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

Luc B. Tremblay*

La théorie du fondement légitime est une théorie de la justification des jugements politiques et des décisions gouvernementales dont la validité est soumise au contrôle judiciaire. Elle postule que la justification est démontrée lorsque le jugement ou la décision est autorisé par une règle de droit, lorsque son auteur avait quelque raison valable de le poser ou de la prendre et lorsque les motifs avancés à son soutien constituent de bonnes raisons compte tenu d'un certain ordre normatif critique. En examinant les opinions de la Cour suprême du Canada relatif au discours juridique de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'auteur suggère qu'au moins certaines d'entre elles tirent leur signification d'un arrière plan conceptuel dont la reconstruction appuie la théorie du fondement légitime.

Le principal objectif de ce texte est de clarifier, aux fins de l'article premier de la *Charte*, les propositions formelles de la théorie du fondement légitime qui établissent les critères d'une bonne raison. L'auteur soutient que la théorie du fondement légitime traite les droits constitutionnels garantis comme des contraintes latérales qui pèsent sur les mesures gouvernementales et les jugements politiques dont la justification normale procède d'un mode d'argumentation conséquentialiste. Cette thèse ne signifie pas que les droits sont absolus ou quasi-absolus. Elle énonce que les droits garantis se déplacent le long d'une échelle mobile et exercent deux types de contraintes : ils bloquent catégoriquement les jugements et les décisions politiques qui les restreignent, à moins qu'il ne puisse être démontré que ces restrictions sont soutenues par de bonnes raisons, et ils fixent des seuils de résistance au-delà desquels les considérations avancées au soutien des restrictions font tomber la contrainte. L'articulation de ces deux types de contraintes fournit les critères permettant d'élaborer les principes de l'article premier de la *Charte* en vertu desquels les finalités ciblées par les règles de droit, ainsi que les modalités choisies pour les atteindre, peuvent être évaluées.

The theory of legitimate basis is a theory of the justification of political judgments and governmental decisions whose validity is subject to judicial control. It postulates that justification is proved when the judgment or the decision is authorized by a rule of law, when its author had a valid reason to make it, and when the grounds advanced to support it constitute good reasons with respect to a certain critical normative order. In examining the judgments of the Supreme Court of Canada relating to the juridical discourse of section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the author suggests that at least some of these judgments draw their meaning from a conceptual background whose reconstruction supports the theory of legitimate basis.

The principal objective of this article is to clarify, for section 1 of the *Charter*, the formal propositions of the theory of legitimate basis that establish the criteria for a good reason. The author argues that the theory of legitimate basis treats guaranteed constitutional rights as lateral constraints that put pressure on the governmental measures and political judgments whose normal justification proceeds from a consequentialist mode of argumentation. This thesis does not mean that rights are absolute or quasi-absolute. It states that guaranteed rights move along a mobile scale and exert two types of constraints: they categorically block the judgments and political decisions that restrain them (at least insofar as it cannot be demonstrated that these restrictions are supported by good reasons), and they set the thresholds of resistance beyond which the considerations advanced to support the restrictions bring down the constraint. The articulation of these two types of constraints furnishes criteria allowing the elaboration of principles in section 1 of the *Charter* by virtue of which can be evaluated the finality aimed for by rules of law, as well as the modalities chosen to attain them.

* Professeur de droit à l'Université de Montréal. Ce texte s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche plus large sur la justification des restrictions aux droits fondamentaux dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je tiens à remercier le Conseil de recherches en sciences humaines, la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et la Faculté de droit de l'Université de Montréal qui ont rendu possible la production de ce texte.

© Revue de droit de McGill 2002

McGill Law Journal 2002

Mode de référence : (2002) 47 R.D. McGill 271

To be cited as: (2002) 47 McGill L.J. 271

Introduction

I. Approche et méthode

II. Le fondement légitime comme justification

A. *Les critères d'une raison «valable»*

B. *Les critères d'une «bonne» raison*

1. Le caractère «acceptable» des prémisses de l'argumentation

2. La force du lien entre les prémisses et la conclusion

3. L'évaluation critique et rationnelle des prémisses et de leur lien avec la conclusion

III. Les droits comme contraintes latérales

A. *Les justifications conséquentialistes*

B. *Les droits garantis comme contraintes latérales*

IV. Trois conceptions des droits comme contraintes latérales

A. *La conception absolutiste*

B. *La conception quasi-absolutiste*

C. *La conception fondée sur le principe de l'échelle mobile*

V. La théorie du fondement légitime et les droits comme contraintes latérales

VI. Les types de contraintes latérales exercées par les droits

A. *La fonction «négative»*

B. *La fonction «positive»*

VII. Les principes de l'article premier de la *Charte*

Conclusion

Introduction

Qu'est-ce qui, en droit constitutionnel canadien, constitue une bonne raison de restreindre les droits constitutionnels garantis ? Telle est la question à laquelle répond la théorie du fondement légitime. Or, compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ énonçant que les restrictions aux droits doivent être raisonnables et que leur justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, cette question renvoie à la suivante : «qu'est-ce qui, dans une société libre et démocratique, constitue une bonne raison de restreindre des droits constitutionnels garantis ?». L'objectif de ce texte est d'élaborer, sous la forme d'un «idéaltpe»², les propositions constitutives de cette théorie, telle qu'elle se manifeste dans le discours juridique relatif à la *Charte*³.

La théorie du fondement légitime constitue une version des théories du contrôle judiciaire «interventionniste» ou «activiste», telles qu'élaborées en droit constitutionnel, en droit public et en philosophie du droit. Elle postule que pour être suffisamment

¹ *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*] :

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

² Un «idéaltpe» 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'un «idéaltpe» 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 idéaltpe

en 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*, trad. par J. Freund, Paris, Plon, 1965 à la p. 81. J'ai soutenu ailleurs que la notion d'un «idéaltpe» 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, McGill-Queen's University Press, 1997 [ci-après Tremblay, *Rule of Law*].

³ Cela ne signifie pas que la théorie du fondement légitime est exclusive à l'application de l'article premier de la *Charte*. Je soutiens, sans toutefois le démontrer, que ses propositions constitutives pourraient guider le processus de contrôle judiciaire de n'importe quelle mesure gouvernementale qui porte atteinte à n'importe quel droit constitutionnel garanti, qu'il soit explicitement énoncé dans une disposition de la constitution écrite ou qu'il tire son fondement et sa force d'une norme constitutionnelle non écrite.

justifiée en droit, il ne suffit pas de démontrer, conformément à une certaine norme de preuve, que la décision politique ou l'action gouvernementale qui restreint un droit constitutionnel garanti est légalement autorisée et que son auteur avait quelque raison ou motif valable de la prendre ou de la poser⁴. Il doit être démontré que ces raisons ou ces motifs constituent de *bonnes raisons*, compte tenu d'un ensemble de standards ou de critères normatifs pertinents établis par une conception idéale de la société libre et démocratique. En énonçant ainsi les conditions formelles, procédurales et substantielles auxquelles doivent satisfaire les mesures gouvernementales qui restreignent les droits constitutionnels pour être suffisamment justifiés et, de ce fait, juridiquement valides, la théorie du fondement légitime élabore une conception normative forte de l'article premier. Par voie de conséquence, elle fournit une interprétation substantive des critères justificatifs de l'affaire *Oakes*⁵ qui exigent des objectifs législatifs qu'ils soient suffisamment importants et des moyens utilisés pour les atteindre qu'ils soient raisonnables et qu'ils puissent se justifier dans une société libre et démocratique⁶.

J'ai soutenu ailleurs qu'une autre conception de l'article premier constituait une version des théories de la «déférence» ou de la «retenue judiciaire» en droit public, en théorie constitutionnelle et en philosophie du droit⁷. Cette autre conception, que j'ai nommée la «théorie du fondement rationnel», postule qu'une décision politique ou une action gouvernementale est suffisamment justifiée dès qu'il est démontré, con-

⁴ Je discuterai brièvement du concept de raison ou de motif «valable» à la section II.A ci-dessous. J'ai toutefois abordé cette question en détails dans L.B. Tremblay, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel» (1999) 44 R.D. McGill 39 [ci-après Tremblay, «Théorie du fondement rationnel»].

⁵ Ces critères sont connus sous le nom de «test de *Oakes*» ; voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4^e) 200 [ci-après *Oakes* avec renvois aux R.C.S.].

⁶ *Ibid.* aux pp. 138-40. La formulation de ces critères a évolué au cours des années. La formulation proposée par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 au para. 182, 124 D.L.R. (4^e) 609, semble adéquate en ce qu'elle tient compte de l'évolution du test de *Oakes* depuis l'affaire *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 120 D.L.R. (4^e) 12 [ci-après *Dagenais* avec renvois aux R.C.S.] :

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères : (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif ; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

⁷ Voir L.B. Tremblay, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité ?» (1999) 10 R.N.D.C. 41 [ci-après Tremblay, «Affaire de rationalité ou de légitimité ?»].

formément à une certaine norme de preuve, que son auteur avait des raisons ou des motifs valables de la prendre ou de la poser. Ma thèse était que la théorie du fondement rationnel et la théorie du fondement légitime ont toutes deux structuré le discours constitutionnel relatif à la justification des restrictions aux droits constitutionnels dès l'époque cruciale de son élaboration. Ces théories semblaient d'abord avoir été conçues par les juges, notamment de la Cour suprême du Canada, comme deux interprétations mutuellement exclusives (et probablement incompatibles) de ce que constitue une « justification » des restrictions aux droits garantis aux fins de l'article premier⁸. Cependant, pour diverses raisons, ils ont tenté de les réconcilier comme si elles participaient à un ensemble unifié et cohérent de valeurs et de principes. Cette attitude a causé, et cause encore à mon avis, passablement de confusion⁹. De plus, les

⁸ 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 c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, 48 C.C.C. (3^e) 193. Pour le juge McIntyre, voir par ex. les affaires *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 33 D.L.R. (4^e) 174; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 56 D.L.R. (4^e) 1. 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 associés 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*, [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 5; 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. Pour les opinions du juge Wilson, voir par ex. *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 [ci-après *Morgentaler* avec renvois aux R.C.S.]; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, 52 C.C.C. (3^e) 289; *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.].

⁹ Comparer par ex. dans la décision récente de la Cour suprême rendue dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, 171 D.L.R. (4^e) 577, l'opinion du juge Bastarache aux para. 293-321 avec celle du juge Iacobucci aux para. 76-81. Le juge Bastarache affirme d'emblée, au para. 293, que la Cour suprême « a élaboré une méthode cohérente pour trancher la question de savoir si la loi constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Dans les paragraphes qui suivent, il expose cette méthode, notamment l'approche dite « contextuelle » utilisée aux fins de déterminer le degré de retenue judiciaire appropriée au litige. Au para. 80, le juge Iacobucci, pour une majorité de six juges, énonce qu'il est « préoccupé » par le fait que le juge Bastarache « laisse entendre que la question de la retenue dans un sens général devrait également être tranchée dès le début de l'analyse » :

La retenue à l'égard du rôle du législateur fait certainement partie des questions à aborder au moment de déterminer la réparation [...] et peut faire partie de la question de savoir si le législateur s'est déchargé du fardeau lui incombant à chacune des étapes du critère relatif à l'article premier. Cependant, la question de la retenue ne peut être tranchée avant qu'on ne se soit livré à ces analyses particulières. Elle ne devrait pas non plus être tranchée au début de l'analyse, compte tenu du rôle important que joue le tri-

théories du fondement rationnel et légitime demeurent fortement controversées parmi les juges, les juristes et les citoyens en général. Il serait certainement erroné de soutenir aujourd'hui qu'il existe quelque consensus sur le sens et la force de l'article premier. Comme préalable nécessaire à toute analyse critique des critères «justificatifs» des restrictions aux droits constitutionnels, il importait donc de présenter les propositions constitutives de chaque théorie de la manière la plus cohérente possible.

Dans ce texte, la première partie de l'analyse des propositions constitutives de la théorie du fondement légitime est entreprise. La structure formelle ou, pourrait-on dire, l'«économie générale» de la théorie sera présentée. Cette description est nécessaire puisque les principes *matériels* de l'article premier, qui devront faire l'objet d'un autre texte, s'articulent sur cette structure générale. La thèse avancée est que la théorie du fondement légitime traite les droits constitutionnels garantis comme des «contraintes latérales» qui pèsent sur les mesures gouvernementales et les jugements politiques dont la justification normale procède d'un mode d'argumentation conséquentialiste. Bien qu'elle semble aller de soi, elle postule une conception de la justification politique qui rompt radicalement avec celle qui sous-tend la théorie du fondement rationnel. De manière à mieux la saisir, deux questions préliminaires seront abordées. D'abord, quelles considérations méthodologiques doivent guider la construction de la théorie du fondement légitime ? Ensuite, quels sont les principaux critères formels d'une bonne justification ?

I. Approche et méthode

À ma connaissance, les propositions constitutives de la théorie du fondement légitime n'ont jamais été élaborées systématiquement. De plus, le concept de «fondement légitime» ne fait pas partie du discours juridique canadien. On en retrouve certainement quelques parents ici et là, par exemple, lorsque les tribunaux parlent d'«objectifs légitimes»¹⁰. Mais il serait inutile de chercher dans le discours juridique les mots «fondement légitime» pour désigner la conception de l'article premier qui fait l'objet de la théorie. Il serait tout aussi inutile d'y chercher un ensemble d'énoncés clairs et cohérents posés et constituant la matière même, l'«essence» si l'on veut, que

bunal dans l'application de l'article premier de la *Charte* en vue de décider si l'atteinte à un droit garanti peut se justifier dans une société libre et démocratique.

Par conséquent, je ne traiterai pas de la question de la retenue dès le départ, je l'aborderai plutôt, lorsque cela s'avérera approprié, au cours des diverses étapes du critère relatif à l'article premier.

Ibid. aux para. 80-81. Sur ce type de confusion, voir Tremblay, «Affaire de rationalité ou de légitimité ?», *supra* note 7.

¹⁰ Voir par ex. R. c. *Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 aux pp. 492-93, 89 D.L.R. (4^e) 449 [ci-après *Butler* avec renvois aux R.C.S.].

cette théorie est censée représenter. La théorie du fondement légitime ne décrit pas un fait empiriquement observable. Elle constitue une reconstruction des postulats ou des présuppositions implicites qui permettent de donner un sens cohérent à l'arrière-plan normatif guidant les juges qui valorisent un contrôle constitutionnel que l'on qualifie souvent d'«activiste» ou d'«interventionniste».

Une telle approche, que l'on peut qualifier d'herméneutique, postule que les actions, les pratiques et les institutions sociales, politiques et juridiques incarnent ou comprennent, au-delà des faits observables, un arrière-plan téléologique et normatif plus ou moins implicite. Pour rendre compte adéquatement d'un tel objet, il ne suffit donc pas de l'observer et de le décrire empiriquement. Il est nécessaire de reconstruire de manière cohérente cet arrière-plan téléologique qui lui donne tout son sens¹¹. Pour les fins de la théorie du fondement légitime, cela signifie que l'objet d'étude ne peut se réduire aux décisions judiciaires telles qu'elles se manifestent empiriquement. Il est nécessaire de comprendre et de clarifier du mieux possible la structure normative d'arrière-plan qui leur donne tout leur sens. Certes, la compréhension de la théorie du fondement légitime peut commencer (en fait, elle *doit* commencer) par une analyse des passages judiciaires dans lesquels les juges indiquent explicitement ou implicitement que les tribunaux peuvent vérifier si les restrictions aux droits constitutionnels garantis sont soutenues par de bonnes raisons. Mais elle ne peut en rester là. Elle doit rendre compte d'une manière cohérente du contenu des standards, des préceptes, des principes, des normes, des valeurs ou d'autres critères normatifs d'arrière-plan qui expliquent et justifient le mieux ces décisions ou ces opinions judiciaires.

La méthode requise par une telle approche s'inspire des théories de la «cohérence» en philosophie du droit, morale et politique¹². Elle doit viser la production de

¹¹ J'ai soutenu ailleurs qu'une approche herméneutique montrait que la pratique et le discours juridiques canadiens incarnaient un idéal de «justice» associé au concept «interne» de la primauté du droit, dont les principes matériels étaient finalement déterminés par ce qui est accepté comme moralement juste dans la communauté politique ; voir Tremblay, *Rule of Law*, *supra* note 2. Les propositions juridiques valables requièrent donc une reconstruction des valeurs et des principes intersubjectifs qu'incarnent les pratiques, les actions, les institutions et les normes sociales juridiques et non juridiques. Une approche herméneutique du droit fait ressortir la continuité (le lien nécessaire) entre le droit et le discours sur la morale politique, entre la théorie du droit et la théorie politique. Voir aussi L.B. Tremblay, «Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique» (1999) 42 R.I.E.J. 13.

¹² Sur les théories de la cohérence en général, voir J. Feinberg, «Justice, Fairness and Rationality» (1972) 81 Yale L.J. 1004. Plusieurs versions de ces théories ont été avancées en droit. Voir par ex. I. Scheffler, «On Justification and Commitment» (1954) 51 J. Phil. 180 ; R. Sartorius, «The Justification of the Judicial Decision» (1968) 78 Ethics 171 ; R. Sartorius, «Social Policy and Judicial Legislation» (1971) 8 Am. Phil. Q. 151 ; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 ; N. MacCormick, «Coherence in Legal Justification» dans A. Peczenick *et al.*, dir., *Theory of Legal Science : Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Dordrecht, Reidel, 1984, 235 ; R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986.

ce que les philosophes appellent un «équilibre réfléchi» entre les propositions énoncées dans les décisions judiciaires pertinentes, l'ensemble des considérations qui les justifient le mieux et les propositions fondamentales généralement admises du discours juridique dans son ensemble¹³. À cette fin, je présupposerai que les juges reconnaissent le caractère contraignant de deux considérations fondamentales. La première découle du concept de la primauté du droit. Je soutiens qu'il est légitime de postuler que les juges reconnaissent le devoir d'agir d'une manière rationnelle¹⁴. Il s'ensuit que leurs opinions peuvent être lues comme énonçant des jugements qui sont soutenus par un ensemble de «raisons», même lorsque ces dernières n'apparaissent pas explicitement dans le texte. La seconde contrainte découle du concept de la société libre et démocratique. Puisque l'article premier de la *Charte* énonce que la justification des restrictions doit «se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», il est légitime de postuler que, pour les juges, l'ensemble des raisons qui justifient leurs opinions s'appuie sur ou découle d'une conception normative de la société libre et démocratique voire, idéalement, de la meilleure conception normative possible de la société libre et démocratique¹⁵. Leurs opinions peuvent donc être lues comme incarnant l'une des interprétations plausibles, voire comme cherchant à reproduire la meilleure interprétation possible des représentations normatives de la société libre et démocratique. Ainsi, les opinions judiciaires doivent être conçues comme énonçant des jugements «rationnels» et les raisons de décider vont puiser aux conventions et aux pratiques fondamentales d'arrière-plan qui forment la morale politique ainsi qu'aux théories politiques implicites ou explicites qu'elles incarnent¹⁶.

Pour une excellente introduction, voir V. Villa, «Normative Coherence and Epistemological Presuppositions of Justification» dans P. Nerhot, dir., *Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1990, 431.

¹³ Sur le concept d'«équilibre réfléchi», voir J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Belknap Press of Harvard University Press, 1971 aux pp. 48-51, 577-87 [ci-après Rawls, *Theory of Justice*].

¹⁴ Voir Tremblay, *Rule of Law*, *supra* note 2.

¹⁵ La Cour suprême du Canada a rappelé à plusieurs reprises que ses décisions devaient se fonder sur les valeurs et les principes de la société libre et démocratique et que ces valeurs et ces principes formaient un ordre normatif cohérent. Voir par ex. *Oakes*, *supra* note 5 à la p. 136 :

Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Voir aussi *Slaight Communications c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 59 D.L.R. (4^e) 416 ; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 61 C.C.C. (3^e) 1 [ci-après *Keegstra* avec renvois aux R.C.S.]. Pour une description remarquable de cette thèse, voir L.E. Weinrib, «The Supreme Court of Canada and Section One of the *Charter*» (1988) 10 *Supreme Court L.R.* 469 aux pp. 483-96.

¹⁶ Il y a des raisons de penser que la construction de la société libre et démocratique qui guide les juges engagés dans le processus de contrôle judiciaire fondé sur la *Charte* procède des principes

Cette entreprise de reconstruction n'est pas facile et, compte tenu de son caractère nécessairement interprétatif et évaluatif, ces résultats demeurent fragiles et ouverts à la discussion. Néanmoins, ni cette difficulté ni cette fragilité constituent une raison de ne pas l'entreprendre. Car s'il est vrai que les décisions judiciaires dites interventionnistes ou activistes sont informées, affectées, voire fondamentalement justifiées par des raisons normatives d'arrière-plan, il importe d'en pénétrer la substance. Autrement, les décisions judiciaires, et en conséquence le droit constitutionnel qu'elles déterminent, apparaîtront partielles, mal fondées, difficilement intelligibles, intuitives, subjectives, pour ne pas dire carrément arbitraires. On pourrait même penser, au demeurant, que le refus catégorique d'aller au-delà de ce qu'expriment formellement les décisions judiciaires constitue l'une des causes importantes des jugements défavorables que posent les juristes à l'endroit de la rationalité des décisions judiciaires¹⁷.

Le discours juridique relatif à l'article premier, notamment les opinions des juges de la Cour suprême du Canada, sera examiné en présupposant qu'au moins certaines d'entre elles tirent leur signification d'un arrière-plan conceptuel dont la reconstruction appuie la théorie du fondement légitime. Certes, il n'est pas toujours facile de déterminer avec certitude, à la lecture d'une opinion judiciaire spécifique, si son auteur adhère vraiment et consciemment à la théorie du fondement légitime et, le cas échéant, à quelle version de cette théorie. Plusieurs raisons expliquent cela. D'abord, les juges explicitent rarement leurs postulats les plus fondamentaux. Ensuite, comme on le verra, les critères de contrôle judiciaire requis par la théorie du fondement légitime incorporent en grande partie les critères de contrôle associés à la théorie du fondement rationnel. Ces derniers critères énoncent, en quelque sorte, les conditions *minimales* d'une justification aux fins de la théorie du fondement légitime. Il s'ensuit qu'une opinion judiciaire fondée exclusivement sur des critères de contrôle associés à la théorie du fondement rationnel n'implique pas nécessairement que son auteur ne procédait pas dans le cadre de la théorie du fondement légitime. Enfin, il n'y a aucune

constitutionnels déjà existants, tels que ceux élaborés aux fins de la conception de la «primauté du droit comme justice» ; voir Tremblay, *Rule of Law*, *supra* note 2, c. 6-7. Cette conception postule que le droit constitutionnel canadien repose sur certains principes matériels de justice qui incarnent une version du constitutionnalisme, de la démocratie, du libéralisme et du fédéralisme. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 au para. 32, 161 D.L.R. (4^e) 385, la Cour suprême du Canada reconnaît aussi l'existence de «quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux [...] : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités». Ces principes ne fixent toutefois pas l'interprétation de la *Charte*. Ils la guident tout en étant eux-mêmes sujets à des réinterprétations à la lumière de la jurisprudence la plus récente relative à l'interprétation de la *Charte*, d'une part, et des compréhensions plus sophistiquées des «valeurs fondamentales» de la communauté politique, d'autre part.

¹⁷ Pour une discussion des raisons épistémologiques qui sous-tendent ce refus catégorique, voir L.B. Tremblay, «La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit» (1994) 39 R.D. McGill 101.

raison de postuler *a priori* que les juges, dans le cadre d'une affaire particulière, élaborent ou reconnaissent explicitement une théorie du fondement légitime cohérente et parfaitement structurée.

Quoi qu'il en soit, mon intérêt n'est pas de savoir si l'auteur d'une opinion particulière adhère vraiment et consciemment à la théorie du fondement légitime et, le cas échéant, à une version spécifique de cette théorie. Mon objectif est d'élaborer les propositions constitutives de la théorie du fondement légitime en présupposant qu'au moins certaines opinions judiciaires tirent leur signification d'un arrière-plan conceptuel qui peut être reconstruit d'une manière cohérente. Toutefois, compte tenu des difficultés énoncées, il est prudent, pour l'instant du moins, de formuler cette théorie à un niveau de généralité suffisamment élevé de manière à lui permettre de couvrir un champ d'opinions judiciaires assez large.

II. Le fondement légitime comme justification

La théorie du fondement légitime est une théorie de la «justification» des décisions politiques et des actions gouvernementales dont la validité est soumise au contrôle judiciaire. Dans notre tradition juridique et politique, le mot «justification» est utilisé dans au moins deux sens¹⁸. 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 agir 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 par un agent. Ainsi, la justification peut être comprise dans un sens que j'ai 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 procède de cette première signification lorsqu'elle n'exige, pour toute justification, que la démonstration de raisons valables¹⁹.

La notion de justification est toutefois comprise dans un autre sens lorsqu'elle désigne les raisons qui montrent qu'une action, une décision ou une croyance est bien fondée, bonne, juste, correcte ou vraie, compte tenu de standards normatifs plus fondamentaux. Dans ce second sens, la justification prend une signification «normative», «critique» ou «interne» à un ordre normatif donné. Ainsi, démontrer la justification d'une action, d'une décision ou d'une croyance ne consiste pas uniquement à montrer

¹⁸ Voir Tremblay, «Affaire de rationalité ou de légitimité ?», *supra* note 7.

