et vice versa (on peut traduire, par exemple, «il faut promouvoir la santé» par «il est souhaitable de promouvoir la santé» et «il est souhaitable d'interdire la publicité du tabac» par «il faut interdire la publicité du tabac»). Néanmoins, il est généralement préférable d'exprimer le syllogisme pratique sous une

intérêts personnels au bien commun, l'image de soi, du parti ou du gouvernement aux convictions, et les émotions aux raisons. Dans ces cas, la justification des décisions politiques au sens de la théorie du fondement rationnel passe par un exposé de motifs qui n'est vraisemblablement pas fidèle aux chemins «réels» qu'ont suivi les décideurs dans leur processus de délibération.

¹⁸⁴ Voir Hume, *supra* note 139.

¹⁸⁵ Les syllogismes qui contiennent uniquement des jugements de fait ne peuvent pas être pratiques. Ce sont des syllogismes théoriques. Voir *supra* note 159 et le texte correspondant.

forme «prescriptive» pour le motif que les conclusions normatives sont généralement «prescriptives» : elles sont conçues pour guider ou diriger les actes et les décisions des agents, c'est-à-dire pour déterminer en contexte ce qu'il faut faire ou ne pas faire, décider ou ne pas décider, etc.

Dans un syllogisme pratique, au moins l'une des prémisses normatives doit être constituée de ce que je qualifierai de *principe*, c'est-à-dire d'une norme qui exprime ou présuppose un jugement de valeur qui s'inscrit dans le cadre d'une version plausible de la morale politique, soit la société libre et démocratique¹⁸⁶. Le principe indique le *bien* auquel est censé contribuer la décision ou l'action politique, notamment la mesure législative. Un bien peut constituer soit un état de chose dont la réalisation ou l'avènement est désirable, tel qu'un but social ou collectif, soit un état de chose dont la reconnaissance ou la protection est souhaitable, tel qu'un droit, un intérêt, une obligation morale, un devoir social ou toute autre chose dont la valeur est intrinsèque. Dans le premier cas, on regarde «en avant» vers un état de choses à accomplir, réaliser ou maximiser (la santé publique, la richesse collective, la diminution de l'usage du tabac) alors que dans le second cas, on regarde «en arrière» vers un état de choses à re-

¹⁸⁶ Comme je l'ai dit plus haut, les principes en question pourraient constituer les jugements de valeur les plus fondamentaux de l'économie politique, de la politique sociale ou de l'éthique. Ces jugements de valeur incarnent, présupposent ou postulent une conception de la bonne société. Ce critère marque la principale distinction qui existe entre la théorie du fondement rationnel et la théorie du fondement légitime. Selon cette dernière, les principes énoncés dans les prémisses doivent être conformes à la meilleure théorie de la société libre et démocratique disponible. Ainsi, si l'une des prémisses d'ordre politique énonce un «bien» qui n'est pas justifiable compte tenu des critères de la meilleure théorie de la société libre et démocratique, la prémisse est inacceptable et l'inférence est invalide. Par conséquent, la mesure législative devrait être invalidée. Par exemple, dans l'affaire *Big M Drug Mart*, *supra* note 9, la Cour avait conclu que la *Loi sur le dimanche*, L.R.C. 1970 c. L-13, restreignait la liberté de religion garantie à l'art. 2(a) de la *Charte*. Aux fins de la justification fondée sur l'article premier de la *Charte*, on avait avancé un motif dont l'une des prémisses (implicite) énonçait quelque chose comme «le respect du sabbat chrétien est un bien» (*ibid.* à la p. 352). La Cour a estimé que ce bien heurtait l'un des principes de la meilleure théorie de la société libre et démocratique disponible, notamment celui selon lequel «le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier» (*ibid.* à la p. 347). La justification de la loi n'était donc pas valable. En vertu de la théorie du fondement rationnel, la *Loi sur le dimanche* aurait probablement été valide. On aurait certainement pu soutenir qu'au moins l'une des interprétations plausibles de la société libre et démocratique reconnaît la légitimité du principe selon lequel «le respect du sabbat chrétien est un bien» puisqu'au moins l'une des interprétations plausibles des principes d'une société libre et démocratique pourrait permettre à l'État d'imposer à tous un congé uniforme le dimanche pour le motif que ce jour là est celui de la «majorité» chrétienne. En fait, l'opinion rendue dans *Big M Drug Mart*, *ibid.*, présupposait que la meilleure interprétation possible de la société libre et démocratique postulait le principe de neutralité de l'action gouvernementale en matière religieuse. Voir «Le Canada de la *Charte*», *supra* note 76 aux pp. 507-08. Cependant, on ne saurait nier que l'une des interprétations plausibles de la société libre et démocratique pourrait uniquement postuler le principe de tolérance (ou de non-persécution) religieuse. Voir par ex. S.D. Smith, «The Restoration of Tolerance» (1990) 78 Cal. L. Rev. 305. Un tel principe aurait probablement impliqué que la *Loi sur le dimanche* était justifiée. Voir par ex. l'opinion majoritaire dans l'affaire *Robertson et Rosetany c. R.*, [1963] R.C.S. 651, 41 D.L.R. (2^e) 485.

connaître, respecter ou protéger (le droit de chacun d'être le gardien de sa propre santé, le respect des engagements, la protection des œuvres d'art)¹⁸⁷. Un bien peut en outre être simple ou complexe, il peut comporter plusieurs aspects. Enfin, un bien fournit toujours le *telos* (ou l'un des *telos*) ou la finalité (ou l'une des finalités) même de l'action ou de la décision et indique toujours l'objectif (ou l'un des objectifs) politique qui a guidé le législateur dans le processus de délibération pratique au terme duquel il a pris une décision ou a agi.

La détermination d'un bien présuppose toujours au moins un jugement antérieur sur la valeur relative de ce bien par rapport à d'autres (réels ou allégués), et cela ne peut avoir lieu que dans le cadre d'un ordre normatif antérieur plus général. Un bien incarne donc toujours une valeur dont l'importance et le statut transcendent la prémisses même. C'est d'ailleurs cette valeur qui donne à une raison son caractère «normatif» et qui fait que certains biens constituent des bonnes raisons d'agir et d'adopter une loi particulière¹⁸⁸. Il serait toutefois erroné de croire que le «bien» qui constitue l'objectif de l'action gouvernementale ou les valeurs qu'il incarne énonce ou doit énoncer des vérités morales ou des principes premiers connus avec certitude conformément à des règles philosophiques qui légitimeraient leur sanction. L'idée que j'avance ne cherche pas à reproduire un modèle syllogistique dans lequel les prémisses du raisonnement politique seraient fondées sur une pierre philosophale, une «fondation», inférée d'une méthode idéale ne demandant qu'une série de déductions logiques de vérités ou de principes premiers obligatoirement applicables et capables d'être sanctionnés¹⁸⁹. Le bien et les jugements de valeur qu'il présuppose ne pourraient être rien de plus que le résultat «politique» d'une procédure conçue pour permettre aux groupes concurrents de débattre et de négocier paisiblement entre eux des mesures qui pourraient être à l'avantage de chacun¹⁹⁰.

Les principes sont logiquement plus généraux que les conclusions qu'ils contribuent à justifier. La généralité d'un principe (d'un terme, d'un concept, d'une proposition) est toujours fonction de son extension, c'est-à-dire de l'ensemble des actes ou des décisions qu'il recouvre. Ils peuvent en outre être conçus et formulés à divers niveaux de généralité, selon l'aspect du raisonnement que l'on veut clarifier ou qui est en litige. Lorsque les prémisses sont conçues ou formulées à un niveau très élevé de généralité, le bien en question indique le *telos* ultime de la décision ou de l'action. Ainsi, le principe énonçant qu'«il est souhaitable de promouvoir le bien commun, le bien-être général, l'égalité (ou tout autre objectif fondamental de ce genre)» pourrait indiquer le but ultime d'une décision politique litigieuse. Lorsque ces prémisses sont

¹⁸⁷ Cette distinction rappelle celle que font les philosophes entre les considérations «conséquentialistes» et les considérations «déontologiques».