¹⁹ Voir Tremblay, «Théorie du fondement rationnel», *supra* note 4.

que l'action, la décision ou la croyance est soutenue par une raison «valable», bonne ou mauvaise. La démonstration consiste à avancer les arguments qui montrent que l'action, la décision ou la croyance est soutenue par de bonnes raisons, c'est-à-dire par des considérations qui sont elles-mêmes acceptables d'un certain point de vue normatif. Dans le cadre de ce second sens, justifier une action, une décision ou une croyance consiste à montrer que cette dernière possède un «fondement légitime» et seules les décisions, les actions ou les croyances soutenues par de bonnes raisons peuvent être qualifiées de «rationnellement justifiées».

La théorie du fondement légitime procède de cette seconde acception. Elle postule que la justification d'une restriction aux droits garantis est suffisamment démontrée, aux fins de l'article premier, si, et seulement si, la partie qui en demande le maintien montre, à la satisfaction de la cour et conformément à une certaine norme de preuve, non seulement que la mesure gouvernementale était légalement autorisée et que son auteur avait quelque raison valable de la poser, mais que les motifs avancés en sa faveur constituent de bonnes raisons compte tenu d'un certain ordre normatif critique. Démontrer qu'une restriction est justifiée aux fins de l'article premier consiste donc à montrer, non seulement qu'elle est autorisée par une règle de droit et qu'elle possède un fondement rationnel, mais qu'elle possède aussi un fondement légitime.

Le processus de contrôle judiciaire de la justification des restrictions aux droits constitutionnels fondé sur la théorie du fondement légitime comporte ainsi quatre dimensions. La première consiste à vérifier si la restriction est «légalement autorisée» ou, pour reprendre la version anglaise de l'article premier de la *Charte*, si elle est «*prescribed by law*». Cette dimension ne sera pas discutée dans ce texte. Il suffit de rappeler qu'elle engage un certain contrôle de la légalité et du degré de précision de l'action ou de la décision gouvernementale²⁰. Une seconde dimension consiste à vérifier si les raisons ou les motifs allégués au soutien de la mesure sont ceux qui ont «véritablement» motivé l'auteur de la mesure, compte tenu de la meilleure théorie de l'interprétation de l'intention de l'auteur possible. Je ne discuterai pas plus de cette dimension ici. La raison n'est pas que la détermination des critères permettant d'établir si les motifs allégués constituent «véritablement» ceux de l'auteur est une entreprise plus facile que celle des critères que j'analyserai. Disons simplement qu'elle est plus familière et, faisant l'objet de débats depuis longtemps, elle apparaît moins urgente. Je présupposerai donc, pour les fins de ce texte, que toutes les restrictions sont légalement autorisées et que les motifs allégués représentent toujours les considérations que l'auteur de la mesure litigieuse a jugé suffisantes en l'édicant

²⁰ Les concepts d'«autorisation légale» et de «précision» dérivent d'une interprétation du concept de «règle de droit» énoncé à l'article premier de la *Charte*. Voir L.B. Tremblay, «Fundamental Rights and Freedoms» dans R. Blanpain, dir., *Law in Motion*, (World Law Conference, International Encyclopedia of Laws), La Haye, Kluwer Law International, 1997 aux pp. 160-61.

(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 «véritablement» ceux qui, pour l'auteur, ont justifié la mesure ?)²¹. L'objectif dans cette section est de rappeler brièvement les principaux critères formels des troisième et quatrième dimensions, soit les critères d'une raison «valable» et les critères d'une «bonne raison».

A. Les critères d'une raison «valable»

La troisième dimension consiste à vérifier si les motifs allégués constituent des raisons «valables» au sens de la théorie du fondement rationnel. Elle établit ce qu'on pourrait nommer les «conditions minimales» d'une bonne raison : les motifs allégués doivent être, au minimum, formellement capables de soutenir les jugements pratiques qu'ils sont censés justifier. Ils doivent au minimum posséder les traits formels leur permettant de guider ou de diriger rationnellement la conduite d'un agent qui doit prendre une décision, agir ou juger. Bref, ils doivent pouvoir compter comme raison.

Rappelons brièvement cinq des critères formels d'une raison valable²². Premièrement, une raison valable doit constituer un ensemble de considérations de nature sociale, économique, politique, scientifique, institutionnelle, juridique, morale, éthique ou religieuse qui, liées les unes aux autres, peuvent rationnellement pousser un agent à accepter (le jugement qui est à la base de) la mesure gouvernementale qu'il cherche à soutenir ou appuyer. Le motif ne doit pas uniquement contribuer à expliquer d'une manière «causale» le fait que la mesure gouvernementale ait été édictée. La simple exposition des événements, des actions ou des phénomènes qui expliquent ce par quoi un jugement ou un acte a eu lieu ne saurait nécessairement rendre compte de ce *pourquoi* il a été rationnellement accepté par les agents concernés²³.

Deuxièmement, un motif valable doit fournir les prémisses d'un raisonnement pratique valide. Il doit exprimer des propositions qui, reliées les unes aux autres, permettent d'aboutir rationnellement au jugement pratique qu'elles sont censées soutenir conformément à certaines règles d'inférence. Ces règles incluent les suivantes.

²¹ Le mot «véritablement» est mis entre guillemets dans le texte pour souligner mon désaccord avec une interprétation «fondationnaliste» de l'intention d'un législateur. Pour plus de détails, voir Tremblay, «Théorie du fondement rationnel», *supra* note 4 à la p. 47.

²² Pour une analyse en détail de ces critères, voir *ibid.*

²³ Il est toujours possible d'expliquer l'existence d'un jugement pratique par les motifs valables qui ont poussé les agents à le poser. En cela, il existe souvent un recoupement entre les motifs valables et les raisons explicatives, mais ce n'est pas toujours le cas. Il peut exister des motifs valables qui ne contribuent en rien au fait qu'un agent ait posé tel jugement ou telle action. De plus, il existe toujours des considérations explicatives qui ne peuvent compter comme raison valable. Voir *ibid.* aux pp. 48-52.

D'abord, le raisonnement pratique doit être constitué, au minimum, d'une prémisse normative ou évaluative («il faut que», «il est désirable que»), d'une prémisse non normative exposant la situation spécifique dans laquelle la décision doit être prise ou la loi adoptée («or, c'est un fait que X», «or, dans les faits, il y a X») et d'une conclusion pratique énonçant ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire dans les circonstances²⁴. Ensuite, le raisonnement pratique doit se conformer aux règles ou aux principes de la logique formelle (principe d'identité, de non-contradiction, du tiers exclu, des contraires, etc.) ; les termes employés ne doivent être ni imprécis, ni indéfinis, ni ambigus et leur sens doit demeurer constant dans un même raisonnement²⁵. Enfin, la conclusion doit pouvoir être inférée des prémisses qui font office de raison²⁶.

Troisièmement, les prémisses doivent être unies à la conclusion conformément à un critère de pertinence. Elles doivent être enchaînées les unes aux autres par un lien substantiel qui contribue à établir la probabilité (du jugement pratique à la base) de la mesure qu'elles sont censées soutenir. Elles doivent donc donner un certain poids à la conclusion. Autrement, nul agent rationnel ne pourrait l'inférer rationnellement des prémisses avancées. Cela n'implique pas que les prémisses doivent être suffisantes, mais elles doivent lui conférer un poids minimal²⁷. Il s'ensuit que certains éléments associés à l'art de la persuasion ou de la rhétorique, tels les sophismes, les diversions, les flatteries, les promesses, les effets de toge, les menaces, les appels aux sentiments, aux préjugés ou aux peurs ne peuvent généralement pas compter comme raisons valables. Ils ne possèdent ni la consistance ni le type d'identité pouvant fournir le genre de soutien matériel requis rendant probable la conclusion pratique²⁸. Il en va de même des volitions et des simples croyances (le fait de croire à une chose par opposition à l'objet de la croyance). Ce sont de simples états d'esprit. En tant que tels, ils ne possèdent ni la consistance ni l'identité pouvant conférer à la conclusion le poids minimal requis par le critère de pertinence²⁹.

²⁴ Voir *ibid.* aux pp. 101-05.

²⁵ Voir *ibid.* aux pp. 106-08.

²⁶ On a soutenu que le concept d'inférence ne convenait pas aux raisonnements pratiques, thèse que j'ai tentée de repousser ; voir *ibid.* aux pp. 95-100.

²⁷ *Ibid.* à la p. 108.

²⁸ Cela ne veut pas dire que la peur ne puisse jamais compter comme une raison dans le processus de délibération d'un agent. Mais l'appel aux peurs d'un agent fait appel à un état d'esprit et non pas à des raisons qui pourraient soutenir un jugement donné. Par exemple, le seul fait que les députés aient peur de la troisième guerre mondiale ne saurait soutenir une loi sur les mesures d'urgence. Les considérations pertinentes devraient avoir un lien substantiel avec l'objet de la peur, tel le «fait» qu'un pays menace sérieusement notre pays. Voir *ibid.* à la p. 52.

²⁹ Voir *ibid.* aux pp. 52-55. La question des volitions pose un problème particulier dans un contexte théorique où jouent les concepts de souveraineté et d'autorité politiques. Voir *ibid.* aux pp. 55-71.

Quatrièmement, les prémisses qui expriment un jugement de fait, c'est-à-dire un jugement qui décrit un état de choses qui existe, qui a existé ou qui existera dans le monde (un fait social ou naturel ou un lien causal entre deux faits), doivent être rationnellement fondées. Il doit y avoir au moins un motif valable de croire que le jugement de fait est vrai, probable ou vraisemblable, compte tenu des méthodes et des règles de preuve et d'argumentation généralement admises afin d'établir le type de jugement en cause. Un motif allégué exprimant un jugement de fait tenu pour faux, improbable ou invraisemblable par les experts de la communauté scientifique pertinente ou compte tenu de la connaissance commune ou de l'expérience personnelle crédible ne serait valable. Il s'ensuit que les croyances erronées, improbables ou invraisemblables en l'existence d'un fait ne sauraient justifier une prémisse et, conséquemment, priveraient la justification de l'une de ces prémisses constitutives. De même, un motif allégué, qui exprimerait un jugement de fait controversé pour lequel il n'y aurait aucune preuve crédible, qui serait incapable d'être vérifié par des moyens rationnels (un jugement de fait ésotérique, par exemple), qui serait contredit par un autre jugement de fait avancé dans l'argumentation, qui présupposerait ce que l'argumentation tente de justifier ou qui serait dénué de fondement rationnel (un préjugé, un stéréotype), ne saurait constituer une raison valable³⁰.

Cinquièmement, les prémisses qui expriment un jugement de valeur, c'est-à-dire qui énoncent un verdict sur le caractère désirable ou indésirable d'un objet donné, tel un état de choses, une conduite, une pratique, une personne ou un idéal, doivent aussi avoir un fondement rationnel. Trois conditions doivent être rencontrées. D'abord, le jugement de valeur doit constituer une appréciation de l'objet évalué, et non pas l'expression d'une attitude affective ou émotive de l'agent qui pose le jugement. Ensuite, l'appréciation doit être fondée sur une ou plusieurs des caractéristiques de l'objet évalué, et non pas sur les goûts, les préférences subjectives et les émotions de l'agent qui pose le jugement. Enfin, l'appréciation doit être justifiable rationnellement sur la base des critères de l'une des interprétations plausibles des champs normatifs dans lesquels le jugement de valeur s'inscrit, telles l'économie politique, la politique sociale, l'éthique, la morale politique et l'esthétique. Un motif allégué qui exprimerait un jugement de valeur contredisant une évaluation dont la vérité ou la justification est tenue pour bien établie, compte tenu de *toutes* les interprétations plausibles du champ normatif pertinent, qui n'a aucune assise rationnelle, qui est invraisemblable compte tenu des méthodes et des règles d'argumentation généralement admises à l'intérieur des champs normatifs pertinents, qui contredit d'autres prémisses évaluatives de la même argumentation ou qui présupposent ce que l'argumentation tente de justifier, ne saurait constituer une raison valable³¹.

³⁰ *Ibid.* aux pp. 71-82.

³¹ Voir *ibid.* aux pp. 82-93.

Ces cinq critères montrent que la théorie du fondement légitime incorpore une grande partie des critères formels d'une raison «valable» élaborés aux fins de la théorie du fondement rationnel. Sans toutefois sous-entendre que les deux théories puissent être réconciliées, cela signifie simplement que les critères de la théorie du fondement rationnel, qui permettent de distinguer les raisons valables de celles qui ne le sont pas, constituent les critères minimaux nécessaires que doivent rencontrer les «bonnes raisons» aux fins de la théorie du fondement légitime. De surcroît, cela pourrait aussi signifier que la théorie du fondement légitime possède ses propres critères de déférence judiciaire ou de souplesse relativement au degré de respect dont les tribunaux doivent faire preuve à l'égard de certains types de considérations avancées au soutien d'une restriction aux droits garantis. Il s'ensuit qu'une élaboration complète de la théorie du fondement légitime devrait indiquer à quelles conditions les critères de la théorie du fondement rationnel s'appliquent comme conditions minimales nécessaires à la constitution d'une bonne raison et à quelles conditions ils s'appliquent comme conditions suffisantes.

B. Les critères d'une «bonne» raison

La quatrième dimension du processus de contrôle judiciaire fondé sur l'article premier de la *Charte* conformément à la théorie du fondement légitime consiste à vérifier si les motifs valables allégués au soutien (des jugements politiques à la base) des mesures gouvernementales peuvent compter comme «bonnes» raisons. Les tribunaux doivent évaluer si les motifs allégués forment une «bonne justification». Cette dimension demeure la plus difficile au niveau conceptuel, moralement la plus controversée et, en même temps, la plus importante du processus de contrôle judiciaire de la justification des restrictions aux droits constitutionnels fondé sur la théorie du fondement légitime. Elle demande aux tribunaux de répondre à la question : «quels types de considérations constituent, en droit constitutionnel canadien, de bonnes raisons de restreindre les droits et les libertés garantis ?». Or, puisque le texte même de l'article premier de la *Charte* n'y répond pas explicitement, cette question prend une forme théorique : «qu'est-ce qui, dans une société libre et démocratique, constitue une bonne raison de restreindre les droits constitutionnels garantis ?». La réponse prend de manière ultime la forme d'un ensemble de principes constitutionnels normatifs, soit les «principes de l'article premier»³².

Rappelons brièvement trois traits généraux que doit formellement posséder toute bonne justification³³. Ceux-ci doivent être lus en se rappelant que l'objectif de tout

³² Le contenu des principes matériels de l'article premier ne sera pas abordé dans ce texte.

³³ Une description adéquate de ces critères exigerait une discussion beaucoup plus approfondie que celle que j'entends faire ici ; en particulier, il faudrait faire état de la jurisprudence sur cette question de manière à illustrer en quoi ils conviennent à la théorie du fondement légitime.

processus de justification est de convaincre rationnellement les membres de l'auditoire à qui la raison est fournie que tel jugement pratique, telle mesure gouvernementale ou telle action est bien fondé. Une bonne justification est donc une argumentation qui fournit à un auditoire particulier une bonne raison d'accepter un jugement pratique, une mesure gouvernementale ou une action. Certes, selon le contexte, l'auditoire peut être composé d'une seule personne, d'un groupe particulier de personnes ou de tous les êtres humains rationnels formant ce qu'on appelle l'auditoire universel³⁴. Dans tous les cas, l'existence d'un auditoire à convaincre rationnellement demeure toutefois constitutive du processus de justification : autrement, le processus n'aurait pas d'objet. En droit constitutionnel canadien, par exemple, l'auditoire que visent à persuader les thèses justificatives avancées par les plaideurs, les juges et les professeurs oscille entre les juges qui doivent trancher les questions, les parties aux litiges, la communauté des juristes, la communauté politique en général et l'auditoire universel³⁵.

Une bonne justification prétend ainsi toujours à une certaine validité universelle. Elle est censée valoir et s'imposer comme bonne à tous les êtres raisonnables de l'auditoire visé par la justification. Cela ne signifie pas que la raison doit être «universelle», dans un sens absolu, abstrait, ahistorique et dé-contextualisé, transcendant les perspectives culturelles et historiques de ceux qui l'évaluent, bien que, dans certains contextes, certains auditoires puissent exiger de certaines justifications qu'elles soient universellement valables dans ce sens (un jugement scientifique, par exemple). Cela signifie qu'une bonne justification ne doit jamais être individuelle et censée valoir uniquement pour l'agent qui l'énonce ou pour un sous-groupe de l'auditoire auquel il s'adresse. Une raison qui ne fait appel qu'aux intérêts, aux goûts, aux préférences ou aux désirs égoïstes d'un agent ou d'un sous-groupe de l'auditoire, par exemple, ne saurait convaincre rationnellement tous les membres de l'auditoire à qui la justification est fournie, à moins que cet appel ne soit soutenu par une raison qui possède une certaine validité universelle. C'est pourquoi les justifications des (jugements politiques à la base des) mesures gouvernementales³⁶ sont généralement constituées d'une prémisse évaluative exprimée en termes de «bien commun», de «bien-être général», d'«intérêt public», d'«intérêt général», de «droits moraux égaux ou universels» ou de

³⁴ Nous pouvons aussi constituer notre propre auditoire. Voir par ex. C. Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976 ; C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, Presses universitaires de France, 1958.

³⁵ On pourrait penser que l'auditoire du plaideur n'est que le banc des juges qui doit trancher le litige, ce qui formellement est vrai. Cependant, dans la mesure où l'auditoire des juges, également tenus de justifier leurs propres décisions, oscille entre les parties aux litiges, la communauté des juristes, la communauté politique en général et l'auditoire universel, les justifications avancées par les plaideurs devraient aussi pouvoir chercher à convaincre les membres de ces divers auditoires.

³⁶ Dans la suite de ce texte, on devra comprendre que référer aux mesures gouvernementales inclut aussi le jugement pratique à la base de ces dernières.

«justice». Ces concepts indiquent que la mesure gouvernementale tient ou a tenu compte également ou équitablement des intérêts ordinaires ou fondamentaux de chacun et fait bénéficier tous les citoyens du même avantage ou incarne des obligations morales qui lient déjà ou que reconnaît déjà chaque individu indépendamment du droit. Les prémisses qui s'appuient sur de tels concepts sont censées valoir comme «bonnes» pour tous les êtres rationnels de l'auditoire à qui elles sont fournies et pouvoir être reconnues par eux comme s'imposant à chacun.

1. Le caractère «acceptable» des prémisses de l'argumentation

Le premier critère d'une bonne raison se rapporte au caractère «acceptable» des prémisses de l'argumentation. Tant les prémisses qui expriment des jugements de fait que celles qui expriment des jugements de valeur doivent pouvoir être acceptées comme vraies ou comme suffisamment justifiées par tous les membres de l'auditoire visé. Elles doivent pouvoir résister à l'examen critique de personnes compétentes. Il ne suffit donc pas de montrer que les jugements de fait ou de valeur sont soutenus par au moins une raison «valable» au sens de la théorie du fondement rationnel. Il est nécessaire de montrer que les raisons censées justifier les jugements de fait ou de valeur les établissent avec un degré suffisant de force ou de probabilité.

Les raisons pour lesquelles les prémisses peuvent être jugées acceptables peuvent varier selon les types de jugement de fait et de jugement de valeur que l'on cherche à établir dans une affaire donnée. Par exemple, certains types de jugement de fait ne sauraient être acceptables, à moins d'être soutenus par une preuve directe de nature scientifique fondée sur les meilleures théories disponibles et sur les méthodes généralement admises par les membres des communautés scientifiques pertinentes. Par contre, d'autres types de jugement de fait pourraient être jugés acceptables du seul fait qu'ils s'accordent avec nos observations crédibles, nos expériences personnelles du comportement humain ou avec ce qui fait l'objet d'une connaissance commune. Il se pourrait aussi que le caractère acceptable de certains types de jugement puisse dépendre du jugement d'une autorité reconnue ou de témoins crédibles. De même, certains types de jugement de valeur ne sauraient être jugés acceptables, à moins de se conformer aux critères normatifs et aux modes de raisonnement et d'argumentation établis par les meilleures théories pertinentes disponibles. Par exemple, un jugement évaluatif d'ordre économique (l'existence d'une «crise» économique, par exemple) qui n'a de sens qu'à l'intérieur du discours économique devrait être défendable sur la base des critères normatifs de la meilleure théorie économique disponible ; un jugement évaluatif d'ordre social qui n'a de sens qu'à l'intérieur d'un discours social (l'existence d'une «crise» du logement par exemple) devrait être défendable sur la

base des critères normatifs de la meilleure théorie sociale disponible³⁷. D'autres types de jugement de valeur pourraient être acceptables du seul fait qu'ils s'accordent rationnellement avec un ensemble de jugements normatifs que les auditeurs trouvent déjà acceptables. Il se pourrait aussi, selon le contexte, que le caractère acceptable de certains jugements de valeur puisse dépendre du jugement d'autorités reconnues.

Compte tenu du type de raisonnement politique propre à la justification des restrictions aux droits constitutionnels garantis par la *Charte*, au moins l'une des prémisses évaluatives doit relever de la morale politique³⁸. Le jugement de valeur qu'elle exprime doit donc, en principe, être rationnellement soutenu soit par la meilleure théorie de la morale politique disponible, soit par la théorie normative de la société juste ou de la bonne société que les auditeurs trouvent déjà acceptable, soit par le jugement d'une ou plusieurs autorités reconnues. Or, l'article premier de la *Charte* 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 donc être justifiables sur la base de critères constitutifs d'une théorie normative acceptable de la société libre et démocratique. Cette assertion, à tout le moins, exprime l'un des postulats du droit constitutionnel canadien³⁹. La question de savoir si le fondement de cette théorie normative de la société libre et démocratique réside dans le texte même de l'article premier, dans l'intention du constituant, dans les valeurs qui sous-tendent les droits garantis, dans les valeurs subjectives des juges, dans les écrits des philosophes politiques, dans les valeurs partagées des membres de la communauté, dans un accord réel entre les citoyens sur les principes fondamentaux de la justice ou dans une théorie de la morale politique abstraite absolue relève de la théorie constitutionnelle et la réponse dépend, dans une très large mesure, de la conception normative que se font les juges d'une «bonne justification». Nécessairement, la théorie du fondement légitime présuppose une réponse à cette question.

³⁷ Les jugements de valeur de ce type recourent souvent plus d'un discours normatif. Pensons, par exemple, aux jugements de type socio-économique. Sur les divers types de jugements normatifs, voir Tremblay, «Théorie du fondement rationnel», *supra* note 4 aux pp. 87-91.

³⁸ *Ibid.* aux pp. 89-91, 102-04.

³⁹ Voir par ex. *Oakes*, *supra* note 5 à la p. 136 :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Le degré de probabilité requis pour qu'une prémisse soit jugée acceptable peut aussi varier selon les types de jugement de fait ou de jugement de valeur que l'on cherche à établir dans un raisonnement donné. Par exemple, un degré plus élevé de probabilité peut être exigé pour un jugement de fait controversé qui décrit un état de choses censé exister dans le monde et pour un jugement décrivant un fait futur pour lequel les éléments de preuve disponibles sont partiellement inexistants. De même, un degré de probabilité plus élevé peut être exigé pour un jugement qui décrit un lien de causalité entre deux phénomènes isolables et pour un jugement qui traduit un lien causal entre deux phénomènes complexes susceptibles d'être affectés par une multitude de phénomènes concurrents difficilement mesurables. Le degré de probabilité approprié doit finalement dépendre des types de preuve qui sont en principe disponibles pour justifier le jugement particulier. Si les meilleurs éléments de preuve disponibles montrent, d'une part, que la prémisse possède un degré de probabilité peu élevé et, d'autre part, qu'il n'est pas possible de l'établir avec plus de probabilité, il peut être raisonnable de l'accepter. Bref, le caractère acceptable ou non d'une prémisse dont la probabilité est plus ou moins élevée dépend autant du contexte que de critères abstraits. Il en va de même des jugements de valeur qui pourraient être acceptés sur la base de considérations qui rendent leur justification plus ou moins probable. Pour ces raisons, on pourrait correctement soutenir que la théorie du fondement légitime possède ses propres standards de souplesse, de respect ou de déférence judiciaire envers les choix politiques gouvernementaux. Cela ne signifie pas que cette théorie se réduise à la théorie du fondement rationnel. Les considérations jugées suffisantes et le degré de probabilité requis pour qu'une prémisse alléguée soit jugée acceptable varient selon les types d'argument et de preuve pertinents qu'il est pratiquement possible de fournir au soutien d'une mesure gouvernementale dans un contexte donné. Ce n'est donc pas une déférence judiciaire de principe envers les raisons valables qui a poussé un législateur ou un gouvernement à agir dans une situation donnée.