¹⁸⁸ La valeur de l'état de choses qui constitue un bien contribue aussi à expliquer le caractère causal de la raison d'agir puisque la valeur entraîne diverses attitudes, croyances, émotions, etc., qui poussent l'agent à décider ou à agir.

¹⁸⁹ Voir aussi ma discussion ci-dessus dans le texte correspondant aux notes 165-80, ci-dessus.

¹⁹⁰ Voir B. Barber, *The Conquest of Politics: Liberal Philosophy in Democratic Times*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1988.

conçues ou formulées à un niveau moins élevé de généralité, le bien énoncé fournit un *telos* intermédiaire. Ce serait le cas par exemple si le principe énonçait qu'«il est désirable de protéger la santé publique». Enfin, lorsque que les principes sont conçus ou formulés à un niveau très peu élevé de généralité, le bien nous permet d'obtenir un (ou le) *telos* immédiat de la décision ou l'action. Le principe énonçant qu'«il est souhaitable d'interdire les actes qui encouragent l'usage du tabac» indique un bien spécifique qui correspond au but ou à l'un des buts immédiats de la décision d'interdire la publicité du tabac.

Les biens énoncés dans les prémisses peuvent donc être organisés d'une manière hiérarchique. Ils peuvent s'enchaîner les uns aux autres à partir du bien ou du *telos* le plus ultime jusqu'aux biens ou buts les plus immédiats. Les principes s'emboîtent les uns dans les autres à partir du plus général jusqu'au plus particulier. C'est en ce sens que l'on peut dire que les inférences pratiques se caractérisent par une relation «moyen-fin». La conclusion pratique (la décision ou l'action) constitue un moyen, et peut-être même le moyen qui, compte tenu du bien visé, doit être utilisé pour le réaliser. De même, chaque bien et chaque *telos* particulier constitue un moyen en vue de réaliser un bien ou un but plus général. Ainsi, la conclusion selon laquelle «il faut interdire la publicité du tabac» est un moyen en vue de réaliser le bien (ou *telos*) immédiat selon lequel «il faut réduire l'usage du tabac». À son tour, ce bien (ou *telos*) immédiat est un moyen en vue de réaliser le bien (ou *telos*) intermédiaire selon lequel «il faut protéger la santé publique». Enfin, ce bien (ou *telos*) intermédiaire est un moyen en vue de réaliser un bien (ou *telos*) ultime, tel que «le bien commun». On pourrait présenter cela d'une autre manière en disant que chaque considération avancée dans une affaire donnée est une raison d'édicter une loi parce qu'elle contribue elle-même, comme moyen, à réaliser un but conçu par le législateur comme un bien plus fondamental.

Cet enchaînement inévitable des biens et des *telos* dans le processus de raisonnement pratique contribue à expliquer la difficulté réelle qu'ont les juristes à identifier adéquatement les objectifs spécifiques d'une mesure litigieuse. Il est notoire que, dans plusieurs décisions, les juges ne se sont pas entendus sur le degré de généralité approprié pour situer l'objectif de la mesure litigieuse aux fins d'une analyse moyen-fin (le test de *Oakes*)¹⁹¹. Les auteurs ont été nombreux à souligner ces désaccords et plusieurs en ont tiré des conséquences sceptiques¹⁹².

Dans un syllogisme pratique, au moins l'une des prémisses doit exposer la situation spécifique dans laquelle une action doit être prise. Il ne suffit donc pas d'énoncer

¹⁹¹ Voir par ex. les désaccords entre les juges sur la nature de l'objectif dans les affaires *Rodriguez*, *supra* note 19 ; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 95 D.L.R. (4^e) 202 ; *Lavigne c. S.E.F.P.O.*, [1991] 2 R.C.S. 211, 81 D.L.R. (4^e) 545 ; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, 84 D.L.R. (4^e) 161 ; *Renvoi relatif à l'art. 193*, *supra* note 28 ; *Chaulk*, *supra* note 28 ; *Cotroni*, *supra* note 9.

¹⁹² Voir par ex. A. Bigenwald, «L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés» (1994) 35 C. de D. 779 ; N. Siebrasse, «The *Oakes* Test: An Old Ghost Impeding Bold New Initiatives» (1991) 23 Ottawa L.R. 99.

une prémisse normative indiquant le bien à réaliser, telle qu'«il faut interdire les actes qui encouragent l'usage du tabac», pour que puisse être validement inférée la conclusion «il faut interdire la “publicité” du tabac». Il est nécessaire d'introduire une prémisse exposant les circonstances qui, compte tenu du bien énoncé dans la prémisse normative plus générale, requiert une décision ou une action donnée. Le jugement de fait selon lequel, dans les circonstances, «la “publicité” du tabac encourage l'usage du tabac» pourrait constituer une telle prémisse.

Cette prémisse est non-normative ; elle énonce quelque chose qui, à l'étape du raisonnement pratique, est tenu pour avéré. Pour cette raison, on pourrait croire qu'elle est toujours constituée d'un jugement de «fait» au sens exposé plus haut¹⁹³. Mais cette croyance serait erronée. Cette prémisse est «non-normative» uniquement aux fins du raisonnement pratique dont il est question. Elle pourrait donc être constituée d'un jugement de valeur au sens élaboré ci-dessus. Elle pourrait énoncer, par exemple, quelque chose qui signifierait que «dans les “faits”, le cancer est indésirable» ou que «c'est un “fait” qu'il est “urgent” de s'attaquer à la publicité du tabac»¹⁹⁴. Ceci présupposerait une évaluation antérieure sur laquelle on juge qu'il n'est pas nécessaire de revenir aux fins de *ce* raisonnement. Par conséquent, les prémisses qui constituent des jugements de valeur ou tirent leur signification d'évaluations économiques, sociales, morales ou politiques antérieures demeurent non-normatives aux fins de *ce* raisonnement pratique si elles sont conçues pour énoncer les *circonstances* qui fournissent à l'agent l'occasion d'agir. C'est probablement la raison pour laquelle les expressions «faits législatifs» ou «faits sociaux» désignent autant les jugements de fait proprement dits que les jugements de valeur qui, pour le législateur, font office de prémisses non-normatives¹⁹⁵.

La question de savoir si un jugement de valeur constitue un principe normatif ou une prémisse non-normative dépend du raisonnement en cause. Dans le raisonnement suivant, la seconde prémisse est «non-normative» même si elle comporte un jugement évaluatif :

- Il faut protéger la santé publique.
- L'usage du tabac constitue un «fléau» pour la santé.
- Il faut décourager l'usage du tabac.

Elle indique qu'il existe dans le monde un certain état de chose («un fléau» ou, plus précisément, «le fléau que constitue l'usage du tabac»), même si l'existence de cette «chose» n'a de sens que dans le cadre d'une interprétation évaluative de faits empiriques (l'usage du tabac) qui présupposent logiquement que des jugements de faits et des jugements de valeur ont été posés. Par contre, la première prémisse est normative ; elle énonce un principe.

¹⁹³ Voir la partie II.C., ci-dessus.

¹⁹⁴ Voir la partie II.D., ci-dessus.

¹⁹⁵ Voir *supra* notes 118 et 157.

Dans un syllogisme pratique valide, les prémisses doivent rationnellement soutenir ou appuyer la conclusion. Elles doivent lui donner un certain poids. Autrement, la prétendue inférence ne serait pas valide. Le soutien se caractérise par un lien structural qui unit le *contenu* des prémisses qui font office de raisons justificatrices à celui de la conclusion pratique. Il fait en sorte que la conclusion est contenue, d'une certaine manière, dans les prémisses¹⁹⁶. La question de savoir si, dans un cas donné, la conclusion est soutenue par les prémisses dépend de critères dont l'application demande, dans une très large mesure, une perspicacité personnelle que la logique seule ne peut rendre compte. Néanmoins, on peut identifier quatre critères généraux.