Par contre, certains jugements sont carrément douteux, soit pour le motif que la preuve permettant de les accepter ou de les rejeter est insuffisante, soit pour le motif qu'elle est contestable sur la base des théories pertinentes concurrentes et des méthodes divergentes toutes aussi probables les unes que les autres. Dans ces cas, il arrive que nous sachions quels types de considérations sont requis pour établir le jugement de fait ou le jugement de valeur avec suffisamment de probabilité mais, considérant l'insuffisance de la preuve ou son caractère controversé au sein des communautés de personnes compétentes pour l'évaluer, il n'existe pas plus de raisons d'accepter le jugement que de le rejeter. Il serait donc arbitraire de conclure dans un sens ou dans l'autre. Puisque la partie qui fait valoir le bien-fondé (du jugement à la base) de la mesure gouvernementale a le fardeau de démontrer que les prémisses de l'argumentation

sont acceptables, la présence d'une prémisse douteuse affaiblit considérablement la justification et pourrait même l'invalider. Cela n'implique toutefois pas qu'un législateur ne peut jamais agir sur la base d'une prémisse douteuse. Il existe des cas où la maxime *mieux vaut prévenir que guérir* trouve son application. Cependant, dans ce type de situation, la mesure gouvernementale doit être soutenue par un raisonnement distinct. Sa justification doit résider dans le fait que, dans tel cas précis, même si l'une des considérations pertinentes est douteuse, il est désirable d'agir. La force de cette justification dépend de considérations distinctes, évaluables dans le contexte, tel le mal dont pourrait souffrir la communauté en l'absence d'action préventive. Dans de telles circonstances, on pourrait croire que les tribunaux font preuve de déférence à l'égard du législateur au sens de la théorie du fondement rationnel. Ce serait une erreur. En pratique, chaque prémisse de ce raisonnement distinct devrait aussi être acceptable. Par conséquent, la prémisse évaluative énonçant que, «compte tenu de *telle* finalité urgente et réelle et compte tenu de *tel* jugement de fait douteux, il est désirable d'agir» devrait être établie avec un degré suffisant de «probabilité». Il devrait être démontré qu'il existe de bonnes raisons d'agir même si la situation est douteuse⁴⁰.

2. La force du lien entre les prémisses et la conclusion

Le second critère d'une bonne raison se rapporte à la force du lien entre les prémisses et la conclusion. Dans une bonne justification, la conclusion découle matériellement des prémisses acceptables. Il ne suffit donc pas de montrer que les prémisses sont pertinentes en ce qu'elles contribuent à établir la probabilité (du jugement pratique à la base) de la mesure dont elles sont la raison. Les prémisses doivent entraîner la conclusion. Elles doivent l'établir avec un degré suffisant de probabilité, compte tenu du type de raisonnement en cause. C'est le critère de la «suffisance». Les prémisses doivent fournir un poids tel au jugement pratique que tous les membres de l'auditoire devraient, en principe, être rationnellement contraints d'admettre que les prémisses sont suffisantes aux fins de la justification de la conclusion. Le caractère suffisant ou

⁴⁰ Imaginons une situation où certains faits violents ont conduit le gouvernement à appréhender une insurrection dans un contexte où la moitié des intellectuels et des universitaires, de même que certains membres des forces de l'ordre attentifs au dossier expriment leurs désaccords sur la base d'une interprétation différente des faits. On pourrait soutenir que l'action gouvernementale restreignant les droits est néanmoins justifiée, non pas parce que les faits violents appuient le jugement politique avec un degré suffisant de probabilité, mais pour le motif qu'il s'agit d'une situation où il vaut mieux agir de manière préventive même si le jugement est douteux. Il peut y avoir des situations où la responsabilité de l'État est telle que le gouvernement en place ne doit prendre aucun risque. L'hypothèse selon laquelle un jugement de fait est douteux ne doit pas pouvoir se réduire à celle où le jugement est faux, improbable ou invraisemblable. En ce sens, on pourrait dire que la théorie du fondement légitime comporte ses propres critères de déférence, mais le raisonnement est distinct de celui qui sous-tend la théorie du fondement rationnel.

insuffisant des prémisses ne répond pas à des règles strictes. Il varie selon le contexte, notamment selon le type de jugement pratique ou de mesure gouvernementale que l'on cherche à établir. En général, il y a une forme de proportionnalité entre la suffisance d'une argumentation et la portée de la conclusion : plus la conclusion est forte et générale, plus la justification doit être pesante. Inversement, il devrait être plus facile de justifier suffisamment une conclusion faible et étroite⁴¹. Encore une fois, on pourrait penser que cette proportionnalité pourrait entraîner une forme de déférence judiciaire à l'égard des choix politiques gouvernementaux. Or, ce serait une erreur car la suffisance des prémisses ne dépend pas du poids que les acteurs gouvernementaux ont donné au raisonnement. Elle dépend autant de la mesure gouvernementale visée que du type de preuve et d'argument qu'il est possible de faire valoir dans un contexte donné.

3. L'évaluation critique et rationnelle des prémisses et de leur lien avec la conclusion

Le troisième critère d'une bonne raison se rapporte à la possibilité, pour les auditeurs, d'évaluer d'une façon critique et rationnelle le caractère acceptable des prémisses et le caractère suffisant du lien entre ces dernières et la conclusion. Ainsi, les raisons avancées doivent être accessibles et intelligibles à tous les membres de l'auditoire visé, y compris à ceux qui sont hostiles à la mesure gouvernementale et à ceux qui ne sont pas prédisposés à l'accepter. Il s'ensuit que les prémisses doivent posséder une substance et une consistance réelles. Elles doivent être formulées avec suffisamment de précision et de spécificité de manière à constituer des contraintes matérielles réelles, faire l'objet de discussions authentiques et, éventuellement, susciter un accord rationnel substantiel (et non purement verbal). Ce critère est particulièrement critique lorsque les prémisses énoncent des jugements de valeur qui reposent sur des concepts formulés à un niveau très élevé de généralité et d'abstraction, tels que le juste ou l'injuste, le bien-être général, l'intérêt public, le raisonnable ou le déraisonnable, le bien ou le mal. Le défaut de donner aux prémisses un contenu substantiel précis conférerait à leur usage une simple valeur rhétorique⁴².

⁴¹ Par exemple, des conclusions telles que «la pornographie est indésirable car elle "peut" entraîner la violence chez des individus dont la sexualité est déviante» sont plus faibles que des conclusions telles que «la pornographie est indésirable car elle "cause" la violence faite aux femmes».

⁴² La jurisprudence de la Cour suprême canadienne révèle que les juges exigent généralement que les prémisses du raisonnement soient formulées avec un certain degré de précision. Voir par ex. *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 877 au para. 98, 159 D.L.R. (4^e) 385 [ci-après *Thomson* avec renvois aux R.C.S.] :

Pour les besoins de l'analyse fondée sur l'article premier, toutefois, il est souhaitable d'énoncer de façon aussi précise et spécifique que possible, d'une part, l'objectif de la

En principe, il y a deux manières d'évaluer les mesures gouvernementales. D'abord, on peut évaluer la finalité même que la mesure gouvernementale est censée viser. Le jugement porte alors sur les arguments qui montrent que l'objectif visé est bien fondé. Il existe toujours une certaine corrélation entre l'objectif d'une mesure gouvernementale et les raisons qui la justifient. Si l'objectif est de réduire le trafic des stupéfiants, alors la réduction du trafic des stupéfiants fait partie des raisons, voire des motifs déterminants qui soutiennent la mesure. L'objectif d'une mesure gouvernementale constitue toujours l'une des principales prémisses dont l'agencement forme l'argumentation qui la justifie. Bien entendu, en pratique, les objectifs des mesures gouvernementales sont complexes : les finalités s'emboîtent généralement les unes aux autres, de la plus immédiate à la plus éloignée par rapport à la mesure elle-même, et renvoient à tout un arrière-plan de considérations accessoires. L'évaluation des objectifs est donc une entreprise complexe. Elle doit juger les raisons avancées à leur soutien. Ultimement, le jugement évaluatif doit énoncer que la fin visée est légitime ou illégitime, juste ou injuste, bonne ou mauvaise, acceptable ou inacceptable, importante ou non importante, raisonnable ou déraisonnable.

On peut par la suite évaluer les modalités choisies afin de réaliser l'objectif en question. Le jugement porte alors sur les arguments qui montrent que les moyens utilisés à cette fin sont bien fondés. Puisque l'objectif visé par une mesure gouvernementale constitue toujours l'une des considérations déterminantes qui forment les

disposition attentatoire afin d'établir un cadre clair pour évaluer son importance, et, d'autre part, la précision avec laquelle les moyens choisis ont été conçus pour réaliser cet objectif.

La Cour a surtout discuté de ce critère de précision lors de la détermination de l'objectif législatif. Voir par ex. *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 à la p. 762, 95 D.L.R. (4^e) 202 :

[S]i la simple détermination du but (sans teneur) de protéger le public contre toute atteinte constitue un objet "urgent et réel", presque toute loi satisferait au premier volet de l'obligation imposée au ministère public en vertu de l'article premier. La justification en vertu de l'article premier exige plus que l'objectif général de la protection contre les préjudices commun à toutes les dispositions législatives de nature pénale; elle exige un but précis urgent et réel au point de pouvoir passer outre aux garanties offertes par la *Charte*.

Voir aussi *T.U.A.C. c. KMart Canada*, [1999] 2 R.C.S. 1083 au para. 59, 176 D.L.R. (4^e) 607 [ci-après *T.U.A.C.* avec renvois aux R.C.S.] :

Pour l'application du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, l'objectif législatif ne doit pas être exprimé trop largement. Il doit être défini avec exactitude et précision, de manière à établir un cadre qui permet d'en apprécier l'importance et d'évaluer la précision avec laquelle les moyens nécessaires à sa réalisation ont été élaborés. Si l'objectif est formulé de façon trop large, son importance risque d'être exagérée et l'analyse compromise.

Voir aussi *RJR-MacDonald c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199 au para. 144, 127 D.L.R. (4^e) 1 [ci-après *RJR-MacDonald* avec renvois aux R.C.S.].

prémisses de l'argumentation justifiant le choix des moyens, il est impossible de poser un jugement sur le bien-fondé des moyens sans en poser un sur celui des finalités. Un objectif injustifié est incapable de fournir une justification aux modalités choisies. Par conséquent, un jugement selon lequel un objectif serait mal fondé priverait ou déposerait *ipso facto* la mesure gouvernementale de l'une des prémisses du raisonnement qui autrement aurait pu la soutenir. Par contre, dès lors qu'un objectif paraît suffisamment justifié, l'évaluation des moyens peut exiger celle d'autres considérations, telles celles qui montreraient que les modalités choisies sont plus désirables que toutes ses concurrentes, compte tenu de l'objectif ou d'autres valeurs pertinentes (le juste, par exemple). Il s'ensuit que l'évaluation du bien-fondé des moyens est également assez complexe. Elle doit considérer le bien-fondé des raisons avancées à leur soutien. Ultimement, les jugements évaluatifs énoncent que les moyens choisis sont rationnels ou non rationnels, nécessaires ou non nécessaires, proportionnés ou disproportionnés, équitables ou inéquitables, justes ou injustes, légitimes ou non légitimes.

Ce cadre d'analyse n'a rien d'original car il fait partie des réflexions sur la nature du raisonnement pratique, au moins depuis Aristote⁴³. Il faut toutefois noter que la tradition occidentale a principalement valorisé l'évaluation des moyens choisis en vue d'atteindre certaines fins prédéterminées et non celle des fins elles-mêmes. Aristote lui-même soutenait que la délibération ne pouvait porter que sur ce qui dépend de nous et qui peut faire l'objet d'un choix. Or, les fins ou la valeur des fins ne dépendent pas de nous ; le médecin, par exemple, ne se demande pas s'il se propose de soigner un malade, ni un orateur s'il doit persuader l'auditoire. Seul le choix des moyens utilisés en vue d'atteindre une fin prédéterminée dépend de nous. De même, dans la culture moderne, la délibération sur les fins a souvent été conçue comme échappant à la raison. Pour certains, les fins sont conçues comme des faits «objectifs» ou capables d'objectivation (le plaisir, la richesse, par exemple) alors que pour d'autres, elles relèvent exclusivement de la décision ou des volitions.

D'un point de vue strictement analytique et selon les critères d'évaluation utilisés pour juger les (jugements à la base des) mesures gouvernementales, on pourrait évaluer les moyens indépendamment des finalités visées. On pourrait concevoir, par exemple, que l'évaluation des mesures gouvernementales n'engage que la valeur «instrumentale» ou «fonctionnelle» des moyens choisis par rapport à une fin posée. On pourrait ainsi juger qu'une mesure prohibant l'homosexualité est bien fondée, puisque l'objectif d'extirper les homosexuels de la communauté ne serait pas remis en question⁴⁴. Cependant, puisque les fins visées par un agent constituent le plus souvent

⁴³ Voir Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. par J. Voilquin, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, Livre III.

⁴⁴ Voir par ex. R. Posner, «The Problematics of Moral and Legal Theory» (1998) 111 Harv. L. Rev. 1637.

des moyens intermédiaires d'atteindre d'autres finalités plus éloignées, voire ultimes, il devrait être admis qu'au moins certaines fins dépendent de nous au même titre que les moyens proprement dits et que, par conséquent, elles peuvent faire l'objet d'une délibération. De plus, même en présupposant que, pour des motifs d'ordre ontologique ou scientifique, il existe *une* fin ultime, la nature de cette dernière serait probablement controversée et, en pratique, prendrait la forme d'une pluralité de fins ultimes (ou *quasi* ultimes) plus ou moins compatibles ou comparables⁴⁵. Dans la mesure de ce pluralisme, nos représentations controversées de la fin ultime présupposée devraient pouvoir faire l'objet de délibération. En tout état de cause, c'est certainement là l'une des principales tâches du discours moral et de l'éthique⁴⁶.

Ce cadre d'analyse axé sur l'évaluation des fins et des moyens a guidé les juges de la Cour suprême dans l'élaboration des deux critères justificatifs fondamentaux de l'article premier dont la formulation a été exposée dans l'affaire *Oakes* :

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être "suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution". [...]

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer⁴⁷.

La théorie du fondement légitime a pour objet de fournir les principes constitutionnels normatifs qui établissent les critères en vertu desquels les mesures gouvernementales et les jugements politiques qui les sous-tendent, les modalités et les finalités, peuvent être évalués rationnellement. Dans ce qui va suivre, j'avancerai la thèse, en apparence simple, que les principes de l'article premier s'articulent sur l'ensemble des droits constitutionnels garantis conçus comme des «contraintes latérales» qui pèsent sur les mesures gouvernementales et les jugements politiques.

⁴⁵ La difficulté à comparer les valeurs que nous pouvons associer aux fins ultimes est un thème récurrent de la philosophie contemporaine qui porte sur le pluralisme et l'incommensurabilité des valeurs. Voir par ex. R. Chang, dir., *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1997.

⁴⁶ Il est intéressant de noter à cet égard que cette forme de pluralisme des représentations des fins ultimes avait été reconnue par Aristote lui-même, voir *supra* note 44, Livre I, v. et qu'une partie importante de cet ouvrage constitue une délibération sur ces représentations.

⁴⁷ *Oakes*, *supra* note 5 aux pp. 138-39. Voir aussi la formulation énoncée *supra* note 6.

III. Les droits comme contraintes latérales

En vertu de la théorie du fondement légitime, les droits constitutionnels garantis sont traités comme des «contraintes latérales» qui pèsent sur les mesures gouvernementales et les jugements politiques dont la justification «normale» procède d'un mode de raisonnement et d'argumentation pratiques qui possède une intégrité, une finalité et une logique qui lui sont propres. L'objectif de cette section est de clarifier cette thèse en rappelant d'abord ce qu'il faut entendre par «mode normal de justification politique» et en exposant ensuite la signification générale du concept de «contraintes latérales». Cette discussion constitue une introduction aux sections subséquentes dont l'objet est de cerner la version spécifique de la thèse des droits comme contraintes latérales qui incarne le mieux la théorie du fondement légitime et d'examiner ses diverses fonctions en droit constitutionnel.

A. Les justifications conséquentialistes

Il importe de décrire le «mode normal de justification politique» en premier lieu pour deux motifs. Le premier est que le mode normal de justification ne peut fournir aux juges aucun critère rationnel déterminant qui leur permet d'évaluer «objectivement» les mesures gouvernementales. Il s'ensuit que si la démonstration de la justification des restrictions aux droits garantis aux fins de l'article premier de la *Charte* était conçue dans le cadre du mode normal de justification politique, les juges seraient confrontés au dilemme suivant : ou bien ils révisent les restrictions d'une manière arbitraire et acceptent de substituer leur volonté à celle du gouvernement ou de la législature, ou bien ils font preuve de déférence envers les choix gouvernementaux. Dans l'hypothèse où la seconde partie de l'alternative devait l'emporter, le contrôle judiciaire ne pourrait aller plus loin que ce que requiert la théorie du fondement rationnel. Le second motif est que la clarification du mode normal de justification politique permet de saisir directement ce que les droits constitutionnels garantis, conçus comme contraintes latérales, ajoutent de spécial au processus d'évaluation des mesures gouvernementales et des jugements politiques, c'est-à-dire de saisir les critères qui permettent de juger les finalités visées et les modalités choisies par les agents gouvernementaux pour les réaliser.

Le mode normal de justification des mesures gouvernementales et des jugements politiques est de type conséquentialiste. Une mesure gouvernementale ou une décision politique donnée est ainsi suffisamment justifiée dès lors que les conséquences des actes qui s'y conforment maximisent la production d'un état de choses désirable ou minimisent la production d'un état de choses indésirable. Une raison conséquentialiste possède une force normative en vertu de la qualité globale des résultats que

produit une action donnée, telle une mesure gouvernementale⁴⁸. L'utilitarisme, par exemple, postule qu'une décision politique est suffisamment justifiée dès lors que ses conséquences maximisent l'utilité, c'est-à-dire le bonheur ou le bien-être total au moyen du plus grand nombre d'êtres humains qu'elle concerne⁴⁹. On pourrait décrire l'état de choses désirable en termes de biens indépendants, tels l'intérêt national, la connaissance de la vérité, l'excellence humaine, la richesse collective, la culture, l'expérience esthétique, la pureté ethnique, le génie créateur ou tout autre bien désirable pour lui-même. Pour les fins de cette section, une justification conséquentialiste comprend tous les états de choses pouvant être jugés désirables et tous les modes d'évaluation des actes axés sur les résultats.

Le mode de justification conséquentialiste est une forme d'application de la maxime plus générale selon laquelle, en principe, toute fin suffisamment désirable justifie les moyens. Il s'ensuit qu'une mesure gouvernementale restreignant des «droits» individuels ou collectifs fondamentaux doit être tenue pour suffisamment justifiée du moment qu'elle maximise de manière causale la production d'un état de choses désirable. Certes, si l'état de choses qui sert de point de fuite et si la situation dans laquelle l'acte doit être posé exigeaient le respect d'un intérêt fondamental, l'argument conséquentialiste pourrait favoriser ces droits. Une telle protection serait cependant contingente. Dès lors que la maximisation de la finalité désirable exige la violation des intérêts individuels ou collectifs fondamentaux, le mode de justification conséquentialiste la prescrit. En tant que tel, il est incapable de l'empêcher. Il peut donc, selon le cas, prescrire des violations assez horribles des droits fondamentaux⁵⁰.

À l'occasion d'un processus de justification conséquentialiste, les «droits» n'exercent donc aucune contrainte latérale. Pour cette raison, je soutiens que le mode de justification conséquentialiste ne peut constituer une version acceptable de la théorie du fondement légitime. Cependant, on pourrait objecter que les tribunaux peuvent réviser le caractère «authentiquement» désirable de la finalité visée ou de l'état de choses à maximiser ainsi que la qualité des modalités choisies en vue d'atteindre cette fin indépendamment de la question des droits. Il suffirait, pour les tribunaux, de con-

⁴⁸ En philosophie, le conséquentialisme regroupe les théories morales qui conçoivent le critère de l'action juste en termes de maximisation d'un bien jugé désirable. Voir par ex. S. Scheffler, dir., *Consequentialism and Its Critics*, Oxford, Oxford University Press, 1988.

⁴⁹ Les mots «total» et «moyen» renvoient à deux versions de l'utilitarisme : l'utilitarisme classique et l'utilitarisme moyen. En vertu du principe de l'utilité moyenne, une action ou décision est justifiée dès lors que ses conséquences maximisent le bonheur ou le bien-être moyen de la collectivité prise comme un tout. Il n'est pas nécessaire de s'arrêter à la distinction entre l'utilitarisme classique et l'utilitarisme moyen.

⁵⁰ L'idée que les droits des uns puissent être sacrifiés au bénéfice d'un état de choses désirable est un thème récurrent en philosophie politique contemporaine. Voir par ex. Rawls, *Theory of Justice*, *supra* note 13, s. 5-6. Voir aussi J.C. Smart et B. Williams, *Utilitarianism, For and Against*, Cambridge, Oxford University Press, 1973 à la p. 69 et s.

cevoir la théorie du fondement légitime en termes conséquentialistes et d'élaborer (par «découverte» ou par «construction») des critères rationnels d'évaluation conséquentialiste. Cette objection pourrait être valable à la condition que le caractère désirable ou indésirable des états de choses à maximiser puisse être évalué rationnellement, que les états de choses puissent être clairement définis, que les conséquences des mesures gouvernementales puissent être connues, que les résultats puissent être mesurables et que toutes les alternatives politiques pertinentes puissent être comparées. Autrement, non seulement ce mode de justification laisserait aux agents gouvernementaux le pouvoir discrétionnaire d'avancer à peu près n'importe quelles considérations au soutien de leurs actions et leurs décisions, mais les juges ne possèderaient aucun critère rationnel, outre ceux énoncés par la théorie du fondement rationnel permettant d'évaluer les mesures gouvernementales et les jugements politiques.

Or, cette objection doit tomber. Les modes de justification conséquentialiste ne fournissent aucun cadre indépendant de valeurs par rapport auquel le «choix» des états de choses à maximiser pourraient être rationnellement évalué, mesuré et comparé à la valeur d'états de choses potentiellement concurrents. Les états de choses désirables sont donc *posés* ; les états de choses à maximiser sont généralement conçus en des termes difficilement opérationnels. En pratique, ils peuvent justifier une pluralité de jugements pratiques disparates, voire incompatibles. Enfin, même quand l'état de choses à maximiser est matériellement contraignant, il est douteux que les unités de mesure ou les modes de calcul de type conséquentialiste puissent établir rationnellement l'action qui est requise dans une situation particulière.

J'ai déjà analysé en détails les motifs qui justifient ces assertions⁵¹. Pour les fins de ce texte, je rappelle brièvement les principaux énoncés de cette analyse⁵². Premièrement, la logique interne d'une argumentation conséquentialiste postule toujours au moins un bien «ultime» dont la valeur intrinsèque fournit leur force justificatrice aux autres considérations. Or, il n'est pas facile de voir en vertu de quels types de considérations cet état de choses ultime dont la valeur est intrinsèque pourrait être jugé désirable ou indésirable dans le cadre des postulats conséquentialistes. D'abord, par hypothèse, il ne peut l'être à la lumière d'un bien plus fondamental. Il ne peut l'être non plus en vertu d'une norme morale indépendante (l'égalité, la justice, par exemple) sans que ne se pose la question de savoir comment cette norme morale pourrait elle-même être justifiée en termes conséquentialistes. Ensuite, des considérations non morales de types théologique, ontologique ou scientifique, telles la volonté de Dieu, la

⁵¹ J'invite les lecteurs à consulter l'argumentation à ce propos dans L.B. Tremblay, «La justification de la législation comme jugement pratique» (2001) 47 R.D. McGill aux pp. 69-77 [ci-après Tremblay, «La législation comme jugement pratique»]. Voir généralement D.W. Brock, «Recent Work in Utilitarianism» (1973) 10 Am. Phil. Q. 241 ; G. Grisez, «Against Consequentialism» (1978) 23 Am. J. Juris. 21 ; J. Finnis, *Fundamentals of Ethics*, Washington (D.C.), Georgetown University Press, 1983.

⁵² Tremblay, «La législation comme jugement pratique», *ibid.* aux pp. 69-77.

nature ou la psychologie humaine, ne peuvent valoriser par elles-mêmes les états de choses qu'elles énoncent (par exemple, tous les êtres humains ont telle finalité, tel intérêt ou sont motivés par tel type de «désir») car il existe un fossé entre ce qui est et ce qui doit être. En outre, des considérations non morales de ce type ne peuvent être normatives par elles-mêmes, à moins de leur attribuer des propriétés essentiellement normatives dont la signification ne pourrait avoir de sens que dans le cadre de théories théologiques ou métaphysiques difficilement vérifiables par des moyens rationnels. Par ailleurs, l'expérience personnelle de chacun ne montre pas qu'un seul état de choses est ultimement désirable pour tous, ni que les êtres humains partagent tous la même finalité ou le même intérêt, ni qu'ils sont tous motivés par le même type de «désir». Elle montre plutôt qu'une pluralité de biens désirables est à la base de nos conflits pratiques et que les êtres humains ne partagent pas la même méthode rationnelle, la même échelle ou le même ordre de priorité permettant de comparer les biens entre eux. De plus, une reconstruction de type herméneutique de tous les biens estimés désirables par l'ensemble des êtres humains d'une communauté entière ne saurait justifier l'existence d'un unique bien ultime substantiel. Puisqu'une telle reconstruction devrait intégrer tous les biens jugés désirables, le bien ultime substantiel qui en résulterait aurait fort peu de poids pour ceux qui ne reconnaîtraient pas le caractère désirable de quelque bien intégré. Enfin, la description de l'unique bien ultime en des termes formels qui pourraient contenir l'ensemble des choses que les individus estiment déjà désirables n'aurait aucun intérêt, les termes formels n'ajoutant rien à la force normative que possèdent (ou ne possèdent pas) déjà ces états de choses.

Deuxièmement, il n'est pas facile de voir en vertu de quels types de considérations les états de choses désirables généraux, tels l'utilité, le bonheur ou le bien-être collectif, ou les états de choses plus spécifiques, que ce soit le plaisir ou la satisfaction des préférences, pourraient fournir des standards matériellement contraignants. Ces derniers n'indiquent pas clairement le type de propriétés constitutives auxquelles ils réfèrent ni le type de politiques qu'ils impliquent. Leur application nécessite une interprétation préalable. Or, le raisonnement de type conséquentialiste nous enferme dans une forme de circularité : l'état de choses désirable doit être interprété en termes concrets, sans quoi il ne saurait fournir de standards contraignants. Cependant, pour choisir l'interprétation concrète la plus conforme à l'état de choses désirable, il faudrait que cet état de choses puisse déjà fournir un standard contraignant.