Premièrement, le raisonnement pratique doit d'abord se conformer aux lois et aux principes fondamentaux de la logique formelle comme, par exemple, le principe d'identité, le principe de non-contradiction, le principe du tiers-exclu, la loi des contraires, la loi des subcontraires, les lois des subalternes, la loi des contradictoires¹⁹⁷, etc. Le raisonnement suivant serait donc invalide : «l'État doit promouvoir la liberté d'expression ; l'État doit être paternaliste ; par conséquent il faut interdire la publicité du tabac». Sans plus d'information, de telles prémisses ne donneraient aucun poids à la conclusion ; elles seraient contradictoires.

Deuxièmement, les termes utilisés dans les prémisses et la conclusion doivent recevoir une signification spécifique concevable compte tenu d'une théorie plausible de l'interprétation et/ou de la signification. Ils ne doivent être ni imprécis, ni indéfinis, ni ambigus. Ainsi, le raisonnement suivant ne donnerait aucun poids à la conclusion : «il faut promouvoir la vraie justice ; la publicité du tabac porte atteinte à la vraie justice ; donc il faut interdire la publicité du tabac». Pour que la prémisse puisse appuyer la conclusion, il faudrait que le concept de «vraie justice» soit plus spécifique¹⁹⁸. Il fau-

¹⁹⁶ Voir les parties II.A. et II.B., ci-dessus.

¹⁹⁷ Pour une introduction, voir A. Virieux-Reymond, *La logique formelle*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1975.

¹⁹⁸ Cette proposition illustre l'une des difficultés que présentent les jugements de la Cour suprême. Par exemple, dans l'affaire *Edwards Books*, *supra* note 9, la Cour devait décider si la Loi qui imposait un jour de repos et de loisir hebdomadaire uniforme contrairement à la liberté de religion garantie à l'art. 2(a) de la *Charte* était justifiée aux fins de l'article premier. Dans son opinion minoritaire, le juge La Forest énonça, à la p. 793, que l'objectif de préserver le dimanche comme jour de repos et de loisir hebdomadaire uniforme était justifié puisque l'«atmosphère de repos et de détente collectifs traditionnellement associée au dimanche et les effets de récupération qui en résultent constituent un objectif que le législateur peut raisonnablement considérer comme nécessaire au *bien-être de la population*» [nos italiques]. Soutenir qu'une loi vise une préoccupation urgente et réelle dès qu'elle peut raisonnablement être conçue comme nécessaire au «bien-être de la population» pose une difficulté puisque ce concept est, sans plus d'information, aussi peu contraignant que le concept de «vraie justice». Il faut toutefois ajouter que le juge La Forest semble approuver les motifs du juge en chef Dickson. Or, ce dernier a tenté de fonder la justification de la Loi sur quelque chose de plus précis, notamment sur le caractère désirable de protéger certaines catégories de travailleurs afin qu'ils puissent jouir d'une journée de repos uniforme avec leurs proches. Dans cette mesure, le raisonnement pratique du législateur serait valide.

drait déterminer sa compréhension et/ou son extension¹⁹⁹. Ainsi, une prémisse qui énoncerait qu'«il faut interdire les actes qui encouragent l'usage du tabac» devrait recevoir une signification qui fasse en sorte que le terme «acte» ne puisse viser que les cas qu'il est censé viser²⁰⁰. Il faudrait déterminer, par exemple, si les conversations privées dans lesquelles une personne explique à ses amis que fumer est agréable, ou si les films dans lesquels des acteurs fument, constituent des «actes» indésirables. Il faudrait donc déterminer si ces conversations ou ces films doivent être ou non exclus du champ d'application du concept et, par voie de conséquence, du jugement pratique. Enfin, conformément au principe d'identité déjà mentionné, une fois le sens des termes établi, il doit demeurer constant dans un même raisonnement.