Troisièmement, même en supposant que l'état de choses désirable à maximiser puisse être matériellement contraignant, il existe de bonnes raisons de douter que les modes de calcul conséquentialistes puissent établir rationnellement les moyens permettant de le maximiser. En principe, la détermination du «comment» exige une forme de rationalité «instrumentale». Les contraintes qui pèsent sur la qualité de la justification sont donc internes au mode de calcul approprié en vertu duquel une option politique donnée peut être mesurée et comparée à ses concurrentes, compte tenu de la fin recherchée. Il doit y avoir un *lien rationnel* entre la mesure et l'état de choses

désirable et il doit y avoir une *proportionnalité* entre les effets négatifs causés par la mesure et les bénéfices obtenus qui soit au moins aussi forte que le rapport coûts-bénéfices de toutes les mesures concurrentes. Autrement, la mesure ne serait ni nécessaire ni efficace. Or, les critères de rationalité et de proportionnalité (ou de nécessité et d'efficacité) ne sont pas faciles à appliquer. D'abord, il existe des difficultés pratiques inhérentes aux modes de calcul conséquentialistes : nos informations empiriques ne sont pas toujours crédibles ; il n'est pas possible de connaître toutes les conséquences positives et négatives, quasiment infinies, d'une même action ; il existe une incertitude face à l'avenir, notamment la manière avec laquelle les individus réagiront dans un contexte où des facteurs imprévisibles seront pris en considération lors de l'agir ; et il n'est pas toujours possible d'établir la part de résultat que produit effectivement une règle de droit par rapport à celle que peuvent produire d'autres actes ou phénomènes.

Ensuite, les critères de rationalité et de proportionnalité enferment les jugements de valeur à l'intérieur d'une échelle unique établie par l'état de choses à maximiser. Puisqu'une même mesure peut affecter une multiplicité de biens, l'évaluateur est privé de valeurs indépendantes par rapport auxquelles il pourrait évaluer toutes les conséquences produites par la mesure. Il est donc difficile, voire impossible, de mesurer adéquatement la valeur d'une option politique donnée conformément au critère de proportionnalité et, en conséquence, de savoir si l'option choisie est proportionnellement aussi avantageuse que toutes les options concurrentes⁵³. Il est loin d'être acquis que le mode de calcul exigé par la justification conséquentialiste puisse être possible même en principe. Prenons le cas où l'état de choses à maximiser est la satisfaction des préférences du plus grand nombre. On voit mal à quoi ressemblerait le mode de calcul qui permettrait de mesurer l'intensité des préférences individuelles à satisfaire et justifier les comparaisons interpersonnelles : l'expression des préférences du plus grand nombre par un vote majoritaire ne tiendrait compte ni de l'intensité des préférences ni du caractère marginal de certaines utilités pour certains votants ; le recours à des modèles d'analyse très précis devrait ignorer ou faire abstraction d'aspects importants de la réalité ; et les modes de calcul qui produisent des solutions «approximatives» ou «probables» affaibliraient la force du conséquentialisme en tant que mode rationnel de justification des restrictions aux droits fondamentaux.

Ces considérations montrent que les justifications politiques qui procèdent du conséquentialisme constituent, en pratique, autant l'expression de «choix», c'est-à-dire de volitions et de décisions, voire d'instincts, d'intuitions et d'émotions, que de considérations rationnellement fondées. Les auditeurs sont finalement invités à admettre les fins ultimes proposées et à s'incliner devant les arguments relatifs aux mo-

⁵³ Les effets distincts d'options distinctes sur des biens distincts ne pourraient être adéquatement mesurés et comparés que si les biens distincts affectés étaient eux-mêmes rationnellement mesurables et comparables.

dalités qui demeurent généralement insuffisants, mêmes lorsqu'ils sont soutenus par des analyses techniques de type coût-bénéfice.

Il s'ensuit que les justifications conséquentialistes conviennent adéquatement aux doctrines politiques «décisionnistes» ou «volontaristes», telles la doctrine de la souveraineté et les théories de la démocratie majoritariste. En vertu de la doctrine de la souveraineté, le seul fait que le souverain «veuille» qu'un état de choses soit réalisé constitue une raison suffisante de reconnaître le caractère désirable de cet état de choses. De même, le seul fait que le souverain «veuille» réaliser cet état de choses en utilisant tels moyens plutôt que tels autres suffit à les justifier. Il n'existe aucun standard d'évaluation supérieur à l'acte de volonté. La décision fait foi des «bonnes raisons», tout comme l'expression «tel est notre bon plaisir», énoncée à la fin des édits et des ordonnances du roi qui indiquait, comme le soutenait Bodin, que les décrets du souverain ne dépendaient «que de sa pure et franche volonté», même s'ils «fussent fondés en bonnes et vives raisons»⁵⁴. Bref, il suffit au caractère désirable de certains états de choses qu'il soit posé et aux moyens utilisés qu'ils soient voulus. La seule question normative pertinente, s'il en est une, porte sur la légitimité politique du souverain⁵⁵. Elle ne concerne pas la qualité de la justification conséquentialiste de la mesure gouvernementale ou du jugement politique. De même, en vertu des théories de la démocratie majoritariste, le seul fait que le *demos* veuille poursuivre telle politique suffit à la justifier. La source de la légitimité politique réside dans la volonté de la collectivité, que cette dernière soit comprise en termes de peuple, de communauté, de citoyens libres et égaux, d'agrégat d'individus ou de représentants élus. Les théories de la démocratie majoritariste confèrent à chaque citoyen une part égale du pouvoir politique en leur attribuant également une voix. L'une des raisons avancées au soutien de cette thèse est que personne ne peut être certain de connaître la bonne réponse aux questions politiques. Il s'ensuit que le vote majoritaire fait foi de la volonté de la collectivité et que, finalement, les règles de droit sont une affaire de volonté, de décision et de choix («individuels agrégés» ou «carrément collectifs») et non de justification rationnelle.

Pour les mêmes raisons, les modes de justification conséquentialiste se prêtent mal au contrôle judiciaire des mesures gouvernementales et des jugements politiques fondés sur la théorie du fondement légitime. Puisque la justification des états de choses désirables et des modalités choisies en vue de les maximiser semble relever de la décision et de la volonté, plutôt que de considérations rationnelles qui aspirent à une certaine objectivité, il apparaît difficile, sinon impossible, pour les tribunaux de véri-

⁵⁴ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Lyon, Barthelemy Vincent, 1593, l. 1, c. 7, 8.

⁵⁵ Cette question normative sous-tendait à tout le moins deux des théories de la souveraineté les plus influentes de la tradition politique occidentale, celle de Thomas Hobbes (*Leviathan*), et celle de Jean-Jacques Rousseau (*Du contrat social*). Les traits essentiellement volontaristes des doctrines de la souveraineté sont rappelés dans Tremblay, «Théorie du fondement rationnel», *supra* note 4, à la p. 55 et s.

fier rationnellement si les raisons avancées au soutien des mesures gouvernementales et des jugements politiques constituent de bonnes raisons. Où puiseraient-ils les critères d'une bonne justification, sinon dans leur propre volonté ? Si les juges concevaient la démonstration de la justification des restrictions aux droits garantis dans le cadre d'un mode de justification conséquentialiste, ils seraient donc confrontés à un dilemme : ou bien ils substituent leurs volontés, leurs décisions ou leurs choix à ceux des agents gouvernementaux, sans être en mesure de mieux les justifier, ou bien ils font preuve de retenue ou de déférence envers les volitions, les décisions et les choix gouvernementaux. Or, compte tenu de la primauté du droit et de la valeur de la démocratie représentative, il est raisonnable de croire que ces juges voudraient faire preuve de déférence ou de retenue envers les jugements politiques des gouvernements. Ils hésiteraient avant de contrôler le bien-fondé des raisons avancées au soutien de la restriction au-delà du raisonnable ou, comme on le dit en droit administratif, du «manifestement déraisonnable». Tout au plus pourraient-ils accepter de vérifier si la restriction aux droits est soutenue par une raison «valable» au sens de la théorie du fondement rationnel. Pour cette raison, je soutiens que si la démonstration de la justification des restrictions aux droits garantis était conçue dans le cadre du conséquentialisme, le contrôle judiciaire devrait procéder dans le cadre de la théorie du fondement rationnel.

La jurisprudence canadienne appuie cette thèse. Par exemple, pour le juge La Forest dans *Edwards Books*, la justification de la restriction à un droit garanti devait être évaluée conformément aux postulats d'une théorie conséquentialiste. Après avoir admis aux fins de la discussion que la mesure visant à préserver le dimanche comme jour de repos et de loisir hebdomadaire uniforme restreignait la liberté de religion garantie à l'article 2(a) de la *Charte*, il s'est demandé si cette restriction était suffisamment justifiée au sens de l'article premier. D'une part, il jugea que l'objectif répondait à une préoccupation urgente et réelle : «[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»⁶⁶. Notons le choix des mots. La mesure gouvernementale est suffisamment justifiée pour le motif que ses conséquences («l'atmosphère de repos et de détente collectifs traditionnellement associée au dimanche et les effets de récupération qui en résultent») maximisent un état de choses désirable (est «nécessaire au bien-être de la population»). Puisque la question de savoir si

⁶⁶ *Edwards Books*, *supra* note 8 à la p. 793. Il faut ajouter que le juge La Forest semble accepter les motifs du juge en chef Dickson. Cela pose une difficulté. Le juge Dickson a tenté de fonder la justification de la loi sur quelque chose de plus précis, notamment le caractère désirable de protéger certaines catégories de travailleurs afin qu'ils puissent jouir d'une journée de repos uniforme avec leurs proches. Le juge La Forest semble plutôt soutenir que la loi vise une préoccupation urgente et réelle car elle préserve un jour unique de repos et que cet objectif peut raisonnablement être conçu comme nécessaire au bien-être.

le «bien-être collectif» constitue véritablement un état de choses intrinsèquement désirable, voire le bien ultime, et celle de savoir si la préservation du dimanche comme jour de repos maximisait véritablement cette finalité ne se prêtent pas à une réévaluation rationnelle sur un mode conséquentialiste, le juge La Forest fait preuve de déférence : l'état de choses ultime peut être «posé» comme désirable par le législateur et le jugement politique selon lequel, à cette fin, «il est nécessaire de préserver le dimanche comme jour de repos et de loisir hebdomadaire uniforme» n'a qu'à être «raisonnable» («le législateur peut *raisonnablement* considérer»).

D'autre part, il jugea que les moyens utilisés en vue de réaliser l'objectif étaient proportionnés. Alors que la majorité des juges estimait que le législateur était tenu de minimiser les effets négatifs de la loi sur la liberté de religion, notamment en créant une exemption en faveur de ceux qui observent le samedi pour des motifs religieux, le juge La Forest a conclu qu'une telle obligation n'existait pas. Du moment que l'objectif de la loi était jugé désirable, il fallait «accorder au législateur suffisamment de latitude pour lui permettre de l'atteindre»⁵⁷. En l'occurrence, cela signifiait que le législateur pouvait choisir, à sa discrétion, d'exempter ou non certains groupes. Cela ne signifiait pas que les juges devaient s'en remettre aveuglément au bon jugement du législateur⁵⁸, mais que le législateur devait disposer d'une «marge de manoeuvre raisonnable» dans le choix des modalités conçues pour atteindre l'objectif.

L'intérêt de cette position de déférence réside dans ses postulats. Pour le juge La Forest, le contrôle judiciaire des modalités doit procéder dans le cadre d'une conception de la justification politique du même type que celle qui encadre le législateur, c'est-à-dire une justification de type conséquentialiste. Le juge résiste ouvertement à l'idée selon laquelle des principes normatifs indépendants ou un ensemble de droits reconnus par les tribunaux puissent exercer une forme de contrainte sur les mesures législatives :

Il faut se rappeler que la tâche de gouverner revêt un caractère pratique. L'application de la Constitution doit se faire de manière réaliste en tenant compte de la nature du domaine particulier qu'on veut réglementer et ne pas être une affaire de théorie abstraite. En interprétant la Constitution, les tribunaux doivent être conscients de ce que le juge Frankfurter, dans l'arrêt *McGowan*, [...] appelle [traduction] «la réalité pratique de la vie», à laquelle le législateur doit répondre. C'est particulièrement le cas dans un domaine comme celui présentement en cause, où se font sentir autant de pressions opposées⁵⁹.

⁵⁷ *Ibid.* aux pp. 794-95.

⁵⁸ Voir *ibid.* à la p. 795 : «je ne veux pas laisser entendre que la Cour devrait, en règle générale, s'en remettre au bon jugement du législateur lorsque celui-ci porte atteinte à des droits considérés comme fondamentaux dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien au contraire, j'aurais pensé que la Charte établit le régime opposé».

⁵⁹ *Ibid.*

Sa thèse semble être la suivante : la Constitution doit être interprétée et appliquée en tenant compte du caractère pratique que revêt la tâche de gouverner ; or, le gouvernement ne conçoit pas les raisons qu'il a d'agir en termes de théorie abstraite (telle la théorie des droits comme contraintes latérales), il les conçoit en termes conséquentialistes, compte tenu de la nature du domaine particulier à réglementer. La Constitution doit donc concevoir les raisons avancées au soutien des restrictions aux droits en termes conséquentialistes.

Cependant, les justifications de type conséquentialiste se prêtent mal au contrôle judiciaire. D'une part, comme l'avance le juge La Forest, «la réalité pratique de la vie» sur laquelle le législateur veut agir révèle généralement une multitude de pressions opposées et de droits concurrents. Il est toutefois difficile de protéger également les revendications de tous et aucun standard objectif ne semble indiquer quelle est la bonne décision. En pratique, le législateur est confronté à des choix véritables. Par exemple, il peut soit cibler des objectifs dont la maximisation se fera au détriment des intérêts de certains, soit maximiser les droits de chacun au détriment d'objectifs désirables concurrents, sans pouvoir démontrer quel choix est le meilleur. Les choix politiques sont parfois radicaux et entraînent souvent, peut-être toujours, un sacrifice :

[...] on se doit dans le présent contexte de reconnaître que, si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. En outre, toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres groupes. Il n'y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous.

[...] Dans un cas comme la présente affaire, il me semble que le législateur fait face à un dilemme : ou bien il laisse la Loi imposer un fardeau à ceux qui observent un jour de culte autre que le dimanche, ou bien il prévoit des exemptions qui auront pour effet pratique de contrecarrer sensiblement l'objectif qu'il cherche à promouvoir et qui elles-mêmes auront pour résultat d'imposer un fardeau à ceux qui observent le dimanche et peut-être même à d'autres personnes aussi⁶⁰.

D'autre part, les juges ne possèdent aucun critère objectif indépendant, aucun mode de calcul rationnel pour réviser le choix du législateur. D'abord, les critères de nécessité enferment les juges dans une échelle unique de valeurs, celle établie par l'objectif (tel «la préservation du dimanche comme jour de repos et de loisir hebdomadaire uniforme») et il n'existe aucun ensemble de valeurs indépendantes, tels des objectifs concurrents qui pourraient justifier une forme de compromis, par rapport auxquels les juges pourraient évaluer adéquatement les conséquences des modalités choisies. Ensuite, les juges ne possèdent pas toutes les informations pertinentes qui leur permettraient de choisir adéquatement, à la place du législateur, la mesure qui

⁶⁰ *Ibid.* aux pp. 795-96.

produirait les conséquences les plus désirables. Pour ces raisons, le juge La Forest soutient que certains «choix» doivent demeurer essentiellement les «choix» du législateur : «[c]es choix exigent une connaissance approfondie de toutes les circonstances. Il y a des choix qu'un tribunal n'est pas en mesure de faire»⁶¹. Par conséquent, les juges doivent faire preuve de déférence et respecter les décisions du législateur : «en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées»⁶². Tout au plus peuvent-ils vérifier si les décisions gouvernementales rencontrent les critères de la théorie du fondement rationnel.

B. Les droits garantis comme contraintes latérales

La théorie du fondement légitime postule que les juges peuvent éviter le dilemme devant lequel les place la conception conséquentialiste de la justification politique (substituer arbitrairement leurs volontés à celles des agents gouvernementaux ou faire preuve de déférence envers les volitions gouvernementales). Ils peuvent se soustraire à ce dilemme pour le motif que la conception de la justification politique proposée par cette théorie fournit les critères rationnels en vertu desquels les tribunaux peuvent juger avec une certaine «objectivité» si les considérations avancées au soutien des mesures gouvernementales constituent de bonnes raisons de restreindre les droits garantis à la *Charte*. Le fondement de ces critères rationnels réside dans les droits constitutionnels garantis eux-mêmes que la théorie traite comme des «contraintes latérales» qui pèsent sur les mesures gouvernementales et les jugements politiques dont la justification normale est de type conséquentialiste. Cette thèse sera ainsi nommée la «thèse des droits comme contraintes latérales»⁶³.

Le concept de «droits comme contraintes latérales» n'est pas usuel en droit constitutionnel canadien. On peut néanmoins l'utiliser pour indiquer que les droits garantis pèsent sur les mesures gouvernementales et les jugements politiques de «l'extérieur» — ou de «côté». Les droits ne constituent donc pas des contraintes internes aux justifications conséquentialistes normalement avancées par les agents gouvernementaux

⁶¹ *Ibid.* à la p. 796.

⁶² *Ibid.* à la p. 795. Le juge ajoute : «[b]ien entendu, ce qui est raisonnable variera avec le contexte. On doit tenir compte de la nature de l'intérêt brimé et du régime législatif qu'on veut implanter».

⁶³ L'expression «contrainte latérale» est inspirée de l'expression «side-constraint» proposée par Robert Nozick. Voir R. Nozick, *Anarchie, État et utopie*, trad. par É. d'Auzac de Lamartine, Paris, Presses universitaires de France, 1988. Les traducteurs préfèrent plutôt les expressions «contraintes secondaires» ou «contraintes auxiliaires». On choisit ici l'expression «contraintes latérales» non seulement pour sa force métaphorique, mais aussi pour préciser qu'elle ne recouvre pas la même réalité que les droits comme «side-constraints» tels que conçus par Nozick.

au soutien de leurs mesures et de leurs décisions. Ils n'indiquent pas quels types de finalité politique les agents gouvernementaux doivent «maximiser». De telles contraintes procéderaient d'une version de ce que Nozick nomme l'«utilitarisme des droits»⁶⁴, telle une théorie qui postulerait que la seule fonction légitime de l'État est de produire un seul état de choses désirable, de minimiser l'ensemble total (pondéré) des violations des droits dans la société. Les droits ne constituent pas des standards supérieurs censés justifier «positivement» les mesures gouvernementales. La thèse des droits comme contraintes latérales reconnaît que les agents gouvernementaux engagés dans la pratique démocratique majoritaire ou représentative ont le pouvoir de choisir et de poursuivre toutes les finalités ou politiques sociales qu'ils estiment désirables, même celles que ne commande pas la protection des droits, et tenter de les maximiser par tous les moyens qu'ils estiment efficaces.

Le concept de contrainte latérale indique que les droits garantis tirent leur force normative d'un système de valeurs indépendant du type normal de justification politique conséquentialiste. Il postule l'existence de deux ordres normatifs, l'un justifiant les contraintes latérales qu'exercent les droits, l'autre soutenant les mesures gouvernementales et les jugements politiques. Il affirme explicitement la prépondérance de l'un sur l'autre en cas de conflit. La théorie du fondement légitime présuppose l'existence de contraintes d'un type que l'on peut qualifier de «déontologique» car elles pèsent sur l'action gouvernementale indépendamment des résultats que cette action pourrait produire⁶⁵. Les droits garantis délimitent ainsi les espaces d'activités, des avantages ou des bénéfices individuels ou collectifs «indépendants» que les mesures gouvernementales et les jugements politiques ne doivent absolument pas «violer». Pour cette raison, on pourrait concevoir la question de la justification des restrictions aux droits garantis en termes négatifs : une mesure gouvernementale est suffisamment justifiée aux fins de l'article premier de la *Charte* dès lors qu'elle ne viole pas les droits garantis. Il importe peu que les conséquences de la mesure maximisent un état de choses désirable, car même si la finalité visée était intrinsèquement désirable et même si les modalités choisies étaient rationnelles et efficaces, dès lors que la mesure violerait un droit garanti, elle ne serait pas justifiée en droit.

Bien entendu, l'intelligibilité de cette formulation dépend en partie de ce qu'il faut comprendre par «violation». Aux fins de la théorie du fondement légitime, la violation d'un droit garanti est une restriction qui n'est pas justifiée, soit parce qu'il ne peut jamais y avoir de bonnes raisons de les restreindre, soit parce que, dans un con-

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Une contrainte de type déontologique postule qu'une pratique, une décision ou un acte peut être bon ou mauvais, juste ou injuste, raisonnable ou déraisonnable, en vertu de règles, de principes ou de considérations catégoriques qui lient les individus indépendamment des conséquences que pourrait produire l'acte, la décision ou la pratique.

texte donné, les raisons avancées au soutien de la restriction ne sont pas suffisantes. Dans le premier cas, les droits sont «absolus» : l'État ne peut jamais y porter atteinte d'une manière justifiable. Toute restriction constitue, automatiquement, une violation. Dans le second cas, il existe des contextes dans lesquels l'État pourrait être justifié de restreindre le droit. Il n'y aurait donc de violation que dans les cas où la restriction n'est pas justifiée⁶⁶. Il s'ensuit que l'obligation des agents gouvernementaux de ne pas «violier» les droits peut être «absolue» sans que les droits eux-mêmes ne le soient.

La théorie du fondement légitime ne considère toutefois pas que les modes de justification conséquentialiste soient illégitimes. Au contraire, elle présuppose que, en dépit de leurs limites intrinsèques, ils peuvent posséder une intégrité, une finalité et une logique propres qui répondent adéquatement aux exigences et aux idéaux de la pratique démocratique représentative et majoritaire normale. Ce qu'elle récuse est la thèse selon laquelle les modes de justification conséquentialiste pourraient répondre aux exigences et aux idéaux du contrôle judiciaire fondé sur l'article premier de la *Charte*. C'est du moins le sens qu'il faut donner à certains passages des opinions de la Cour suprême qui, comme le suivant, séparent les questions de politiques générales des questions de «droit» :

Avant d'entreprendre l'examen du pourvoi au fond, je tiens à souligner [...] qu'il n'appartient nullement à la Cour de déterminer si, du point de vue de la politique générale, il est souhaitable qu'il y ait un système scolaire catholique financé par les fonds publics. C'est au législateur qu'incombe cette tâche-là. Le seul point litigieux dont nous nous trouvons saisis est celui de la compatibilité du projet de loi 30 avec la Constitution du Canada⁶⁷.

⁶⁶ Voir les sections IV et V, ci-dessous.

⁶⁷ *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148 aux pp. 1167-68, 40 D.L.R. (4^e) 18. Voir aussi *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 24 D.L.R. (4^e) 536 [ci-après *Motor Vehicle Act*] ; *RJR-MacDonald*, *supra* note 42 aux para. 134-36. Quant à la pratique politique exécutive, voir *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 aux pp. 471-72, 18 D.L.R. (4^e) 481 :

[I]l faut se rendre compte que le contrôle judiciaire n'est pas la substitution de l'opinion du tribunal, quant au fond, à celle de la personne ou de l'organisme titulaire d'un pouvoir décisionnel discrétionnaire. [...]

[...] En conséquence, s'il était simplement demandé à la Cour d'exprimer une opinion sur la sagesse de l'exercice des pouvoirs de l'Exécutif en matière de défense en l'espèce, la Cour devrait refuser d'y répondre. Elle ne peut substituer son opinion à celle de l'Exécutif à qui la Constitution attribue le pouvoir décisionnel. Comme l'effet de l'action des appelants est d'attaquer la sagesse de la politique du gouvernement en matière de défense, il est tentant de dire que la Cour devrait de la même façon refuser de s'en mêler. Toutefois, je pense que ce serait là une erreur, ce serait contourner la question dont nous sommes saisis. La question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir si la politique du gouvernement en matière de défense est saine, mais plutôt de

On pourrait comprendre des passages tel que ce dernier comme reflétant le mythe de la neutralité de la décision judiciaire fondée sur un texte qui ne demanderait que des habiletés techniques et formelles d'interprétation juridique, par opposition à la responsabilité politique qu'engendrent les choix d'ordre politique⁶⁸. Cependant, il semble plus probable que de tels passages, du moins lorsqu'ils sont énoncés par des juges qui adhèrent à la théorie du fondement légitime, cherchent moins à préserver le mythe de la neutralité judiciaire qu'à reconnaître la légitimité normative de deux types de pratiques sociales : la pratique démocratique majoritaire et représentative et la pratique de contrôle constitutionnel fondée sur le concept de droits comme contraintes latérales⁶⁹.

On pourrait penser que la thèse des droits comme contraintes latérales ajoute peu de chose au vocabulaire généralement utilisé par les juristes pour expliquer le contrôle judiciaire «sévère» ou «rigoureux» fondé sur l'article premier. Mais ce serait une erreur. Selon la théorie constitutionnelle canadienne dominante, les droits garantis ne

savoir si elle viole les droits des appelants que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est là une question totalement différente. Je pense qu'il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une question relevant des tribunaux. [...]