Troisièmement, l'enchaînement des propositions doit répondre à un critère de pertinence. Un raisonnement tire sa valeur du bien en vue duquel une décision est prise ou une action est requise ainsi que des circonstances spécifiques qui fournissent l'occasion d'agir ou de décider. La conclusion doit donc convenir à la fois au bien qu'elle est censée servir et aux circonstances en question. Les raisonnements suivants seraient donc invalides : «il faut promouvoir l'étude d'une langue seconde ; or la publicité encourage l'usage du tabac ; donc il faut interdire la publicité du tabac» ; «il faut promouvoir la santé ; or le ciel est bleu ; donc il faut interdire la publicité du tabac».

Dans la mesure où le raisonnement se caractérise par une hiérarchie de biens, le contenu de la prémisse exprimant le bien qui est censé constituer le *telos* immédiat de l'action ou de la décision doit se rapporter au bien intermédiaire énoncé dans une prémisse plus générale. De la même manière, le contenu de la prémisse intermédiaire doit avoir un rapport avec celui de la prémisse qui exprime le bien ultime en vue duquel tout le raisonnement pratique est censé être fondé. La validité d'un raisonnement pratique dépend donc d'un enchaînement logique, au sens *matériel*, qui permet de partir de la conclusion et de remonter vers le bien ultime par une suite d'inférences pratiques ou, inversement, de partir d'un bien fondamental et aboutir, grâce à des inférences pratiques valides, au contenu même de la conclusion. Si l'une des prémisses énoncées dans la chaîne de raisonnement est non-pertinente, c'est-à-dire si son contenu n'a aucun rapport soit avec une prémisse qui la précède, soit avec l'une des prémisses ou avec la conclusion qui est censée en découler, l'inférence est invalide. Ce n'est donc pas simplement un cas où la conclusion est soutenue par de mauvaises rai-

¹⁹⁹ Ce n'est pas le moment d'entrer dans les controverses techniques au sujet de ce qu'est le sens d'un mot. Il suffit de rappeler que l'*extension* désigne la catégorie de toutes les choses susceptibles d'être qualifiées du terme en question. Les théories «référentielles» ou «extensionnelles» postulent que le sens des mots est principalement ou exclusivement une affaire de «référence». Pour sa part, la *compréhension* désigne les critères, les caractéristiques ou les qualités spécifiques qui forment ou constituent le sens ou la définition d'un terme donné. Les théories qui postulent que le sens est principalement ou exclusivement une affaire de définition sont généralement qualifiées de «critérielles».

²⁰⁰ Dans le contexte du processus de décision judiciaire, j'ai qualifié de «prémisse interprétative» celle qui permettait de spécifier le sens des concepts juridiques utilisés dans une prémisse majeure. Voir *Rule of Law*, *supra* note 1 aux pp. 46-47, 51-56 ; «Interprétation téléologique», *supra* note 26.

sons (impliquant par là un raisonnement faible) ; c'est un cas où le raisonnement n'est pas valide. À défaut d'autres raisons, la décision ou l'action litigieuse doit être considérée comme privée de fondement rationnel.

Enfin, les prémisses qui font office de raison doivent elles-mêmes avoir un certain poids, c'est-à-dire un «minimum» de force persuasive. Autrement l'inférence ne serait pas valide. À quelles conditions peut-on conclure qu'une prémisse possède un poids minimal ? En vertu de la théorie du fondement rationnel, la réponse est dès que le jugement de fait ou de valeur qui la constitue possède un fondement rationnel²⁰¹. Comme on le sait, le contrôle judiciaire de la validité de la justification d'une mesure litigieuse fondé sur cette théorie n'exige pas une évaluation du poids ou de la force véritable, de la valeur, du caractère acceptable ou désirable, de la sagesse ou de l'opportunité des prémisses. La question n'est pas de savoir si les raisons avancées par le législateur sont des *bonnes* raisons ou si la conclusion est légitime et bien fondée. Elle est uniquement de savoir si les prémisses ont un poids «minimal», c'est-à-dire si elles ont elles-mêmes une certaine force persuasive. Ainsi, s'il est démontré qu'elles possèdent un fondement rationnel et que les autres critères de validité sont rencontrés, le poids des prémisses est dès lors «suffisant»²⁰².