Donc je conclus que si nous devons rechercher dans la Constitution la réponse à la question de savoir s'il est approprié que les tribunaux "prêtent des intentions" à l'Exécutif en matière de défense, nous concluons que non. Mais si on nous demande de décider si un acte spécifique de l'Exécutif porte atteinte aux droits des citoyens, non seulement est-il approprié que nous répondions à la question, mais c'est notre devoir en vertu de la *Charte* d'y répondre.

⁶⁸ Voir par ex. M. Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996 à la p. 75.

⁶⁹ Cela ne signifie pas que les juges ne cherchent jamais à camoufler le fait que les décisions constitutionnelles sont politiques et engagent leur responsabilité personnelle. Il y a néanmoins des raisons de croire que les juges les plus favorables au maintien du mythe de la neutralité judiciaire sont aussi ceux qui promeuvent des thèses formelles de l'interprétation constitutionnelle. Voir par exemple, le passage suivant du juge McIntyre dans *Morgentaler*, *supra* note 8 à la p. 140 :

[L]es tribunaux devraient interpréter la *Charte* de manière à mettre à exécution ses dispositions plutôt que le point de vue personnel du juge qui écrit. Cette façon de procéder établit des bornes que les tribunaux ne devraient pas dépasser lorsqu'ils se prononcent sur la *Charte*. Elle circonscrit le contenu des droits et libertés garantis par la *Charte* aux objets qui y sont formulés. Par conséquent, bien que les tribunaux doivent continuer à donner aux dispositions de la *Charte* une interprétation juste, large et libérale, cette méthode empêche la Cour d'abandonner son rôle décisionnel traditionnel pour formuler ses propres conclusions sur des questions de politique générale, ce qu'à maintes reprises la Cour a dit qu'elle devait éviter de faire.

Toutefois, même le juge McIntyre admet que «cela ne veut pas dire que les juges ne peuvent pas faire certains choix de politique générale lorsqu'ils se trouvent devant des conceptions opposées de l'étendue de droits ou de libertés. Des choix difficiles doivent être faits et le point de vue personnel des juges jouera inévitablement à l'occasion» (*ibid.* à la p. 141).

sont pas conçus comme des contraintes latérales qui pèsent sur l'action gouvernementale. Ils expriment des normes constitutionnelles «supérieures». Ils se situent au sommet d'un système hiérarchique de normes juridiques formelles et font partie des règles «supra-législatives» qui énoncent les critères de validité de toutes les autres normes juridiques, incluant, à un niveau inférieur, les règles de droit produites par les agents gouvernementaux⁷⁰. La validité de ces dernières est donc formellement conditionnée par les normes constitutionnelles. Cette représentation du statut des droits garantis s'inspire d'un modèle de normativité juridique positiviste qu'on pourrait qualifier de moniste. On présuppose que toutes les pratiques sociales normatives, incluant la pratique politique de la démocratie, ont abandonné leur autorité ultime sur l'interprétation et la production des normes qui les constituent et les réglementent au profit de l'autorité d'un ordre juridique unique, ultimement interprété et appliqué par les tribunaux. Il s'ensuit que l'ensemble des normes qui constituent, réglementent et résultent des pratiques gouvernementales, telles les pratiques politiques législatives, doit s'intégrer dans une unité normative «formelle», soit l'ordre juridique positiviste d'où les normes tirent leur validité. La normativité sociale, politique et juridique forme ainsi un tout cohérent, logique et formellement interdépendant. Lorsque les droits garantis contraignent les mesures gouvernementales qui résultent de la pratique législative et gouvernementale, ils les contraignent, pour ainsi dire, «d'en haut».

La thèse des droits comme contraintes latérales s'inspire plutôt d'un modèle de normativité juridique «pluraliste». Elle reconnaît que certaines pratiques normatives, telle la pratique démocratique majoritaire et représentative, peuvent répondre à des

⁷⁰ L'article 52 de la *Charte* semble appuyer formellement cette conception dominante en faisant de celle-ci un aspect de la «loi suprême» du Canada : «[l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». Plusieurs jugements de la Cour suprême du Canada appuient aussi cette conception dominante. Voir par ex. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 à la p. 746, 19 D.L.R. (4^e) 1 :

La théorie juridique en matière constitutionnelle, établie sous le régime de la *Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies*, était fondée sur le principe de l'invalidité. Si le Parlement ou une législature provinciale outrepassait les pouvoirs que lui conférait la Constitution en adoptant une loi donnée, alors l'incompatibilité de cette loi avec les dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* faisait en sorte que la loi en question était «absolument nulle et inopérante». L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas les principes qui, au cours des années, ont constitué le fondement du contrôle judiciaire. Dans un cas où on n'a pas respecté les modalités et la forme requises en matière constitutionnelle, l'invalidité continue d'être la conséquence de ce non-respect. Le mot inopérant signifie qu'une règle de droit ainsi incompatible avec la Constitution est inopérante pour cause d'invalidité.

Dans cette affaire, il était question d'une condition de forme, notamment l'obligation pour la législature du Manitoba de procéder à l'adoption, à l'impression et à la publication dans les langues française et anglaise.

normes, des finalités et des idéaux qui ont un sens et une rationalité à l'intérieur de ces pratiques. Elle convient en outre qu'il puisse être désirable de tolérer et de permettre autant que possible à ces pratiques d'évoluer conformément à ces normes, finalités et idéaux internes, sans leur imposer de normes, de finalités et d'idéaux qui ne conviendraient pas à leur logique interne et à leur intégrité. En ce sens, elle reconnaît que les mesures gouvernementales peuvent tirer leur validité, leur justification et leur légitimité d'ordres normatifs autres que le droit constitutionnel tel qu'interprété et appliqué par les tribunaux⁷¹. C'est pourquoi les droits ne sont pas conçus comme des contraintes internes imposées «d'en haut».

Cela ne signifie pas que la *Charte* ne peut jamais être conçue comme énonçant des critères de validité formelle⁷². Mais cela signifie, le cas échéant, que cette concep-

⁷¹ Il est pertinent de mentionner que la théorie du «dialogue». Cette théorie fut fondée sur un arrière-plan conceptuel qui reconnaît le type de pluralisme normatif qui découle aussi de la thèse des droits comme contraintes latérales avancée par P.W. Hogg et A.A. Bushell, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997) 35 Osgoode Hall L.J. 75 aux pp. 79-80 :

Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent legislative body as a dialogue. In that case, the judicial decision causes a public debate in which *Charter* values play a more prominent role than they would if there had been no judicial decision. The legislative body is in a position to devise a response that is properly respectful of the *Charter* values that have been identified by the Court, but which accomplishes the social or economic objectives that the judicial decision has impeded.

Voir aussi les commentaires des juges majoritaires dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 aux para. 136-38, 156 D.L.R. (4^e) 385.

Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements ; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adopter ; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

[...] L'article premier et la jurisprudence qui s'y rapporte revêtent également une grande importance pour le respect de l'action législative et des intérêts collectifs et sociaux que représente la législation. De plus, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'un tribunal se prononce sur une mesure visant à corriger une contravention à la *Charte*, il ne doit jamais oublier le rôle du législateur. [...]

À mon avis, la *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de «dialogue».

⁷² Voir *supra* note 70.

tion devrait être repensée de manière à rendre compte de l'existence autonome et indépendante de pratiques sociales normatives dont la légitimité, la justification et la force ne dépendent pas de la constitution formelle, mais de finalités, d'idéaux, de raisons d'être ou de «biens internes» qui leurs sont propres. La thèse de la validité formelle énonce que pour être valides en droit, les mesures gouvernementales doivent *formellement* posséder certains traits correspondant aux critères de validité énoncés dans les normes constitutionnelles. Or, les traits que doivent formellement posséder les mesures peuvent se rapporter aussi bien à la forme de la mesure qu'à son contenu⁷³. Ce n'est que si la forme de la mesure ou son contenu ne correspond pas formellement aux critères de validité énoncés dans les normes constitutionnelles que la mesure gouvernementale est invalide en droit. En ce sens, on peut accepter la thèse selon laquelle la validité juridique des mesures gouvernementales est une affaire de «dérivation» de normes constitutionnelles logiquement supérieures dans une hiérarchie formelle de normes⁷⁴.

Il ne s'ensuit toutefois pas que les droits garantis ne peuvent être conçus comme des contraintes latérales. Conceptuellement, le jugement sur la validité juridique de la mesure est distinct du jugement sur la justification de cette même mesure. En vertu du premier jugement, on énonce que telle mesure possède ou ne possède pas *formellement* les traits formels ou substantifs requis par la Constitution. En vertu du second jugement, on conclut que telle mesure possède ou ne possède pas tels traits *substantifs*. Ce n'est que si les juges concluent qu'une restriction possède certains traits substantifs (par exemple, que telle mesure est soutenue par de bonnes raisons), qu'ils peuvent conclure que la mesure possède formellement les traits requis par la Constitution. Le fait de concevoir la *Charte* comme énonçant des critères de validité formelle n'implique donc pas nécessairement que les standards substantifs en vertu desquels, à l'intérieur du processus de décision constitutionnelle, les juges évaluent le bien-fondé des mesures gouvernementales doivent être conçus comme «au-dessus» de ces mesures⁷⁵.

⁷³ Voir Tremblay, *Rule of Law*, *supra* note 2 à la p. 63 et s.

⁷⁴ Sur le concept de «dérivation», voir H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 à la p. 98.

⁷⁵ Ce n'est donc pas parce que la Cour suprême affirme, comme dans *Oakes*, *supra* note 5 à la p. 136, que «les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer», que cette norme «fondamentale» doit être conçue comme se situant au sommet d'une hiérarchie formelle de normes juridiques intégrées dans un ordre normatif unique et, par conséquent, «au-dessus» des mesures gouvernementales. Par exemple, Pierre-André Côté a déjà soutenu que, conceptuellement, la *Charte* pouvait avoir un effet prépondérant sur les lois incompatibles, sans que la nature de l'incompatibilité soit du type d'«excès de pouvoir» entraînant l'invalidité de la loi. La nature de l'incompatibilité entre la *Charte* et les lois pouvait être conçue comme relevant du type «conflit de

En pratique, le contrôle judiciaire qui reconnaît la légitimité d'une pluralité d'ordres normatifs peut produire des solutions juridiques semblables à celles qui, autrement, découleraient d'une conception juridique positiviste de type moniste. Mais puisque la thèse des droits comme contraintes latérales reconnaît que la pratique politique démocratique majoritaire et représentative peut légitimement répondre à des impératifs qui lui sont propres, les solutions pourraient aussi être différentes. En tout état de cause, il est soumis que cette conception du droit constitutionnel agissant «latéralement» sur les mesures gouvernementales et les jugements politiques, plutôt que «verticalement», fournit un outil conceptuel fécond pour saisir les sphères d'expertise légitime propres aux institutions judiciaires de même que celles propres aux institutions gouvernementales⁷⁶.

loi» qui, précisait-il, «met en cause deux textes dont aucune ne tire son autorité de l'autre» : P.-A. Côté, «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés» (1984) 18 R.J.T. 105 à la p. 115.

⁷⁶ Bien que ce ne soit pas le moment d'explorer cette idée, l'hypothèse selon laquelle la conception du droit agissant «latéralement» sur l'action et la décision gouvernementale, plutôt que verticalement, permet de mieux comprendre l'évolution contemporaine du droit administratif canadien. En particulier, elle permet d'expliquer le type de rapport que cherche à établir la Cour suprême du Canada entre le droit (parfois qualifié de «droit ordinaire») et l'action administrative. Traditionnellement, ce rapport procédait d'un modèle positiviste moniste dont la version «officielle» avait été consacrée par Dicey. Or, de plus en plus, la Cour suprême cherche à rompre avec ce modèle et à reconnaître l'existence autonome de pratiques normatives administratives qui répondent à des finalités, des buts, des raisons d'être et des biens non juridiques tout à fait légitimes. Voir par ex. *Syndicat canadien de la Fonction publique 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 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*, [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 ; *Dontar c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, 105 D.L.R. (4^e) 385. La Cour développe cette conception plus «pluraliste» de la normativité des pratiques sociales par le poids qu'elle accorde à l'«expertise» des agents administratifs qui oeuvrent dans un champ de réglementation spécifique et par le fait que cette expertise est reconnue comme une bonne raison de faire preuve de déférence à l'égard des décisions administratives. Néanmoins, le droit ordinaire et le droit constitutionnel continuent à exercer une contrainte sur les actions et décisions administratives, mais une contrainte qui pèse «latéralement». Le droit peut repousser les actions administratives qui «violent» les droits fondamentaux pour le motif que la protection de ces derniers relève de l'expertise traditionnelle des cours de justice et que cette expertise est une bonne raison de ne pas faire preuve de déférence à l'égard des décisions administratives qui y portent atteinte. Voir par ex. *Canada (P.G.) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 100 D.L.R. (4^e) 658. On pourrait probablement soutenir la même chose à l'égard des contraintes juridiques non écrites relevant de l'équité procédurale. Voir par ex. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 174 D.L.R. (4^e) 193.

IV. Trois conceptions des droits comme contraintes latérales

Il existe au moins trois conceptions plausibles de l'idée selon laquelle des droits constituent des contraintes latérales. Chaque conception établit ses propres conditions d'une bonne justification des mesures gouvernementales.

A. La conception absolutiste

La première conception est la plus extrême. Elle constitue une forme d'absolutisme. Elle énonce que les droits doivent être strictement protégés, quelles qu'en soient les conséquences. Les droits sont traités comme des contraintes absolues qui pèsent sur les actes de l'État. Ils ne doivent être restreints sous aucune considération, même si cette restriction maximisait un état de choses désirable, améliorait une situation particulière, favorisait les intérêts de la communauté dans son ensemble, protégeait les droits d'autrui ou permettait d'éviter une catastrophe. Toute restriction équivaut *ipso facto* à une «violation». Une conception absolutiste rend donc pratiquement impossible la justification d'une mesure gouvernementale portant atteinte à un droit, même si le respect intégral du droit devait entraîner des conséquences indésirables⁷⁷.

Cette conception a été avancée en philosophie politique contemporaine. Robert Nozick, par exemple, semble penser que toutes les restrictions aux droits équivalent *ipso facto* à des violations : «[L]es individus ont des droits, et il est des choses qu'aucune personne, ni aucun groupe, ne peut leur faire (sans enfreindre leurs droits). Et ces droits sont d'une telle force et d'une telle portée qu'ils soulèvent la question de ce que peuvent faire l'État et ses commis — si tant est qu'ils puissent faire quelque chose»⁷⁸. Les droits des autres sont conçus comme des «side-constraints» aux actions que nous pouvons mener : l'«optique des contraintes secondaires vous défend de violer ces contraintes morales dans la poursuite de vos buts»⁷⁹. La position semble absolue :

[u]ne contrainte secondaire spécifique de l'action envers les autres exprime le fait que les autres ne puissent être utilisés suivant les façons spécifiques qu'exclut la contrainte secondaire. Les contraintes secondaires expriment l'inviolabilité des autres, s'agissant des manières qu'elles spécifient. Ces modes

⁷⁷ Comme l'écrivait Charles Fried, «a categorical norm displaces other judgments in its domain, so that other values and ends may not be urged as reasons for violating the norm. It is preemptive» : C. Fried, *Right and Wrong*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978 à la p. 12.

⁷⁸ Nozick, *supra* note 63 à la p. 9.

⁷⁹ *Ibid.* à la p. 48.

d'inviolabilité sont exprimés par l'injonction suivante : «N'utilisez pas les gens selon les modes spécifiés»⁸⁰.

On trouve quelques exemples de cette conception absolutiste en droit constitutionnel américain. Confronté aux termes du premier amendement de la Constitution américaine qui énonce que le «Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech», par exemple, le juge Black soutenait qu'il fallait les interpréter «textuellement» et, par conséquent, «no law [...] abridging» signifiait «no law [...] abridging»⁸¹. S'expliquant ultérieurement sur sa position, il disait :

Well, I'll read you the part of the first amendment that caused me to say there are absolutes in our Bill of Rights. I did not say that our entire Bill of Rights is an absolute. I said there are absolutes in our Bill of Rights. Now, if a man were to say this to me out on the street, «Congress shall make no law respecting an establishment of religion» — that's the first amendment — I would think: Amen, Congress should pass no law⁸².

Un absolutiste doit faire de la «définition» des droits, c'est-à-dire de la délimitation spécifique des espaces d'inviolabilité protégés, le cœur de sa réflexion théorique. Autrement, sa position pourrait entraîner des conséquences que même les absolutistes pourraient juger indésirables, non fonctionnelles, choquantes ou simplement bizar-

⁸⁰ *Ibid.* aux pp. 51-52. Dans une note de bas de page, Nozick précise vouloir «éviter la question de savoir si ces contraintes secondaires sont absolues, ou si elles peuvent être violées pour éviter une horreur morale catastrophique», *ibid.* à la p. 49. Néanmoins, il est raisonnable de lire sa thèse comme postulant provisoirement que les droits sont absolus. Voir aussi J.J. Thompson, «Some Ruminations on Rights» (1977) 19 Ariz. L. Rev. 45. En outre, on pourrait soutenir que dans le cadre de la pensée de Nozick, les situations catastrophiques ne sont pas analysées pour le motif même qu'elles relèvent d'un schème de pensées auquel les catégories normales du jugement moral ne sont plus pertinentes. Voir à ce sujet les commentaires de Fried, *supra* note 77 à la p. 10. Sur l'idée des «droits absolus», voir A. Gewirth, «Are There Any Absolute Rights?» dans J. Waldron, dir., *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984 à la p. 91 et s.

⁸¹ *Smith v. California*, 361 U.S. 147 aux pp. 157-59, 80 S. Ct. 215 (1959) :

Certainly the First Amendment's language leaves no room for inference that abridgments of speech and press can be made just because they are slight. That Amendment provides, in simple words, that "Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press." I read "no law ... abridging" to mean *no law abridging*. The First Amendment, which is the supreme law of the land, has thus fixed its own value on freedom of speech and press by putting these freedoms wholly "beyond the reach" of federal power to abridge. No other provision of the Constitution purports to dilute the scope of these unequivocal commands of the first amendment. Consequently, I do not believe that any federal agencies, including Congress and this Court, have power or authority to subordinate speech and press to what they think are "more important interests." The contrary notion is, in my judgment, court-made not Constitution-made.

⁸² «Justice Black and the Bill of Rights», (1977) 9 Sw. U. L. Rev. 937 à la p. 938.

res⁸³. D'ailleurs, plus les droits sont nombreux et plus large est leur portée, plus étroite devient la marge légitime d'intervention gouvernementale. Pour cette raison, les absolutistes tendent généralement à exclure de la portée des droits certaines activités qui ne tombent pas dans un noyau étroit de valeurs jugées vraiment fondamentales.

B. La conception quasi-absolutiste

La seconde conception se situe à la limite de l'absolutisme. Elle énonce que les droits doivent être strictement protégés, sauf dans des situations urgentes et réelles où le respect intégral du droit entraînerait une catastrophe, la violation d'autres droits ou empêcherait la réalisation de buts sociaux fondamentalement importants. Les restrictions n'équivalent plus, *ipso facto*, à des violations. Les droits sont encore traités comme des contraintes latérales qui pèsent sur les actes de l'État, mais ils ne pèsent plus d'une manière absolue. Ils établissent plutôt les types de considérations auxquels un gouvernement peut légitimement en appeler pour justifier ses actes et ses décisions et écartent ceux auxquels il ne le peut pas. On pourrait donc dire que les droits pèsent encore d'une manière absolue, mais uniquement à l'égard de certains types de considérations avancées au soutien des restrictions, généralement le bien-être général et la perfection des individus ou de la communauté. Rawls résumait cette idée en ces termes :

Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. It does not allow that the sacrifices imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantages enjoyed by many. Therefore in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled; the rights secured by justice are not subject to political bargaining or to the calculus of social interests. [...] an injustice is tolerable only when it is necessary to avoid an even greater injustice⁸⁴.

Il y a plusieurs manières d'exprimer cette conception. John Rawls l'a exprimée en termes d'une pluralité de principes de justice posés rationnellement dans un ordre de «priorité lexicale» dont le premier confère aux individus des droits à certaines libertés spécifiques : «[c]es libertés ont une valeur absolue par rapport aux arguments fondés sur le bien public et sur des valeurs perfectionnistes»⁸⁵. Pour sa part, Dworkin a utilisé

⁸³ La définition même des droits absolus pourrait exiger, à un niveau plus fondamental, un certain équilibre entre les valeurs que ceux-ci pourraient protéger et les conséquences plus ou moins désirables que leur protection pourrait entraîner sur des états de choses désirables et concurrents. C'est ce que les constitutionnalistes américains nomment le «*definitional balancing*». Cette question peut être laissée de côté ici.

⁸⁴ Rawls, *Theory of Justice*, *supra* note 13 aux pp. 3-4.

⁸⁵ J. Rawls, *Libéralisme politique*, trad. par C. Audard, Paris, Presses universitaires de France, 1995 à la p. 351. La suite se lit ainsi :

l'image de l'«atout» (*trump card*) pour exprimer l'idée que les droits détenus par les individus «coulent» certains types de justification politique : «[i]ndividual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them»⁸⁶. Les droits individuels ont donc une forme de «priorité absolue» sur les décisions politiques, mais seulement lorsque ces dernières ne sont pas soutenues par des raisons spéciales :

Someone who claims that citizens have a right against the Government need not go so far as to say that the State is *never* justified in overriding that right. He might say, for example, that although citizens have a right to free speech, the Government may override that right when necessary to protect the rights of others, or to prevent a catastrophe, or even to obtain a clear and major public benefit (though if he acknowledged this last possible justification he would be treating the right in question as not among the most important or fundamental). What he cannot do is to say that the Government is justified in overriding a right on the minimal grounds that would be sufficient if no such right existed. He cannot say that the Government is entitled to act on no more than a judgment that its act is likely to produce, overall, a benefit to the community⁸⁷.

Ces principes reflètent généralement l'idée qu'il est moralement inacceptable que les intérêts vitaux des individus soient sacrifiés afin de promouvoir un agrégat d'intérêts moins vitaux, tel un simple intérêt public ou le bénéfice d'autrui. Ils reflètent aussi l'idée que les droits fondamentaux peuvent, en principe, être restreints par d'autres droits ou d'autres valeurs dont le poids se situe approximativement au même niveau d'importance.

Le droit constitutionnel américain fournit encore quelques exemples de cette seconde conception. Par exemple, confronté à l'application du premier amendement dont les termes invitaient littéralement à l'absolutisme, le juge Holmes a soutenu qu'une loi restreignant le contenu d'une expression pouvait néanmoins être valide si

Par exemple, on ne peut pas refuser à certains groupes sociaux les libertés politiques égales pour tous sous prétexte que, s'ils les exerçaient, cela leur permettrait de bloquer des politiques essentielles à l'efficacité et à la croissance économiques. On ne pourrait pas non plus justifier (en temps de guerre) un décret discriminatoire et sélectif sur la conscription sous prétexte que c'est socialement la façon la moins désavantageuse de recruter une armée. De telles considérations ne peuvent l'emporter sur les revendications des libertés de base [...] La priorité de la liberté implique, en pratique, qu'une liberté de base ne peut être limitée ou refusée que pour sauvegarder une ou plusieurs autres libertés de base.

⁸⁶ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978 à la p. xi [ci-après Dworkin, *Taking Rights Seriously*].

⁸⁷ *Ibid.* aux pp. 191-92, 200.

on démontrait qu'elle visait à prévenir un danger «clair et présent» (*clear and present danger*)⁸⁸. De même, à l'époque connue sous le nom de «*Lochner era*», la Cour suprême des États-Unis estimait qu'une mesure gouvernementale ne pouvait valablement porter atteinte au droit à la liberté (dont la liberté contractuelle) que si l'on démontrait qu'elle était soutenue par certains types de considérations spéciales, regroupés sous l'expression «*police power*», telles la protection des droits fondamentaux, la moralité publique, la santé publique et la sécurité publique⁸⁹.

⁸⁸ Voir par ex. *Schenck c. United States*, 249 U.S. 47 à la p. 52, 63 L. Ed. 470 (1919) :

The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no Court could regard them as protected by any constitutional right.

Voir aussi *Whitney c. California*, 274 U.S. 357 à la p. 377, 47 S. Ct. 641 (1927) : «no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. [...] Only an emergency can justify repression».

⁸⁹ Voir par ex. *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 aux pp. 53, 56-57, 49 L. Ed. 937 (1905) :

Under that provision no state can deprive any person of life, liberty, or property without due process of law. The right to purchase or to sell labor is part of the liberty protected by this amendment, unless there are circumstances which exclude the right. There are, however, certain powers, existing in the sovereignty of each state in the Union, somewhat vaguely termed police powers, the exact description and limitation of which have not been attempted by the courts. Those powers, broadly stated, and without, at present, any attempt at a more specific limitation, relate to the safety, health, morals and general welfare of the public. [...]

[...] In every case that comes before this court, therefore, where legislation of this character is concerned, and where the protection of the Federal Constitution is sought, the question necessarily arises: Is this a fair, reasonable, and appropriate exercise of the police power of the state, or is it an unreasonable, unnecessary, and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty, or to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family? [...]

This is not a question of substituting the judgment of the court for that of the legislature. If the act be within the power of the state it is valid, although the judgment of the court might be totally opposed to the enactment of such a law. But the question would still remain: Is it within the police power of the state? and that question must be answered by the court.

Cette époque qualifiée de «*Lochner era*» a cessé en 1937 avec l'affaire *West Coast Hotel Co. c. Parrish et al.*, 300 U.S. 379, 57 S. Ct. 578 (1937).

Cette seconde conception pouvant restreindre sérieusement la sphère légitime d'intervention gouvernementale, il importe encore de délimiter l'espace d'invulnérabilité protégé aux intérêts individuels ou collectifs que l'on peut qualifier de vraiment fondamentaux. Cependant, contrairement à la conception absolutiste, il est au moins aussi important d'établir les types de considérations qui constituent de bonnes raisons de restreindre les droits et ceux qui n'en sont pas. En général, ce processus consiste à fixer approximativement le poids des intérêts que visent à protéger les droits et le poids de toutes les considérations politiques concurrentes de manière à fixer un seuil au-delà duquel tombe l'interdiction de restreindre les droits.

C. La conception fondée sur le principe de l'échelle mobile

La troisième conception des droits comme contraintes latérales s'inspire du principe de «l'échelle mobile». Elle pourrait être conçue comme un raffinement de la seconde conception. Elle présuppose que les droits, même lorsqu'on peut les qualifier de «fondamentaux», peuvent avoir plus ou moins de poids selon l'aspect concret spécifique du droit qui est en cause dans un contexte donné⁹⁰. Plus l'aspect concret du droit en cause est pesant, plus il a le pouvoir de résister aux restrictions gouvernementales. On pourrait dire que les droits doivent être strictement protégés, sauf dans des situations urgentes et réelles où le respect intégral de l'aspect du droit affecté empêcherait la réalisation d'état de choses dont le caractère désirable est relativement plus important que l'aspect du droit auquel il porte atteinte. Les restrictions aux droits n'équivalent donc pas *ipso facto* à des violations. Elles ne le deviennent que lorsque leur justification n'est pas suffisante. Ainsi, plus les aspects concrets et spécifiques des droits en question ont de poids, plus les raisons avancées au soutien de la mesure restrictive doivent être pesantes pour être acceptées comme suffisantes. Inversement, plus un objectif gouvernemental est important, juste ou légitime, plus il a de poids et plus l'État a le pouvoir de l'atteindre efficacement en restreignant les aspects nécessaires des droits qui ont relativement moins de poids.

Cette version du principe de l'échelle mobile ne doit pas être confondue avec celle élaborée en droit constitutionnel américain aux fins de la détermination du ni-

⁹⁰ D'une part, les droits peuvent être conçus à divers degrés de généralité et d'abstraction selon que leur objet et leur titulaire sont formulés avec plus ou moins de spécificité dépendamment du contexte. Par exemple, dans une affaire mettant en cause un enfant maltraité par ses parents, on pourrait soutenir qu'il y a là une violation du droit de chacun à la vie, mais on pourrait aussi soutenir qu'il y a là une violation du droit des innocents à la vie, du droit de toutes les personnes innocentes à une certaine qualité de vie, ou, enfin, du droit des enfants de recevoir de leurs parents un soutien économique et émotif qui leur assure une qualité de vie minimale. D'autre part, un même droit général et abstrait peut couvrir divers types de bénéfices et d'avantages. Le droit à la liberté d'expression, par exemple, peut avoir un poids différent selon que le contexte porte sur une expression politique, religieuse, économique, commerciale, artistique, pornographique, haineuse ou discriminatoire.

veau approprié de sévérité ou de rigueur que doit avoir le contrôle judiciaire des lois dont on allègue qu'elles portent atteinte au droit à l'égalité de protection de la loi (ni avec la version semblable élaborée en droit canadien aux fins de ce type de détermination)⁹¹. Dans ce contexte, l'échelle mobile permet aux juges engagés dans le processus de contrôle judiciaire d'être plus ou moins sévères, plus ou moins rigoureux, plus ou moins stricts, selon la nature de l'intérêt en cause. Dans le contexte d'une discussion axée sur les droits comme contraintes latérales, l'échelle mobile décrit le fait que le poids d'un droit garanti se déplace le long d'une échelle, selon les aspects concrets spécifiques du droit qui sont affectés par une mesure gouvernementale, fixant ainsi une multitude de seuils au-delà desquels le pouvoir des droits de résister aux considérations politiques concurrentes tombe. Certes, lorsque le poids d'une restriction l'emporte sur les droits, la protection constitutionnelle peut sembler faible. Mais cette faiblesse apparente ne découle pas du fait que les tribunaux appliquent une norme de contrôle moins rigoureuse, moins sévère ou moins stricte. Elle découle du fait que l'aspect du droit auquel il est spécifiquement porté atteinte dans un contexte donné a relativement moins de poids que celui de la restriction gouvernementale en cause et, conséquemment, que le seuil, au-delà duquel le pouvoir de résister aux restrictions gouvernementales doit tomber, est moins élevé qu'il ne le serait dans un autre contexte.

Le principe de l'échelle mobile ouvre ainsi un espace légitime à des restrictions aux droits fondées sur des formes de calculs et de justifications conséquentialistes que repousseraient les mêmes droits s'ils étaient conçus dans le cadre de la conception absolutiste et de celle qui se situe à ses limites. Des droits peuvent ainsi être légitimement restreints même si le poids des restrictions est inférieur à celui qu'elles auraient si elles tentaient d'éviter une catastrophe, de protéger d'autres droits fondamentaux ou de réaliser des buts sociaux fondamentalement importants. Néanmoins, il ne s'ensuit pas que toutes les restrictions peuvent être justifiées dès lors qu'elles sont utiles ou nécessaires à la production d'un état de choses désirable. Pour que les droits puissent constituer des contraintes latérales, ils doivent résister au moins à certaines considérations politiques de type conséquentialiste. Autrement, il ne s'agirait pas de droits.

Cette conception pourrait être exprimée de diverses façons, selon les valeurs et les considérations qui permettent d'établir le poids des droits concrets et des restrictions

⁹¹ José Woehrling fait référence au principe de l'échelle mobile dans un texte qui comparait la version américaine du modèle de l'échelle mobile avec celle que les tribunaux semblaient introduire en droit canadien aux fins de la détermination du niveau approprié de contrôle judiciaire dans chaque affaire. Voir 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 *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens : actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, 1992, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993, 3.

de même que d'après les critères qui permettent de les comparer et de les agencer⁹². Même si la conception des droits «*as trumps*» formulée par Dworkin les situe généralement aux limites de l'absolutisme⁹³, elle repose plus fondamentalement sur certaines distinctions formelles entre différents types de droit qui n'excluent en rien l'idée de l'échelle mobile avancée ici. D'une part, selon Dworkin, une théorie politique adéquate doit faire une distinction entre les droits abstraits et les droits concrets. Un droit abstrait est un but politique dont l'énoncé n'indique pas «*how that general aim is to be weighed or compromised in particular circumstances against other political aims*»⁹⁴. La liberté d'expression, la dignité, le droit à l'égalité, par exemple, sont des droits abstraits. Les droits concrets, par contre, «*are political aims that are more precisely defined so as to express more definitely the weight they have against other political aims on particular occasions*»⁹⁵. Le droit d'un journal de publier, à certaines conditions, des informations classifiées «*top secret*» par le ministère de la défense serait un droit concret. D'autre part, Dworkin définit le poids d'un droit comme un pouvoir de résister à certains types de politique ou aux droits concurrents dans une situation donnée, compte tenu de la théorie politique particulière :

It follows from the definition of a right that it cannot be outweighed by all social goals. We might, for simplicity, stipulate not to call any political aim a right unless it has a certain threshold weight against collective goals in general; unless, for example, it cannot be defeated by appeal to any of the ordinary routine goals of political administration [...]⁹⁶.

Cependant, le seuil d'un même droit peut varier d'une théorie politique à l'autre selon la nature et le fondement des droits concrets :

The same phrase might describe a right within one theory and a goal within another, or a right that is absolute or powerful within one theory but relatively weak within another. If a public official has anything like a coherent political theory that he uses, even intuitively, to justify the particular decisions he reaches, then this theory will recognize a wide variety of different types of rights, arranged in some way that assigns rough relative weight to each⁹⁷.

⁹² En ce sens, l'établissement du seuil au-delà duquel les droits concrets ont prépondérance sur les restrictions pourrait procéder de raisonnements «non déontologiques», exigeant une forme de «balancing». Mais une fois que le seuil est établi, le droit doit avoir prépondérance à l'encontre des considérations politiques concurrentes de moindre amplitude.

⁹³ Voir Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* note 86.

⁹⁴ *Ibid.* à la p. 93.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.* à la p. 92.

⁹⁷ *Ibid.* aux pp. 92-93.

V. La théorie du fondement légitime et les droits comme contraintes latérales

Quelle conception des droits comme contraintes latérales incarne le mieux la théorie du fondement légitime ? Quelle conception représente le mieux les types de contrainte qu'exercent les droits constitutionnels garantis aux articles 2 à 23 de la *Charte*, la conception absolutiste, celle qui se situe à ses limites ou celle qui se fonde sur le principe de l'échelle mobile ? Dans cette section, il est soutenu que la théorie du fondement légitime incarne la troisième conception.

Il devrait être facilement admis que la conception absolutiste ne convient pas au texte même de la *Charte* : l'article premier de la *Charte* énonce que les droits garantis peuvent être restreints par une règle de droit dans des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. De plus, le discours jurisprudentiel est incompatible avec la conception absolutiste. Certes, les premières interprétations judiciaires de la *Charte* ont pu faire craindre que la Cour suprême du Canada penche vers l'absolutisme⁹⁸. Leurs décisions tendaient généralement à invalider les mesures gouvernementales dès qu'elles portaient atteinte à un droit, sans chercher à vérifier si ces restrictions pouvaient constituer des limites raisonnables dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique⁹⁹. La simple restriction semblait équivaloir, *ipso facto*, à des viola-

⁹⁸ Voir G. Tremblay et S. Marsolais, «Reconnaître aux pouvoirs politiques une marge d'appréciation aux fins de l'article premier de la Charte canadienne» (1992) 52 R. du B. 841 à la p. 845 : «La philosophie qui a présidé à l'élaboration des critères de l'arrêt *Oakes* frisait l'extrémisme parce qu'elle contredisait l'aphorisme universel voulant que les droits ne peuvent être absolus». Bien que ce jugement puisse être fondé à l'égard de certaines décisions antérieures à *Oakes*, il convient mal à cette affaire. Par contre, Tremblay et Marsolais ont raison de souligner que le vocabulaire utilisé, notamment l'utilisation du mot «violation» pour désigner ce qui en fait constitue une «restriction», laissait entendre que l'approche était absolutiste. En effet, soutenir qu'une restriction établie antérieurement à l'analyse fondée sur l'article premier constitue *ipso facto* une violation signifie que la restriction est déjà en elle-même «mauvaise» ou «injustifiable». En d'autres mots, les droits sont absolus : aucune raison ne saurait justifier la restriction.

⁹⁹ Voir par ex. *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 9 D.L.R. (4^e) 161 (le dossier portant sur l'article premier était réduit à sa plus simple expression et, à défaut d'autres choses, il aurait difficilement permis à une cour de trancher la question de savoir si on avait démontré que la limite imposée à un droit garanti était raisonnable et justifiée) ; *Québec (P.G.) c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 10 D.L.R. (4^e) 321 (la mesure gouvernementale ne constituait pas une restriction au sens de l'article premier, mais une négation du droit) ; *Canada (Direction des enquêtes sur les coalitions, directe) c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 11 D.L.R. (4^e) 641 (la Cour ne juge pas nécessaire de considérer l'application de l'article premier) ; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, 18 D.L.R. (4^e) 655 (l'acte d'un policier n'était pas autorisé par une règle de droit) ; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 17 D.L.R. (4^e) 422 [ci-après *Singh* avec renvois aux R.C.S.] (les considérations utilitaires ne peuvent pas justifier la

tions. Cependant, cette attitude fut temporaire et, rétrospectivement, pouvait avoir une autre justification. La *Charte* était un document nouveau qui, au minimum, conférait un poids élevé ou un statut supérieur aux droits qu'elle garantissait. Pour des motifs de légitimité politique ou de prudence, il pouvait paraître nécessaire d'élaborer un ensemble de critères justificatifs satisfaisant avant de conclure qu'une restriction aux droits était suffisamment justifiée et, en conséquence, valide. Quoi qu'il en soit, dans l'affaire *Oakes*¹⁰⁰, les juges ont énoncé explicitement que les droits et libertés garantis par la *Charte* n'étaient pas absolus et ont formulé les critères de justification. Par la suite, les juges ont procédé comme si, en principe, au moins certaines restrictions pouvaient être justifiées¹⁰¹.

Il est plus vraisemblable que la conception qui situe les droits aux limites de l'absolutisme ait guidé certains juges de la Cour suprême lors de leurs premières décisions fondées sur la *Charte*. Au moins certains juges ont semblé postuler que tous les intérêts individuels protégés par les droits constitutionnels, pour le seul motif qu'ils étaient formellement garantis par la Constitution, avaient également la même importance et que cette importance était telle dans la hiérarchie des valeurs juridiques que seules des mesures étatiques de nature *exceptionnelle* pouvaient valablement y porter atteinte. Dans un passage important de l'affaire *Oakes*, par exemple, le juge en chef Dickson écrivait explicitement qu'il ressortait :

nettement du texte de l'article premier que les restrictions apportées aux droits et libertés énoncés dans la *Charte* constituent des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l'objet. On présume que les droits et libertés sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction¹⁰².

Ces critères justificatifs exceptionnels semblaient indiquer que tous les droits garantis exerçaient le même type de contrainte sur les actes et les décisions politiques. Une restriction à un droit garanti ne pouvait être justifiée que dans des situations urgentes et réelles où le respect intégral du droit entraînerait une catastrophe, la violation d'autres droits ou empêcherait la réalisation d'objectifs sociaux fondamentale-

limitation des droits énoncés dans la *Charte*) ; *Big M Drug Mart*, *supra* note 8 (le choix d'un jour de repos, étant celui de la majorité chrétienne, pour des motifs de pure commodité, n'est pas acceptable parce qu'il justifierait la loi par le motif même pour lequel on affirme qu'elle viole l'al. 2a), alors que le choix fondé sur des motifs laïques invoque un objectif que la Cour n'a jamais jugé comme ayant motivé la loi). Pour une analyse, voir R.M. Elliot, «The Supreme Court of Canada and Section 1 : The Erosion of the Common Front» (1987) 12 *Queen's L.J.* 277.

¹⁰⁰ *Oakes*, *supra* note 5 à la p. 136 et s.

¹⁰¹ Le fait qu'une conception absolutiste ne convienne pas au discours constitutionnel ne signifie pas qu'il ne puisse pas exister de droit concret pour lequel aucune restriction ne saurait être justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. La possibilité qu'il en soit ainsi dépend du type de droit en question et du type de justification concevable pour le restreindre.

¹⁰² *Oakes*, *supra* note 5 à la p. 137.

ment importants. Toujours dans l'affaire *Oakes*, le juge en chef Dickson affirmait qu'il pouvait être nécessaire de restreindre les droits garantis «lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des *objectifs sociaux fondamentalement importants*» [nos italiques]¹⁰³. De même, dans l'affaire *Motor Vehicle Act*, où il était question d'une restriction d'un droit garanti à l'article 7 de la *Charte*, la Cour a soutenu qu'une justification fondée sur la «commodité administrative» serait rarement valable : «[l']article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite»¹⁰⁴.

Cette approche, selon laquelle les types de considérations auxquels un gouvernement pouvait légitimement en appeler pour justifier les restrictions devant être exceptionnels, comportait plusieurs vices. Le plus important était de postuler dans l'abstrait le caractère relativement «très» fondamental de tous les droits garantis pour le seul motif qu'ils étaient enchâssés dans la Constitution. Le poids des droits était ainsi établi formellement, indépendamment des valeurs et des considérations matérielles plus profondes qui, pourtant, fournissent les raisons pour lesquelles certains intérêts individuels méritent une protection constitutionnelle et, conséquemment, permettent d'établir le poids relatif des intérêts en présence. Il s'ensuivait nécessairement un contrôle judiciaire rigide (il devait toujours être très rigoureux) et formel (il faisait abstraction des valeurs matérielles qui permettent d'attribuer le poids relatif des droits selon le contexte)¹⁰⁵.

Quoi qu'il en fût des premières décisions de la Cour suprême, les juges ont abandonné ce cadre analytique pour se tourner vers deux autres approches, dont l'une s'inspire directement du principe de l'échelle inobile¹⁰⁶. Dans l'affaire *Edmonton Journal*, par exemple, le juge Wilson a soutenu que le poids des droits garantis pouvait varier en intensité selon l'aspect concret du droit qui est spécifiquement en cause

¹⁰³ *Ibid.* à la p. 136.

¹⁰⁴ *Motor Vehicle Act*, *supra* note 67 à la p. 518.

¹⁰⁵ Plusieurs juristes ont critiqué l'affaire *Oakes* pour la rigidité et le formalisme du «test» qu'elle proposait aux fins de l'article premier. Voir par ex. P.A. Chapman, «The Politics of Judging : Section 1 of the *Charter of Rights and Freedoms*» (1986) 24 Osgoode Hall L.J. 867 à la p. 882 et s. ; P.J. Monahan et A. Petter, «Developments in Constitutional Law : The 1985-86 Term» (1987) 9 Supreme Court L.R. 69 à la p. 125 ; P. Blache, «The Criteria of Justification Under *Oakes* : Too Much Severity Generated Through Formalism» (1991) 20 Man. L.J. 437 ; N. Siebrasse, «The *Oakes* Test : An Old Ghost Impeding Bold New Initiatives» (1991) 23 R.D. Ottawa 99 ; Woehrling, *supra* note 91 ; G.V. La Forest, «The Balancing of Interests under the *Charter*» (1993) 2 R.N.D.C. 133 à la p. 138 et s.

¹⁰⁶ L'autre approche favorise la déférence judiciaire et, conséquemment, procède de la théorie du fondement rationnel. Voir Tremblay, «Affaire de rationalité ou de légitimité ?», *supra* note 7.

dans une affaire donnée¹⁰⁷. Par conséquent, le processus d'évaluation de la justification des restrictions conforme à l'article premier doit se faire en contexte, et non dans l'abstrait, en sopesant le poids relatif de l'aspect du droit en question dans une affaire donnée et celui des considérations matérielles spécifiques qui soutiennent les restrictions au droit. Plus l'aspect concret du droit en cause est pesant, plus il a le pouvoir de résister aux restrictions gouvernementales. Inversement, plus la mesure gouvernementale a de poids, plus l'État a le pouvoir de restreindre les aspects nécessaires des droits qui ont relativement moins de poids.

Le juge Wilson a qualifié de «contextuelle» l'approche ou la méthode analytique qui devait concrétiser cette troisième conception des droits comme contraintes latérales. Cette dernière s'oppose à l'approche ou à la méthode «abstraite» qui, selon le juge Wilson, définissait dans l'abstrait, et en général, la valeur que vise à protéger un droit garanti. Par exemple, conçue dans l'abstrait, la liberté d'expression constitue certainement l'un des droits les plus importants des citoyens dans une société démocratique. Il en est de même du droit à la vie privée et de l'égalité. Comment, dès lors qu'ils sont en conflit, déterminer rationnellement lequel doit céder devant les exigences de l'autre ? Conçu dans l'abstrait et en général, le poids des droits ne procure aucun guide. Choisir entre eux ne peut être qu'une décision arbitraire. Pour cette raison, le juge Wilson estime qu'une méthode ou une approche contextuelle permet plus de finesse. Par exemple, le poids de la liberté d'expression dans un contexte politique pourrait être nettement supérieur à celui de cette même liberté dans un contexte de propagande haineuse ou de pornographie :

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier¹⁰⁸.

Cette méthode contextuelle a été conçue aux fins du processus d'équilibrage (*balancing process*) requis par l'article premier lorsque deux valeurs également fondamentales dans l'«abstrait» sont en concurrence, tel un conflit entre deux droits, et que l'une d'entre elles doit nécessairement céder le pas devant l'autre :

¹⁰⁷ *Supra* note 8 aux pp. 1352-56.

¹⁰⁸ *Ibid.* aux pp. 1355-56.

Le problème tient à ce que les valeurs en conflit dans le contexte de l'espèce sont le droit des parties à la protection de leur vie privée dans les instances matrimoniales et le droit du public à la publicité du processus judiciaire. Les deux droits ne peuvent être respectés intégralement. L'un doit céder le pas devant les exigences de l'autre. Je me demande donc si une méthode contextuelle, pour trouver un équilibre entre le droit à la vie privée et la liberté de la presse [*«in balancing the right to privacy against freedom of the press»*] en vertu de l'article premier, n'est pas plus appropriée qu'une méthode qui évalue de façon abstraite et générale l'importance relative de valeurs en conflit¹⁰⁹.

Néanmoins, cette méthode va au-delà du processus d'équilibrage requis lorsque deux valeurs fondamentales sont en conflit. Elle présuppose que le caractère contraignant des droits garantis se déplace le long d'une échelle mobile : plus les aspects spécifiques des droits garantis en cause dans une affaire donnée ont de poids, plus la justification avancée au soutien de la restriction doit être «importante». Cela ne signifie pas que le contrôle judiciaire est plus ou moins rigoureux, sévère ou strict selon le contexte. Le contrôle judiciaire demeure rigoureux dans tous les cas. Comme le juge Bastarache l'a souligné dans l'affaire *Thomson* :

[u]n autre facteur contextuel qui doit être pris en considération est la nature de l'activité à laquelle il est porté atteinte. Le degré de protection constitutionnelle peut varier selon la nature de la forme d'expression en cause [...]. Ce n'est pas parce qu'une norme moins exigeante est appliquée, mais plutôt parce que, compte tenu dans certains cas de la faible valeur de la forme d'expression en cause, l'objectif du gouvernement l'emporte plus facilement sur celle-ci¹¹⁰.

Cette méthode ou approche a été reconnue dans diverses affaires¹¹¹. Il est donc soumis que la théorie du fondement légitime procède de cette méthode ou approche contextuelle et incarne le principe de l'échelle mobile. Chaque droit spécifique et concret qui découle matériellement des principes qui sous-tendent les droits énoncés aux articles 2 à 23 de la *Charte* est traité comme une contrainte latérale distincte.

¹⁰⁹ *Ibid.* à la p. 1353.

¹¹⁰ *Supra* note 42 à la p. 943. Il ne faut pas confondre la déférence judiciaire fondée sur la théorie du fondement rationnel avec le fait qu'un droit concret donné a peu de poids. Voir *infra* section VI.B.

¹¹¹ Voir par ex. *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232 aux pp. 246-47, 71 D.L.R. (4^e) 68 ; *Keegstra*, *supra* note 15 à la p. 737 ; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, 77 D.L.R. (4^e) 385 ; *Thomson*, *ibid.* au para. 91 ; *T.U.A.C.*, *supra* note 42 au para. 24. La méthode contextuelle n'a pas toujours été utilisée afin de déterminer l'importance relative des valeurs en présence. Certains juges l'ont utilisée pour déterminer si les tribunaux devaient s'engager dans un tel processus ou, au contraire, faire preuve de déférence envers les choix du législateur. Voir par ex. *RJR-MacDonald*, *supra* note 42 aux pp. 279-84 et les commentaires dans Tremblay, «Affaire de rationalité ou de légitimité ?», *supra* note 7. Pour une critique de la méthode, voir par ex. R.E. Hawkins et R. Martin, «Democracy, Judging and Bertha Wilson» (1995) 41 R.D. McGill 1.

VI. Les types de contraintes latérales exercées par les droits

Dans cette section, un examen des deux fonctions essentielles que jouent les droits garantis comme contraintes latérales en droit constitutionnel canadien sera fait. Par voie de conséquence, on traitera aussi de la nature formelle des deux types de critères en vertu desquels les juges engagés dans le processus de contrôle judiciaire jugent les mesures gouvernementales et les jugements politiques qu'elles incarnent.

A. La fonction «négative»

La première fonction est plutôt «négative». Les droits garantis *bloquent* latéralement tous les jugements politiques, toutes les mesures gouvernementales et tous les types de considérations qui ont pour objet ou pour effet de restreindre les espaces de libertés, les bénéfices et les avantages individuels ou collectifs qu'ils garantissent, à moins qu'il ne puisse être démontré que ces restrictions sont elles-mêmes soutenues par de bonnes raisons. Cette fonction permet de déterminer quelles mesures gouvernementales ou quels types de jugement et de considération politique *ne peuvent pas* compter comme bonnes raisons. Elle n'indique pas lesquels le peuvent. Cependant, les restrictions ne sont pas bloquées d'une manière absolue : si elles sont elles-mêmes soutenues par de bonnes raisons, elles peuvent faire tomber la contrainte. On pourrait donc dire que la première fonction des droits comme contraintes latérales est d'exiger de tous les jugements politiques, de toutes les mesures gouvernementales et de toutes les considérations politiques dont l'objet ou l'effet leur porte atteinte qu'ils soient soutenus par de bonnes raisons. Dans cette optique, un droit garanti apparaît moins comme un espace protégé en tant que tel que comme une bonne raison d'exiger de la part du gouvernement, dont les actes ou les jugements y portent atteinte, de montrer que ces actions et ces jugements sont soutenus par une bonne justification.