Ce critère de validité entraîne aussi que tous les «conflits de raisons», c'est-à-dire les conflits résultant du poids relatif des considérations concurrentes qui fournissent des raisons valables de poser des actes incompatibles, sont résolus par le législateur²⁰³. Ces considérations concurrentes peuvent être constituées de principes logiquement compatibles mais pointant dans diverses directions, de biens contradictoires ou contraires et/ou de jugements d'évaluation et/ou de faits controversés et contestés à l'intérieur d'une même discipline, dans diverses disciplines, ou simplement dans la communauté en général. En vertu de la théorie du fondement rationnel, il n'appartient pas aux tribunaux de vérifier si l'équilibre du poids relatif des diverses considérations pertinentes concurrentes dans une situation donnée a été adéquat, bien fondé ou légitime. La résolution des conflits de raisons, de même que la détermination de l'ordre hiérarchique des divers biens ultimes, intermédiaires et immédiats concurrents, doivent relever du législateur²⁰⁴.

Certaines prémisses constitutives d'un raisonnement pratique avancé au soutien d'une position donnée peuvent être implicites. Elles existent lorsque la conclusion les présuppose et lorsqu'il existe un chaînon manquant dans l'enchaînement des prémisses censées la justifier. Il est dès lors nécessaire de les expliciter de manière à combler

²⁰¹ Voir les parties II.C. et II.D., ci-dessus.

²⁰² Ce poids «suffisant» ne permet évidemment pas d'inférer que la conclusion est bonne, qu'elle est la meilleure ou la seule possible. Le caractère «suffisant» doit être compris dans un sens faible : il indique uniquement que la conclusion possède un fondement rationnel compte tenu des motifs allégués.

²⁰³ Sur les conflits de raisons, voir *Practical Reasoning*, *supra* note 33.

²⁰⁴ Ce critère touche le cœur des théories de la déférence ou de la retenue judiciaire. L'étude des raisons morales et politiques qui justifient le principe selon lequel les tribunaux doivent laisser au législateur la responsabilité de résoudre les conflits de raisons dépasse les objectifs de cet article.

le fossé logique qui, sans elles, invaliderait l'inférence pratique. Les prémisses implicites peuvent être normatives (il faut promouvoir la santé) ou non-normatives et être constituées de jugements de fait (la publicité influence les comportements) autant que de jugements de valeur (le cancer est un fléau).

En pratique, il n'est pas nécessaire ni même utile pour un agent d'exprimer explicitement toutes les prémisses qui font partie de son processus de justification. Par exemple, l'énonciation des prémisses qui ne font pas l'objet de désaccord (il y a eu une guerre mondiale entre 1939 et 1945), de celles qui sont évidentes (quand le ciel est bleu, il ne pleut pas) et celles que l'on peut raisonnablement tenir pour acquises dans certains milieux (François Mitterand a été président de la France) peut être inutile. Ces propositions font partie du contexte dans lequel la justification procède et on peut raisonnablement croire qu'un interlocuteur en tient compte lorsqu'elles sont pertinentes et nécessaires à la compréhension d'un raisonnement. Néanmoins, puisqu'une inférence pratique ne saurait être valide sans ces propositions, il peut être nécessaire, aux fins du processus de contrôle judiciaire, de les reconstruire et de les insérer dans le syllogisme pratique.