Cette fonction se manifeste aux deux étapes du contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*. À la première étape, les juges doivent déterminer si une mesure gouvernementale contestée porte atteinte à l'un des droits garantis aux articles 2 à 23. Ce n'est que si elle porte atteinte à l'un de ces droits que la seconde étape du processus de contrôle judiciaire est enclenchée¹¹². Les juges doivent d'abord délimiter les intérêts protégés conformément au processus d'interprétation des droits constitutionnels qu'il est convenu de qualifier de téléologique¹¹³. Ensuite, ils doivent établir la compatibilité ou l'incompatibilité des mesures gouvernementales contestées avec les droits garantis.

¹¹² Bien entendu, cette première fonction semble aussi opérer dans la théorie du fondement rationnel. Cependant, dans le cadre de cette dernière, l'idée selon laquelle les droits bloquent les mesures gouvernementales et les considérations politiques n'a pas véritablement d'objet. La première étape n'est qu'un aspect formel du processus de décision constitutionnelle fondé sur la *Charte*.

¹¹³ Voir L.B. Tremblay, «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels» (1995) 29 R.J.T. 459 [ci-après Tremblay, «L'interprétation téléologique»].

Depuis l'affaire *Big M Drug Mart*, il est bien établi que ni l'objet ni l'effet (délibéré ou non, direct ou indirect) d'une mesure gouvernementale ne peuvent porter atteinte aux droits garantis. Il s'ensuit que ces derniers établissent les conditions d'existence d'une restriction (aux fins de la première étape du processus de contrôle judiciaire) et seule l'existence d'une restriction rend opératoire la seconde étape du processus. En l'absence d'une bonne justification, toute restriction est bloquée par les droits garantis auxquels elle porte atteinte. Elle constitue une violation du droit et, par conséquent, elle est mauvaise sur le plan constitutionnel. Elle doit donc être déclarée inopérante ou invalide, inconstitutionnelle ou illégitime, au moins dans la mesure de la violation.

La première fonction des droits comme contraintes latérales se manifeste aussi à la seconde étape du processus de contrôle judiciaire, c'est-à-dire dans le cadre même de l'application de l'article premier de la *Charte*. C'est à cette étape qu'elle devient un aspect constitutif de la théorie du fondement légitime et qu'elle demeure la plus intéressante. À ce stade, il appartient à la partie qui demande le maintien d'une restriction de montrer que cette dernière constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce processus de justification exige donc une argumentation rationnelle, c'est-à-dire un ensemble de considérations qui montre que de bonnes raisons soutiennent la restriction. Or, les considérations avancées au soutien des restrictions expriment, incarnent ou présupposent toujours des jugements de fait ou des jugements de valeur politique qui peuvent eux-mêmes avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte à des droits garantis, indépendamment du contenu, de l'objet ou de l'effet de la mesure gouvernementale elle-même. Dans ces cas, les droits garantis auxquels il est porté atteinte bloquent ces jugements ou ces considérations politiques de la même manière qu'ils bloquent les mesures gouvernementales lors de la première étape. Les jugements et les considérations politiques qui portent atteinte aux droits garantis constituent des violations des droits et, à moins qu'il ne puisse être démontré qu'ils sont eux-mêmes soutenus par de bonnes raisons, ils sont mauvais sur le plan constitutionnel. En vertu de la thèse des droits comme contraintes latérales, les droits garantis pèsent, non seulement sur les mesures gouvernementales, mais aussi sur tous les jugements politiques avancés au soutien des restrictions.

Supposons qu'une mesure gouvernementale dont l'effet porte atteinte à la liberté d'expression était soutenue par des considérations qui montrent qu'elle a été adoptée dans le but de promouvoir les valeurs d'une religion en particulier. Ces considérations porteraient directement atteinte à un autre droit garanti, la liberté de religion¹¹⁴. Ce

¹¹⁴ On pourrait contester ce jugement en interprétant la liberté de religion comme ayant pour objet de protéger les individus contre la persécution et comme favorisant la tolérance. Cependant, pour les fins de cet exemple, je présuppose que la liberté de religion implique, corrélativement, la neutralité

droit garanti bloquerait donc les considérations avancées au soutien de la loi, à moins qu'il ne puisse être démontré que ces considérations sont elles-mêmes soutenues par de bonnes raisons et ainsi de suite, en remontant la chaîne de justification. Ainsi, si la justification, avancée au soutien du jugement selon lequel il est désirable d'imposer à toute la communauté les valeurs d'une religion donnée, portait elle-même atteinte à un autre droit garanti, disons la liberté personnelle¹¹⁵, ce droit bloquerait aussi cette justification, à moins qu'il ne puisse être démontré que cette dernière est elle-même soutenue par une bonne raison. Si aucune bonne raison ne pouvait être avancée au soutien des considérations justificatives, alors la mesure gouvernementale qui a enclenché la seconde étape du processus de contrôle judiciaire constituerait une violation du droit à la liberté d'expression. Elle serait mauvaise sur le plan constitutionnel et, par conséquent, devrait être inopérante ou invalide, au moins dans la mesure de la violation.

Les droits comme contraintes latérales pèsent donc à divers «niveaux» : ils pèsent d'abord sur les mesures gouvernementales elles-mêmes (ou sur les jugements politiques qu'elles incarnent) en bloquant celles qui y portent atteinte dès la première étape du processus de contrôle judiciaire. Ils pèsent ensuite sur les jugements politiques et les considérations avancées au soutien des restrictions lors de la seconde étape du contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*, à quelque niveau que ce soit, en bloquant tous ceux dont l'objet ou l'effet y porte atteinte, à moins qu'il ne puisse être démontré que l'atteinte est soutenue par une bonne raison. Les divers niveaux sont logiquement indépendants : les droits qui bloquent la mesure gouvernementale lors de la première étape du contrôle judiciaire peuvent être distincts de ceux qui, lors de la seconde étape, bloquent les considérations politiques avancées au soutien des restrictions ; et ceux qui bloquent les considérations politiques avancées au soutien des restrictions peuvent être distincts de ceux qui bloquent le type de justification avancé au soutien de ces considérations. Les droits garantis constituent donc autant de contraintes indépendantes qui pèsent directement sur toutes les mesures gouvernementales et tous les jugements politiques qui les heurtent¹¹⁶.

L'affaire *Butler* fournit un exemple de ce qui précède. Une mesure gouvernementale prohibant la publication de matériel obscène avait été jugée incompatible

gouvernementale à l'égard de toutes les questions de nature religieuse. En ce sens, on estime adéquate l'interprétation retenue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Big M Drug Mart*, *supra* note 8.

¹¹⁵ Supposons que la promotion des valeurs religieuses était jugée désirable pour le motif qu'elle favorisait une conduite sexuelle désirable.

¹¹⁶ On pourrait donc imaginer un système constitutionnel différent dans lequel le contrôle judiciaire de la justification des actions gouvernementales et des décisions politiques serait toujours requis, indépendamment de la condition selon laquelle ces actions et décisions doivent d'abord constituer des restrictions au sens de la première étape.

avec la liberté d'expression garantie à l'article 2(b)¹¹⁷. Divers arguments ont été avancés au soutien de la restriction. L'un d'entre eux tendait à montrer que la mesure avait été édictée dans le but d'imposer des normes subjectives de moralité à toute la communauté¹¹⁸. Cet argument a été rejeté par la Cour suprême pour le motif que le moralisme juridique ne constitue pas un objectif légitime : «imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu'elle reflète les conventions d'une société donnée, va à l'encontre de l'exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social»¹¹⁹. Sans la thèse des droits comme contraintes latérales, cette position apparaîtrait comme une pétition de principe. Elle affirmerait que les principes d'une société libre et démocratique sont incompatibles avec le moralisme juridique, mais n'avancerait aucune raison pour le justifier. De plus, la Cour affirme que le moralisme juridique va à l'encontre de nos libertés individuelles sans toutefois indiquer de quelles libertés il s'agit. On pourrait donc penser que ce sont les mêmes que celles que restreint la mesure gouvernementale aux fins de la première étape, en l'occurrence, la liberté d'expression. Mais cette thèse serait circulaire et postulerait une forme d'absolutisme : le moralisme juridique ne constituerait pas une justification légitime de la restriction à la liberté d'expression pour le motif qu'il justifierait une restriction à cette liberté. Si cette thèse était valide, elle devrait s'appliquer à toutes les justifications : la prévention d'un préjudice à autrui, d'une épidémie ou d'une guerre devrait être jugée illégitime *ipso facto* pour le seul motif que son acceptation justifierait des restrictions aux droits garantis. Or, toutes les justifications avancées au soutien des restrictions aux droits garantis ne constituent pas, *ipso facto*, des jugements politiques illégitimes. Il nous faut donc expliquer pourquoi le moralisme juridique ne constitue pas une bonne raison de restreindre un droit comme la liberté d'expression.

C'est ce que fait la thèse des droits comme contraintes latérales. Elle énonce que tous les droits garantis, indépendamment du droit qui a établi l'existence d'une restriction lors de la première étape, peuvent bloquer directement les jugements politiques et les considérations avancées au soutien d'une restriction, à moins qu'il ne puisse être démontré que ces jugements ou considérations sont soutenus par une

¹¹⁷ En droit constitutionnel canadien, la liberté d'expression bloque toutes les mesures gouvernementales qui ont pour objet ou effet de contrôler le contenu des expressions, à moins qu'il ne soit démontré que ces restrictions rencontrent les critères justificatifs de l'article premier. Voir notamment *Keegstra*, *supra* note 15 à la p. 828 : «[c]omme l'a affirmé notre Cour à maintes reprises, le contenu d'une déclaration ne peut la priver de la protection de l'al. 2b), si offensant qu'il puisse être. Le contenu des assertions de M. Keegstra est extrêmement offensant et avilissant; néanmoins, suivant les principes posés par notre Cour, cela ne semble pas suffisant pour leur faire perdre la protection garantie par la Charte».

¹¹⁸ Voir *Butler*, *supra* note 10 à la p. 492 : «l'appelant soutient que l'art. 163 vise à faire de l'État le "gardien des mœurs" en matière sexuelle et à imposer des normes subjectives de moralité».

¹¹⁹ *Ibid.*

bonne raison. Cela signifie que les libertés individuelles auxquelles réfère la Cour dans le passage précité sont logiquement distinctes du type de liberté d'expression qui a établi l'existence d'une restriction lors de la première étape du processus de contrôle judiciaire¹²⁰. En l'occurrence, par exemple, on pourrait soutenir que le moralisme juridique, c'est-à-dire le jugement politique selon lequel il est désirable d'imposer à toute la communauté une conduite sexuelle en particulier ou les normes de moralité sexuelle de la majorité, heurte directement un aspect de la liberté personnelle, notamment, la liberté de chacun de vivre une sexualité conformément à ses représentations ultimes et à ses valeurs fondamentales¹²¹. Techniquement, nous pourrions soutenir que l'article premier de la *Charte* reconnaît, pour les fins de son application, l'existence autonome de droits fondamentaux, indépendamment de ceux qui établissent l'existence d'une restriction à la première étape du processus de contrôle judiciaire.

Par ailleurs, nous savons que l'objet ou le but de la mesure gouvernementale permet de déterminer, dès la première étape du processus de contrôle judiciaire, si cette mesure constitue une restriction aux droits garantis. Le cas échéant, le même aspect du droit auquel il est porté atteinte par la mesure gouvernementale bloque automatiquement toutes les considérations avancées à son soutien qui reposeraient sur le même objet ou le même but. Dans l'affaire *Big M Drug Mart*, par exemple, la majorité des juges avait conclu que la *Loi sur le dimanche*¹²² restreignait la liberté de religion pour le motif qu'elle avait «principalement pour objet de rendre obligatoire l'observance du dimanche»¹²³. Il s'ensuivait que ce même objet ne pouvait être valablement avancé comme justification de la loi lors de la seconde étape du processus de contrôle judiciaire sans heurter le même aspect de la liberté de religion : «[i]l est possible de faire valoir que le choix d'un jour de repos qui est celui de la majorité chrétienne est le plus pratique. Il s'agit là d'un argument de pure commodité qui ne saurait en aucun cas être retenu parce qu'il justifierait la Loi par le motif même pour lequel on affirme qu'elle viole l'al. 2a)»¹²⁴. La liberté de religion garantie, qui bloquait la mesure gouvernementale dont l'objet portait atteinte à l'un de ses aspects lors de la pre-

¹²⁰ Si elles incluent la liberté d'expression, cette dernière n'est pas restreinte de la même manière que par la mesure gouvernementale elle-même.

¹²¹ Cette liberté présuppose une certaine conception de l'être humain qui, en tant qu'agent moral, mérite le respect et une certaine sphère d'indépendance morale. Voir par ex. la thèse de R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985, c. 17.

¹²² L.R.C. 1970, c. L-13.

¹²³ *Big M Drug Mart*, *supra* note 8 à la p. 336. La raison pour laquelle la restriction ne résidait pas dans les effets de la loi découlait de la méthode analytique proposée. Celle-ci consistait à se demander, en premier lieu, si les objets portaient atteinte à la liberté et, en second lieu, s'ils y portaient atteinte.

¹²⁴ *Ibid.* à la p. 352. La formulation de l'argumentation pourrait peut-être être interprétée différemment, mais elle semble appuyer formellement les assertions énoncées.

mière étape du processus de contrôle judiciaire, bloquait conséquemment tous les jugements politiques avancés au soutien de la restriction exprimant le même objet¹²⁵.

Par contre, une restriction à un droit garanti causée par l'objet de la mesure législative peut être soutenue par des considérations politiques qui ne font pas que reproduire le même objet. Dans l'affaire *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*¹²⁶, par exemple, les juges dissidents, Cory et Iacobucci, ont conclu que l'objet de la mesure législative contestée, soit empêcher la formation d'associations, restreignait la liberté d'association garantie à l'article 2(d)¹²⁷. Le droit garanti bloquait donc la mesure gouvernementale dès la première étape. Ils se sont alors demandés aux fins de l'article premier :

s'il est possible de conclure qu'une disposition législative dont l'objet contrevient à la *Charte* a néanmoins un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'une liberté garantie par la *Charte*. En l'espèce, nous avons déjà expliqué que l'objet de l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP* était d'assurer que les membres de la GRC, pris individuellement, restent vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs activités associatives, contrairement à l'al. 2d) de la *Charte*. S'il s'agissait du seul objet de la disposition contestée, il ne pourrait pas s'agir d'un objectif urgent et réel, et l'examen fondé sur l'article premier s'arrêterait là¹²⁸.

En l'espèce, la justification de la restriction a pris la forme d'un objectif plus général que celui que visait immédiatement la mesure législative contestée : garantir à tous les Canadiens un corps policier national à la fois stable et impartial¹²⁹. En outre, on a avancé diverses considérations tendant à démontrer l'importance de cet objectif : la GRC constitue le principal corps policier provincial de huit provinces et le principal corps policier municipal de presque 200 municipalités au pays ; la GRC est responsa-

¹²⁵ *Ibid.* à la p. 362. Cette opinion peut être comparée avec celle du juge Wilson pour qui, lors de la première étape, la restriction à la liberté de religion était causée par les effets de la loi. Lors de la seconde étape, les considérations avancées au soutien de la mesure montraient que l'objet de la loi était «précisément le même que celui visé par le droit garanti par la *Charte*» (*ibid.* à la p. 362). Pour cette raison, la liberté de religion bloquait ce type de justification. Bien qu'il eût s'agit d'une restriction à la liberté de religion aux deux étapes du contrôle judiciaire, les aspects de cette liberté, auxquels il était porté atteinte, étaient distincts. Alors que l'effet de la loi était d'astreindre chacun à l'observance du sabbat chrétien en imposant l'obligation d'observer le jour choisi par la religion chrétienne comme jour de repos, son objet était plutôt de restreindre directement le droit à la liberté de religion garanti par l'al. 2a).

¹²⁶ [1999] 2 R.C.S. 989, 176 D.L.R. (4^e) 513.

¹²⁷ *Ibid.* au para. 80. L'objet était d'assurer que «les membres de la GRC, pris individuellement, restent vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs activités associatives, de manière à éviter les conséquences peu souhaitables qui, craignait-on, résulteraient des associations d'employés de la GRC».

¹²⁸ *Ibid.* au para. 112.

¹²⁹ *Ibid.* au para. 113.

ble du service et des programmes nationaux d'identité judiciaire ; la GRC est responsable de l'exécution des obligations internationales du Canada en matière de police ; la GRC est appelée assez régulièrement à combler le vide causé par la grève d'un corps policier municipal ou provincial ou de gardiens de prison syndiqués ; les effets préjudiciables d'une grève de la police sont élevés. De l'avis des juges, alors qu'assurer l'impartialité des membres de la GRC envers les travailleurs et le patronat ne constituait pas un objectif urgent et réel pouvant justifier l'objet immédiat de la mesure, le maintien d'un corps policier national stable en constituait un¹³⁰. L'objet immédiat de la mesure était donc soutenu par une bonne raison.

B. La fonction «positive»

La seconde fonction est plus «positive». Elle se manifeste principalement dans le cadre de l'application de l'article premier lui-même, c'est-à-dire lors de la «seconde étape» du processus de contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*¹³¹. Les droits garantis fixent approximativement ce qu'on pourrait nommer des *seuils* de résistance au-delà desquels les considérations avancées au soutien des mesures gouvernementales et des jugements politiques qui restreignent les droits garantis sont suffisamment pesantes pour faire tomber la contrainte. Les seuils de résistance permettent de déterminer, par généralisation, les principes qui énoncent quels types de considérations peuvent compter comme bonnes raisons au soutien des restrictions et lesquels ne le peuvent pas.

Une mesure gouvernementale interdit la distribution de tracts reliés à un conflit de travail. Conformément à la première fonction des droits comme contraintes latérales, la liberté d'expression bloque directement cette mesure, à moins qu'il ne puisse être démontré qu'une bonne raison soutienne la restriction. Supposons que les considérations avancées pour la justifier montraient qu'elle a été adoptée dans le but de prévenir

¹³⁰ *Ibid.* aux para. 115-16.

¹³¹ Principalement, car la seconde fonction peut aussi se manifester à la première étape lorsque l'exige une certaine interprétation des dispositions constitutionnelles comme celle des principes de justice fondamentale énoncés à l'article 7. Dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 au para. 65, 180 D.L.R. (4^e) 1 [ci-après *Mills* avec renvois aux R.C.S.], les juges McLachlin et Iacobucci, au nom de la majorité, rappelaient que :

La jurisprudence de notre Cour relative à l'article premier est, à maints égards, fort semblable au processus d'évaluation prescrit par l'art. 7». De plus, comme le juge McLachlin l'a dit au nom de notre Cour dans l'arrêt *Cunningham c. Canada* relativement à ce processus : «La [...] question est de savoir si, du point de vue du fond, la modification de la loi établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société.» On pourrait en dire presque autant de la question principale soulevée par l'article premier. [références omises]

Cependant, les juges dans *Mills* prennent quelques paragraphes pour tenter d'établir les distinctions entre les deux dispositions : voir *ibid.* aux para. 66-67.

toute forme de préjudice à des tiers à un conflit de travail. En lui-même, le jugement selon lequel il est désirable de prévenir toute forme de préjudice à des tiers à des conflits de travail ne porte atteinte à aucun droit garanti, contrairement, par exemple, à des considérations qui montreraient que la loi visait à empêcher certains groupes vulnérables de publiciser leurs points de vue. En principe, ce jugement politique pourrait donc contribuer à justifier la mesure ; il ne serait bloqué par aucun droit garanti. Cependant, et c'est là le sens de la seconde fonction, le droit garanti auquel il a d'abord été porté atteinte, en l'occurrence la liberté d'expression, fixe aussi le seuil que de telles considérations doivent franchir pour repousser la contrainte.

Il s'ensuit que même si les considérations avancées ne restreignent pas directement les droits, leur poids doit encore franchir le seuil de résistance fixé par le droit auquel il a d'abord été porté atteinte, sans quoi elles ne sauraient constituer de bonnes raisons. Dans l'exemple qui précède, la prévention de toute forme de préjudice que pourrait causer à des tiers la distribution de tracts lors d'un conflit de travail ne franchirait probablement pas le seuil de résistance fixé par la liberté d'expression puisqu'elle inclurait la prévention de toutes formes de préjudices, incluant celles qui seraient relativement insignifiantes, tels les actes offensants, déplaisants, irritants ou nuisant marginalement aux affaires des tiers. C'est ainsi que, dans l'affaire *T.U.A.C.* (qui posait une question semblable) les juges ont interprété de manière restrictive l'objectif législatif de protéger les tiers contre les effets préjudiciables des conflits de travail de façon à n'y lire que des préjudices dont l'importance permettait à l'objectif de franchir le seuil de résistance fixé par la liberté d'expression :

La qualification de l'objectif faite par l'intimée et par le procureur général est trop large. Si leur thèse était retenue, un large éventail d'activités licites pourraient être restreintes. Si le Code vise réellement à protéger les tiers contre les effets préjudiciables des conflits de travail, alors tout moyen de pression efficace sur des tiers pourrait être restreint. [...] Le texte de loi a plutôt pour objet de réduire au minimum les effets préjudiciables qu'entraînerait pour des tierces parties la présence de personnes entravant l'accès à leurs établissements ou encourageant leurs employés à ne pas respecter leur contrat de travail. Par conséquent, un syndicat a le droit de publier des lettres, des communiqués de presse et des annonces dans les journaux, de louer des panneaux publicitaires ou de distribuer des tracts dans les boîtes aux lettres afin de s'assurer la sympathie du public et de gagner l'appui de celui-ci à sa position¹³².

¹³² *T.U.A.C.*, *supra* note 42 au para. 59. Il est également intéressant de porter une attention particulière au para. 60 :

Le Code ne vise pas à protéger complètement les tiers contre les effets des conflits de travail, mais plutôt à réduire au minimum les effets des conflits industriels sur les personnes qui n'y sont pas parties. L'imposition de restrictions en matière de piquetage classique aux lieux neutres protégerait les tiers contre les effets préjudiciables du pi-

Supposons maintenant qu'une mesure gouvernementale interdise la distribution de tracts qui incitent à la haine. Tout comme dans l'exemple précédent, cette loi serait bloquée par la liberté d'expression dès la première étape du processus de contrôle judiciaire. Supposons que les considérations justificatives avancées montraient qu'elle a été adoptée dans le but de prévenir les préjudices émotionnels, psychologiques, sociaux, voire physiques, qui pourraient être occasionnés par la propagande haineuse aux membres de certains groupes raciaux ou religieux. Ce jugement politique ne serait, en tant que tel, bloqué par aucun droit garanti. En principe, il pourrait donc constituer une bonne justification de la mesure, mais seulement à la condition de démontrer qu'il a suffisamment de poids pour franchir le seuil de résistance établi par la liberté d'expression. Or, contrairement à l'exemple précédent, la prévention des préjudices émotionnels, psychologiques, sociaux, voire physiques, qui pourraient être occasionnés aux membres des groupes cibles visés par les écrits qui incitent à la haine ferait probablement tomber la contrainte. Comme l'a souligné la Cour suprême dans l'affaire *Keegstra*, ces types de préjudices ne sont pas insignifiants ou peu importants. Ils portent atteinte aux intérêts individuels fondamentaux associés à la dignité humaine et à l'égalité politique et sociale, tels l'estime de soi, le sentiment d'être accepté et le fait d'être respecté comme un égal par les membres de la communauté¹³³.

La seconde fonction des droits garantis comme contraintes latérales joue à tous les niveaux du processus de justification des restrictions fondé sur l'article premier de la *Charte*. Les droits ne résistent donc pas uniquement aux considérations les plus immédiates qui ne franchissent pas les seuils de résistance. Ils résistent aussi aux justifications plus lointaines, celles qui sont avancées au soutien des considérations les plus immédiates qui ne font pas le poids. Prenons un exemple. Une mesure gouvernementale restreint le droit de ne pas être privé de sa liberté sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 de la *Charte* ; considérons que la liberté soit restreinte par une disposition qui nie le droit d'être entendu. Cette mesure serait bloquée par le droit garanti à l'article 7, à moins qu'il ne soit démontré que de bonnes raisons soutiennent la restriction. Supposons maintenant que les considérations immédiates avancées pour la justifier montraient qu'elle a été adoptée à des fins de « commodités administratives ». Puisque cet objectif n'a ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à l'un des droits garantis, il pourrait, en principe, contribuer à la

quetage et, de ce fait, [traduction] «réduir[ait] au minimum les effets des conflits de travail sur les personnes qui n'y sont pas parties». Ces personnes ne sont toutefois pas protégées contre les effets de toute activité découlant d'un conflit de travail. Par exemple, les tiers subissent les pressions financières découlant de campagnes de boycottage menées avec succès par l'intermédiaire des médias ou d'autres moyens permis.

¹³³ *Keegstra*, *supra* note 15 aux pp. 744-49. En outre, cette opinion était appuyée par des documents internationaux qui exprimaient la condamnation explicite de la propagande haineuse par la communauté internationale et par certaines valeurs reconnues par le Canada dans la *Charte* elle-même (*ibid.* aux pp. 749-58).

constitution d'une bonne justification. Est-il suffisamment pesant pour franchir le seuil de résistance que fixe le droit à la liberté garanti à l'article 7 ? Cela est peu probable. Comme le juge Wilson l'écrivait pour trois juges dans l'affaire *Singh* :

je doute énormément que ce genre de considération utilitaire [...] puisse justifier la limitation des droits énoncés dans la *Charte*. [...] Il est sans doute possible d'épargner beaucoup de temps et d'argent en adoptant une procédure administrative qui ne tient pas compte des principes de justice fondamentale, mais un tel argument, à mon avis, passe à côté de l'objet de l'art. 1. [...] [L]'enchâssement constitutionnel des principes de justice fondamentale à l'art. 7 comport[e] la reconnaissance implicite que la prépondérance des motifs de commodité administrative ne l'emporte pas sur la nécessité d'adhérer à ces principes¹³⁴.

Cependant, s'il était démontré que cette considération immédiate «faible» était elle-même soutenue par des considérations plus lointaines dont le poids leur permet de franchir le seuil de résistance établi par le droit à la liberté, la considération immédiate pourrait contribuer à la constitution d'une bonne justification. Dans *Motor Vehicle Act*, par exemple, le juge Lamer soutenait que même si la commodité administrative ne constituait pas, en principe, une bonne raison de restreindre le droit à la liberté, il existe des cas où cette considération pourrait être invoquée avec succès, notamment lorsqu'elle est elle-même soutenue par des considérations politiques importantes qui franchissent le seuil de résistance :

On invoquera sans doute, en vertu de l'article premier, la commodité administrative [...] et parfois on le fera avec succès bien que j'oserais prédire que cela se produira rarement. [...] L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite¹³⁵.

Il en serait probablement de même si le respect du droit protégé entraînait des coûts prohibitifs qui pourraient paralyser l'institution gouvernementale et causer des injustices encore plus grandes¹³⁶. C'est du moins l'une des interprétations possibles du passage suivant énoncé par le juge Wilson dans l'affaire *Singh* : «[m]ême si le coût qu'entraîne l'observation de la justice fondamentale est un facteur auquel les tribu-

¹³⁴ *Singh*, *supra* note 99 à la p. 218. La justification de cette assertion devrait être étayée. L'un des arguments montrerait probablement que l'économie de temps et d'argent envisagée favorise un agrégat d'intérêts beaucoup moins importants que ceux auxquels la mesure gouvernementale porte atteinte.

¹³⁵ *Motor Vehicle Act*, *supra* note 67 à la p. 518.

¹³⁶ Dans un sens, ces propositions ne font que refléter le fait que les justifications avancées au soutien des restrictions peuvent être conçues à divers niveaux de généralité et que leur poids relatif peut dépendre du contexte.

naux attachent une grande importance, le Ministre ne m'a pas convaincue que ce coût serait prohibitif au point de constituer une justification au sens de l'art. 1»¹³⁷.

De la même manière, les considérations avancées qui sont elles-mêmes directement bloquées par les droits garantis auxquels elles portent atteinte (conformément à la première fonction des droits exercée lors de la seconde étape du processus de contrôle judiciaire) peuvent néanmoins contribuer à la constitution d'une bonne justification si elles sont soutenues par des considérations dont le poids franchit le seuil de résistance. Une mesure gouvernementale restreint la liberté d'expression dans le but de prohiber les pratiques religieuses incompatibles avec celles de la majorité des citoyens. Non seulement la mesure gouvernementale serait-elle directement bloquée par la liberté d'expression, mais l'objectif immédiat de la loi (prohiber les pratiques religieuses incompatibles avec celles de la majorité des citoyens) le serait aussi par la liberté de religion. Cependant, si on démontrait que cet objectif immédiat était lui-même soutenu par des considérations plus lointaines dont le poids franchirait le seuil de résistance fixé par les aspects concrets du droit à la liberté de religion et à la liberté d'expression, alors l'objectif immédiat pourrait contribuer à la constitution d'une bonne raison de restreindre la liberté d'expression.

Certes, les cas où des considérations plus lointaines pourraient valablement être avancées au soutien des objectifs plus immédiats qui ont pour objet ou effet de restreindre un droit comme la liberté de religion demeurent exceptionnels. Mais on peut imaginer des circonstances où des objectifs comme l'interdiction de pratiques religieuses incompatibles avec celles de la majorité pourraient être justifiés. Supposons un cas où cet objectif apparaîtrait nécessaire en vue d'empêcher un mal de grande envergure, telle une guerre civile. Il en serait tout autrement si l'objectif plus immédiat était soutenu par des considérations montrant que l'interdiction de pratiques religieuses incompatibles avec celles de la majorité était nécessaire en vue de satisfaire les préférences et les intérêts ordinaires des citoyens (le «bien-être général», entendu au sens de l'utilitarisme classique par exemple). Dans ce cas, la mesure gouvernementale serait privée de l'une des prémisses dont l'agencement formerait l'argumentation qui pourrait la justifier. Elle constituerait une violation du droit à la liberté d'expression et devrait être déclarée inopérante ou invalide.

Les seuils de résistance sont déterminés, dans chaque affaire, par le poids relatif de chaque droit concret garanti auquel il est porté atteinte. La question de savoir si, dans une affaire donnée, les restrictions aux droits franchissent ces seuils et font tomber les contraintes dépend du poids relatif des considérations avancées à leur soutien. Les tribunaux ont exprimé cette idée en termes de «processus d'équilibrage» (le fameux *balancing*) requis par l'article premier. Il est probable que ce soit l'aspect le plus difficile et aussi le plus controversé du processus de contrôle judiciaire fondé sur

¹³⁷ Singh, *supra* note 99 à la p. 220.

la *Charte*. Il pose la question de savoir si la détermination des seuils de résistance par les tribunaux répond à des considérations rationnelles ou à des décisions arbitraires et subjectives¹³⁸.

VII. Les principes de l'article premier de la *Charte*

Les droits constitutionnels garantis conçus comme contraintes latérales fournissent donc deux types de critères généraux en vertu desquels les juristes peuvent juger les mesures gouvernementales et les considérations politiques qui les soutiennent. Le premier indique quels types de jugements politiques (mesures gouvernementales et justifications alléguées) sont bloqués par les droits, à moins d'être soutenus par de bonnes raisons¹³⁹; le second indique quel poids les jugements politiques avancés au soutien des restrictions (mesures gouvernementales et justifications alléguées) doivent avoir pour franchir les seuils de résistance établis par les droits et faire tomber les contraintes. Le passage suivant tiré de l'affaire *Oakes* pourrait être lu comme exprimant l'existence des deux types de critères : «[I]a norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier»¹³⁹. Alors qu'un objectif «peu important» ne franchit pas le seuil de résistance, un objectif «contraire aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique» est directement bloqué par les valeurs auxquelles il porte atteinte, en l'occurrence les droits¹⁴⁰. L'articulation spécifique de ces critères, notamment leur dimension matérielle, est complexe. L'objectif de cette section est de montrer de manière générale comment cette articulation permet d'élaborer les principes de l'article premier.

Les principes de l'article premier permettent de juger les finalités immédiates et plus lointaines des mesures gouvernementales ainsi que les modalités choisies en vue de les atteindre. Ils peuvent être formulés en termes «formels» et en termes «matériels». Ils sont formulés en termes «formels» lorsqu'ils énoncent les traits formels que doivent ou ne doivent pas posséder les raisons pour constituer de bonnes raisons. Par exemple, un principe énonçant que les raisons avancées au soutien d'une mesure doivent montrer qu'elle est importante, urgente et réelle, sans pour autant préciser le contenu de ces standards, est formel. De même, un principe énonçant que les raisons doivent montrer que la mesure a un lien rationnel avec son objectif, sans préciser le degré d'étroitesse minimale que doit avoir ce lien pour être tenu pour «rationnel», est formel. En ce sens, les critères énoncés dans l'affaire *Oakes* représentent tous des principes formels. Par contre, les principes sont formulés en termes «matériels» lors-

¹³⁸ Cette seconde fonction sera discutée dans un texte ultérieur.

¹³⁹ *Supra* note 5 à la p. 138.

¹⁴⁰ La dimension matérielle de ces critères ne sera pas abordée dans ce texte.

qu'ils précisent, soit en termes généraux et abstraits, soit en termes précis et concrets dans le contexte d'une affaire donnée, les traits matériels que doivent ou ne doivent pas posséder les raisons avancées au soutien d'une mesure gouvernementale pour constituer une bonne raison de restreindre les droits garantis. Un principe énonçant que la prévention d'une guerre civile, la promotion de la santé publique ou la lutte à la pauvreté constitue une bonne raison de restreindre un droit garanti donné est matériel au sens utilisé ici.

Aux fins de la théorie du fondement légitime, les principes matériels sont les plus importants. Ils fournissent les critères substantiels qui permettent de déterminer les types de considérations qui constituent, aux fins de l'article premier, une bonne raison de restreindre les droits garantis et ceux qui ne le sont pas. Ils établissent ce que nous pouvons nommer critères de *légitimité*, d'où le nom donné à la théorie du fondement légitime. Ces principes énoncent, en termes généraux et abstraits, les traits que doivent ou ne doivent pas posséder les diverses considérations avancées au soutien d'une mesure gouvernementale pour constituer une bonne raison de restreindre les droits garantis. Ils ne sont pas des prescriptions ultimes, fondamentales, suprêmes, transcendantes *a priori* qui ne sont pas ou n'ont pas à être justifiées sur la base d'autres normes¹⁴¹. Ils ne dérivent pas non plus «formellement» de tels principes. Ils constituent plutôt des *généralisations* formulées à partir d'un ensemble de décisions pratiques spécifiques et concrètes portant sur les considérations qui constituent de bonnes raisons de restreindre les droits garantis et de celles qui ne le sont pas. Ces décisions résultent elles-mêmes de jugements de valeur, logiquement antérieurs, qui affirment ou reconnaissent les types de bien¹⁴² dont la promotion ou la protection est jugée plus désirable que les droits garantis auxquels il est porté atteinte. À moins de présupposer que ces jugements sont nécessairement arbitraires, ce que la primauté du droit récuse, nous devons présupposer qu'ils procèdent rationnellement dans le cadre d'un ordre normatif logiquement antérieur¹⁴³.

Les principes matériels de l'article premier se situent donc à un niveau *intermédiaire* entre des considérations plus fondamentales, voire ultimes, et l'ensemble de

¹⁴¹ J'ai en tête ici les principes éthiques ou politiques fondamentaux comme le principe de l'utilité (quelque soit la définition de l'utilité) chez les utilitaristes, l'impératif catégorique chez Kant, les deux principes de justice chez Rawls, le principe abstrait de l'égal attention et de l'égal respect chez Dworkin.

¹⁴² Le mot «bien» est utilisé dans un sens très général.

¹⁴³ La rationalité du processus de décision constitutionnelle constitue l'un de ses aspects constitutifs. Elle est requise par les principes de la moralité politique qui prescrivent les conditions de légitimité des décisions judiciaires et est exprimée de diverses manières dont la plus connue demeure le devoir de maintenir et de promouvoir la primauté du droit. Sur cette question, voir *supra* notes 14-16 et le texte correspondant.

décisions judiciaires concrètes fondées sur l'article premier¹⁴⁴. Ils tirent leur validité de l'étroitesse du lien matériel qui les rattache à l'ensemble des décisions judiciaires spécifiques, d'une part, et aux considérations pertinentes plus fondamentales qui les expliquent et les justifient, d'autre part. Lorsqu'ils sont établis, les principes permettent aux juges de s'engager dans le processus de contrôle judiciaire aux fins de l'article premier sans avoir à refaire dans tous les cas l'évaluation des types de considérations qui constituent de bonnes raisons de restreindre les droits constitutionnels garantis et ceux qui ne le sont pas. Ils constituent donc un type de «théorème» juridique : ils mettent un terme aux arguments les plus fondamentaux qu'une partie devrait autrement avancer pour montrer qu'une restriction est justifiée ou injustifiée et permettent d'éviter les jugements *ad hoc*¹⁴⁵. Cependant, la validité des principes (ou théorèmes) demeure toujours *provisoire*. D'une part, une partie peut très bien les remettre en question si elle juge qu'ils sont mal fondés, qu'ils produisent des conséquences indésirables du point de vue de l'ordre normatif qui les sous-tend ou qu'ils sont autrement incohérents. D'autre part, des circonstances imprévues comme des changements sociaux ou technologiques importants peuvent nécessiter une nouvelle interprétation de l'ordre normatif sur lequel les jugements pratiques soutenant les principes sont fondés. Cet aspect est inévitable lorsque le sens de l'article premier procède conformément au processus d'interprétation téléologique¹⁴⁶. Autrement, il est raisonnable de les accepter provisoirement comme concluants.

Les principes «formels» de l'article premier, bien qu'importants, sont logiquement accessoires aux principes matériels et fournissent des critères qu'on pourrait aussi qualifier d'«accessoires». Ces critères formels sont aussi plus prosaïques en ce qu'ils constituent moins une affaire de théories abstraites et substantielles que de sens

¹⁴⁴ Ils fonctionnent un peu comme les principes que d'autres auteurs ont qualifié de «*mediating principles*» ou de «*mid-level principles*». Voir par ex. O. Fiss, «Groups and the Equal Protection Clause» (1976) 5 Phil. & Pub. Affairs 107 aux pp. 107-08. Selon Fiss, le «*mediating principle*» ne fait pas partie du droit. Ainsi, ce n'est pas une interprétation de la clause d'«*equal protection of the law*» qui fait partie du droit : «So much so, that over time one often loses sight of the artificial status of these principles—they are not “part of” the Constitution, but instead only a judicial gloss, open to revaluation and redefinition in a way that the text of the Constitution is not» (*ibid.* à la p. 108). À mon avis, les principes intermédiaires font partie du droit même s'ils ne font pas partie du texte conçu comme un ensemble de règles formellement valides.

¹⁴⁵ Dans une perspective différente, T.D. Weldon a comparé les principes politiques à des «*keep out notices*» : «to cite a principle is to put a stop to demands for reasons and explanation». T.D. Weldon, «Political Principles» dans P. Laslett, dir., *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell, 1956, 22 à la p. 27.

¹⁴⁶ Cette question est abordée en détail dans Tremblay, «L'interprétation téléologique», *supra* note 113 aux pp. 483-91 et 521-25. J'y insiste sur le caractère matériel et provisoire des principes pour bien montrer que l'application des principes ne conduit pas à un processus de raisonnement «mécanique» et «formel».

commun. Ils se rapportent tous à la *nécessité* et à la *proportionnalité* des restrictions aux droits garantis. L'idée générale est la suivante : une fois démontré que la justification alléguée est conforme aux principes matériels pertinents (elle ne heurte pas les droits garantis et elle franchit les seuils de résistance), il doit encore être démontré que la restriction aux droits est matériellement nécessaire à la finalité visée et que son utilité en vue de réaliser cette finalité est plus «forte» que le dommage qu'elle cause aux droits.

Les critères formels énoncés dans l'affaire *Oakes* ne font qu'exprimer cette idée. Certains concernent directement les objectifs visés par les restrictions. Ils énoncent, par exemple, que les objectifs des mesures gouvernementales doivent se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles»¹⁴⁷. En d'autres mots, la légitimité de poursuivre en pratique un objectif donné dépend d'un soutien réel dans les faits, et non seulement de sa force sur le plan théorique. Si les «faits» allégués (incluant les faits naturels et sociaux, les actes, les omissions, les liens causaux entre les phénomènes) qui font l'objet des préoccupations censées justifier un objectif législatif particulier n'existaient pas dans la réalité ou, en toute probabilité, n'étaient pas sur le point d'exister, s'ils étaient purement imaginaires, alors manifestement la mesure gouvernementale conçue pour y faire face ne serait pas nécessaire. Ou encore, si les «faits» allégués qui font l'objet des préoccupations ne nécessitaient pas une action immédiate ou rapide, si le «mal» relevait plutôt de la conjecture que de ce qui est imminent, alors la mesure gouvernementale ne serait pas nécessaire et, par voie de conséquence, la restriction aux droits ne le serait pas non plus¹⁴⁸.

D'autres critères formels concernent directement les modalités choisies en vue de réaliser les objectifs législatifs dont il est démontré qu'ils se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles. Ces critères exigent globalement que les restrictions aux droits soient *nécessaires* et *proportionnelles* compte tenu des objectifs visés. Cette exigence prend la forme de trois critères. D'abord, les modalités choisies qui restreignent les droits garantis doivent avoir un lien rationnel avec les objectifs législatifs. C'est le critère du «lien rationnel». Il doit y avoir au moins un motif valable de croire que les restrictions contribuent à réaliser les objectifs. Une restriction aux droits qui ne contribuerait en rien à la réalisation de l'objectif visé, soit d'une manière intrinsèque soit en raison de son opération, ne serait manifestement pas nécessaire. Pour la

¹⁴⁷ Voir *Oakes*, *supra* note 5 au para. 69 : «Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles [*«pressing and substantial»*] dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important».

¹⁴⁸ Voir Tremblay, «Théorie du fondement rationnel», *supra* note 4 aux pp. 71-73.

même raison, l'objectif avancé pour la justifier ne parviendrait pas à soutenir la mesure rationnellement¹⁴⁹.

Ensuite, les modalités choisies en vue de réaliser l'objectif visé doivent porter le moins possible atteinte aux droits garantis. C'est le critère de «l'atteinte minimale». Les restrictions sont justifiées si, et seulement si, il n'existe pas de moyens moins intrusifs de réaliser le même objectif avec autant d'efficacité. Manifestement, une restriction aux droits garantis ne contribuant pas à atteindre l'objectif visé d'une manière plus efficace qu'une modalité alternative, qui ne leur porterait pas atteinte ou qui leur porterait moins atteinte, ne serait pas nécessaire compte tenu de l'objectif avancé au soutien de la restriction. Or, les droits bloquent toutes les mesures gouvernementales qui leur portent atteinte, à moins qu'il ne puisse être démontré que de bonnes raisons soutiennent cette restriction. Il n'y a pas de bonnes raisons de restreindre un droit si la restriction n'est pas nécessaire. Au contraire, l'existence de modalités moins intrusives également efficaces constitue une bonne raison d'écarter des restrictions non nécessaires. Bref, la thèse des droits comme contraintes latérales implique qu'une restriction aux droits qui n'est pas nécessaire à la réalisation de l'objectif avancé à son soutien n'est pas justifiée¹⁵⁰.

Enfin, les modalités choisies qui portent atteinte aux droits garantis doivent contribuer à la réalisation de l'objectif proportionnellement aux torts qu'elles leur causent. C'est le critère de la *proportionnalité* proprement dite. Il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la restriction sur la réalisation de l'objectif législatif et l'effet de la restriction sur les droits garantis de sorte que les dommages causés à ces derniers ne l'emportent pas sur les effets bénéfiques. Ce critère ne mesure pas tant l'importance de l'objectif par rapport à celle des droits ou à celle des dommages causés aux droits,

¹⁴⁹ L'absence de lien rationnel ne signifie pas qu'une mesure est irrationnelle ou absurde. Elle signifie simplement qu'elle n'est pas rationnellement soutenue par les motifs qu'on avance en sa faveur.

¹⁵⁰ La restriction non nécessaire en vue de réaliser l'objectif visé pourrait peut-être être soutenue par des objectifs distincts. Mais dans ce cas, il faudrait démontrer que ces derniers sont légitimes. La question délicate de savoir ce qu'il faut entendre par «nécessaire» dans les cas où plus d'une mesure ou plus d'un programme législatif peuvent contribuer «raisonnablement» à l'objectif est ouverte. Le principe, selon la théorie du fondement légitime, est qu'une restriction qui n'est pas nécessaire à la réalisation de l'objectif légitime n'est pas justifiée. Dans les cas où plusieurs mesures, plus ou moins attentatoires, permettent toutes de réaliser l'objectif avec plus ou moins d'efficacité, il se pourrait que les tribunaux puissent faire preuve de déférence envers le législateur pour des motifs internes à la théorie du fondement légitime. Cette question est elle-même distincte de celle de savoir si les tribunaux peuvent savoir lequel des programmes alternatifs est le moins attentatoire aux droits. Dans l'hypothèse où ils ne le savent pas, mais que la preuve fournit des raisons de croire que le programme choisi est nécessaire, les juges doivent accepter les décisions gouvernementales. Voir ci-dessus, section II.

comme on le croit parfois¹⁵¹. Il concerne l'évaluation des effets préjudiciables causés aux droits par rapport à ce que ces dommages ont contribué à faire pour réaliser l'objectif. En d'autres mots, l'utilité de la restriction des droits par rapport aux finalités visées doit être «forte» en comparaison de l'importance des dommages causés¹⁵².

Les critères de légitimité, de nécessité et de proportionnalité sont constitutifs du processus de rationalité pratique tel que le conçoit la théorie du fondement légitime. Ils sous-tendent les critères originalement formulés dans l'affaire *Oakes*. Bien qu'ils soient tous importants pour démontrer qu'une restriction aux droits est justifiée, les critères de nécessité et de proportionnalité demeurent néanmoins accessoires aux critères qui établissent la légitimité de la mesure gouvernementale. Une préoccupation illégitime fondée sur des faits existants, telle l'interdiction d'une pratique religieuse minoritaire pour des motifs de commodité administrative, ne saurait justifier la restriction d'un droit garanti, tel la liberté de religion. De même, le seul fait qu'une modalité choisie soit rationnellement reliée à un objectif réel, voire nécessaire à sa réalisation, ne fournit aucune raison d'édicter cette mesure, ni même de croire qu'elle est justifiée, à moins de pouvoir montrer que l'objectif l'appuyant est lui-même justifiable à la lumière des principes matériels normatifs de l'article premier. Aussi, le seul fait qu'une modalité choisie puisse porter le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté, compte tenu de l'objectif réel, ne fournit aucune raison de l'édicter ni même de croire qu'elle est justifiée, sauf dans les cas où l'objectif est lui-même bien fondé. Enfin, le seul fait que l'utilité d'une restriction en vue d'une finalité visée apparaisse plus forte que l'importance des dommages causés aux droits ne fournit aucune raison d'édicter cette mesure, ni même de croire qu'elle est justifiée, sauf dans les cas où il est démontré que l'objectif lui-même est légitime.

Les critères matériels qui se rapportent à la légitimité des considérations alléguées au soutien des restrictions constituent donc le pivot de la justification des restrictions aux droits garantis. Ils sont aussi les plus complexes : ils présupposent une articulation de chaque droit garanti, ainsi que des valeurs et des principes plus fondamentaux qui les sous-tendent, le long d'une échelle mobile de manière à construire la conception normative de la société libre et démocratique, sans laquelle le processus de contrôle judiciaire fondé sur l'article premier de la *Charte* ne saurait être cohérent.

¹⁵¹ Ce type d'évaluation relève des critères de légitimité : un objectif urgent et réel est suffisamment important par rapport aux droits auxquels une mesure porte atteinte, dès lors qu'il rencontre les critères négatifs (s'il ne heurte pas directement les droits garantis) et les critères positifs (s'il franchit le seuil de résistance). Voir par ex. *Thomson*, *supra* note 42 aux para. 124-25.

¹⁵² Cette conception du critère de proportionnalité a été clairement formulée par la Cour suprême dans l'affaire *Dagenais*, *supra* note 6 aux para. 92-95.

Conclusion

La théorie du fondement légitime est une théorie de la justification des jugements politiques et des décisions gouvernementales dont la validité est soumise au contrôle judiciaire. Elle postule que la justification est démontrée, non seulement lorsque le jugement ou la décision est autorisé par une règle de droit et lorsque son auteur avait quelque raison valable de le poser ou de la prendre, mais lorsque les motifs avancés à son soutien constituent de bonnes raisons compte tenu d'un certain ordre normatif critique. Le principal objectif de ce texte était de clarifier, aux fins de l'article premier de la *Charte*, les propositions formelles de la théorie du fondement légitime. Ces propositions établissent les traits généraux que doivent posséder les considérations avancées au soutien des restrictions aux droits garantis pour constituer de bonnes raisons de les restreindre dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En vertu de la théorie du fondement légitime, les droits constitutionnels garantis sont traités comme des contraintes latérales qui pèsent sur les mesures gouvernementales dont la justification normale procède d'un mode de raisonnement de type conséquentialiste. Après avoir exposé brièvement la structure et les difficultés de réviser rationnellement le bien-fondé des justifications de type conséquentialiste, la thèse des droits comme contraintes latérales a été clarifiée. Il a été soutenu que les droits garantis exercent deux types de contraintes latérales en droit constitutionnel canadien. Premièrement, les droits bloquent latéralement tous les jugements politiques et toutes les décisions gouvernementales qui ont pour objet ou pour effet de restreindre les espaces de libertés, les bénéfices et les avantages individuels ou collectifs qu'ils garantissent, à moins qu'il ne puisse être démontré que ces restrictions sont soutenues par de bonnes raisons. Deuxièmement, les droits fixent latéralement les seuils de résistance approximatifs au-delà desquels les considérations avancées au soutien des restrictions sont suffisamment pesantes pour faire tomber la contrainte. L'articulation de ces deux types de contraintes fournit les critères qui permettent de distinguer les types de jugements politiques et de décisions gouvernementales qui ne peuvent pas compter comme bonnes raisons de ceux qui le peuvent. Par voie de conséquence, ces critères élaborent les principes de l'article premier en vertu desquels les finalités visées par les restrictions aux droits garantis, ainsi que les modalités choisies pour les atteindre, peuvent être évaluées.

Les principes de l'article premier sont matériels ou formels. Les principes matériels établissent les critères de légitimité. Ces critères substantiels de légitimité sont les plus importants du processus de révision judiciaire : ils en constituent le pivot. Les principes formels représentent les critères qui se rapportent à la nécessité et à la proportionnalité des restrictions aux droits garantis. Ils sont accessoires aux critères de

légitimité. Certains concernent directement les finalités visées, d'autres concernent les modalités choisies en vue de réaliser certaines fins. La théorie du fondement légitime s'articule ainsi sur les trois types de critères qui avaient été originalement conçus par la Cour suprême du Canada dans la célèbre affaire *Oakes* : les critères de légitimité, de nécessité et de proportionnalité.