D'autres prémisses implicites peuvent être beaucoup moins évidentes et faire l'objet de désaccords sérieux. Dans ce cas, il est nécessaire de les rendre explicites, à défaut de quoi l'inférence serait invalide. Par exemple, si la seule considération pour laquelle on interdisait la publicité du tabac énonçait que «la publicité du tabac encourage l'usage du tabac», il lui manquerait une prémisse normative. Néanmoins, puisque la considération constitue une raison qui pointe vers une action présument désirable (l'interdiction de la publicité), logiquement, il faut présupposer l'existence d'une telle prémisse «implicite». Quel que soit son contenu, cette dernière doit exprimer un principe plus général qui énonce le bien qu'il convient de réaliser. Ce pourrait être, par exemple, le suivant : «il faut limiter l'usage du tabac». Ce principe justifierait l'énoncé suivant : «il faut interdire les actes qui encouragent l'usage du tabac», et pourrait lui-même présupposer un principe plus général énonçant qu'«il faut promouvoir la santé publique». Tous ces principes présupposent des jugements de valeur, à propos desquels le débat est en principe ouvert, énonçant le caractère désirable de «limiter l'usage du tabac», «d'interdire les actes qui encouragent l'usage du tabac» et «de promouvoir la santé publique». Enfin, ces principes, ainsi que les jugements de valeur qu'ils présupposent, doivent eux-mêmes s'appuyer sur certains principes plus ultimes, tels qu'«il faut promouvoir le bien-être de chacun», postulant l'existence d'un jugement de valeur sur les considérations ultimes qui doivent guider et justifier les décisions et les actions politiques. Sans l'existence de ces prémisses implicites, il ne serait pas possible d'inférer la décision d'interdire la publicité et le raisonnement ne serait pas valide.

Comme pour toutes les autres prémisses du raisonnement pratique, les prémisses implicites que l'on rend explicites doivent, compte tenu d'une certaine théorie de l'interprétation de l'intention de l'auteur, être celles qui ont «véritablement» motivé le

législateur²⁰⁵. Il ne serait donc pas acceptable, en vertu de la théorie du fondement rationnel, de forger *a posteriori* une prémisse implicite dont l'objet serait de rationaliser la décision politique du législateur.

Conclusion

Les propositions constitutives de la théorie du fondement rationnel établissent donc, aux fins de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les critères qui permettent de distinguer une raison ou un motif «valable» avancé au soutien d'une restriction aux droits constitutionnels garantis d'une raison ou d'un motif qui ne l'est pas. Compte tenu de l'interprétation de l'article premier donnée par la Cour suprême depuis l'affaire *Oakes*²⁰⁶, ces propositions constitutives s'appliquent à chacune des quatre étapes formelles du processus de contrôle judiciaire. Elles permettent donc de vérifier si l'auteur d'une mesure litigieuse avait un motif valable de conclure que «l'objectif était suffisamment important» et que la «préoccupation était urgente et réelle», que le moyen choisi avait un «lien rationnel» avec l'objectif visé, que ce moyen constituait une «atteinte minimale» compte tenu de l'objectif à atteindre et des autres moyens disponibles, et que le fardeau imposé sur les droits garantis était «proportionnel» au bénéfice obtenu par la réalisation de l'objectif visé. De plus, les propositions pourraient être applicables dans d'autres contextes, *mutatis mutandis*, notamment en droit administratif et en droit constitutionnel lorsque la «justification» des décisions politiques ou des actions gouvernementales est soumise à une forme de contrôle judiciaire empreint de déférence envers l'autorité gouvernementale et législative.

Enfin, la théorie du fondement rationnel ne constitue qu'une théorie du contrôle judiciaire des mesures législatives et gouvernementales fondée sur l'article premier de la *Charte*. J'ai donné à l'autre théorie le nom de «théorie du fondement légitime». Cette dernière constitue une version des théories de l'«activisme» ou de l'«interventionnisme» judiciaire en droit public et en philosophie du droit. Ses propositions constitutives, en plus d'incorporer la plupart des propositions de la théorie du fondement rationnel, établissent le type de considérations qui, compte tenu de certains standards ou critères normatifs, constituent des *bonnes raisons* de restreindre les droits constitutionnels garantis. Bien que l'élaboration de cette théorie devra faire l'objet d'un autre article, on peut déjà entrevoir qu'elle constituera non seulement la théorie la plus intéressante, mais aussi la plus controversée des deux.

²⁰⁵ Sur ce point, voir *supra* notes 25-27 et le texte correspondant.

²⁰⁶ *Supra* note 7.