

Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibrage entre droits fondamentaux.

Jean-François Gaudreault-DesBiens*

If the legal system were just composed of rules, it would be like a railway schedule and jurists would be like railway workers following a set path according to pre-established times and places. Luckily, law does not correspond to this positivist ideal, and the job of judges and of jurists is not akin to that of railway workers.¹

L'homme est essentiellement un rêveur, se réveillant quelquefois sous l'influence de quelque élément importun du monde extérieur, mais qui retombe bien vite dans l'heureuse somnolence de l'imagination.²

Introduction

Cet article s'intéresse au principe de non-hiérarchisation des droits fondamentaux. Après avoir succinctement rappelé les termes principaux du débat sur cette question, tel qu'il se donne à voir en droit international et dans le droit constitutionnel canadien, nous y défendrons la thèse selon laquelle le principe de non-hiérarchisation des droits fondamentaux est logiquement évident, en tant que vérité apodictique (c.-à-d. « qui a une évidence de droit »³), tout en étant axiologiquement et historiquement difficile à concrétiser, ce qui mène parfois à la création de hiérarchies plus ou moins passagères.

* Professeur titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur les identités juridiques et culturelles nord-américaines et comparées et vice-doyen à la recherche, Faculté de droit, Université de Montréal. Nous remercions Mme Geneviève Bond-Roussel, LL.B, de sa précieuse collaboration lors de la recherche préalable à cet article. Cet article reprend l'essentiel d'un texte préparé pour le colloque de 2010 de l'Association québécoise de droit constitutionnel. Bien que l'ayons considérablement revu et augmenté, nous avons souhaité en conserver la structure, le ton et, bien sûr, les opinions que nous avions exprimées.

¹ G. Zagrebelsky, « Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: An Italian point of view », (2003) 1 *I-CON* 621, p. 631-632.

² B. Russell, *Essais sceptiques*, Paris, Les Belles Lettres, 2011, p. 33.

³ R. Nadeau, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 18.

Dans la mesure où le problème de la hiérarchisation des droits se cristallise lorsqu'il paraît y avoir un *conflit* entre eux, il convient de préciser la définition de conflit que nous adopterons dans ce texte. Plusieurs définitions sont envisageables, comme c'est souvent le cas. Celle que nous privilégierons sera, avouons-le, plutôt restrictive⁴. En effet, à moins d'indication contraire découlant de manière évidente du texte, nous tiendrons en règle générale pour un conflit de droits celui opposant au moins deux droits protégés constitutionnellement qui peuvent tous être *validement* invoqués par les parties à un litige. L'État peut certes être l'une de ces parties; ce sera par exemple le cas lorsqu'il défend une disposition législative que l'on allègue attentatoire à un droit constitutionnel protégé en se fondant sur un droit constitutionnel concurrent. En revanche, nous ne tiendrons pas pour un conflit de droits au sens strict celui, réel ou allégué, entre un droit constitutionnel et une « valeur sociétale » irréductible à un droit constitutionnel précis. Il en découle que sera en principe exclu de cette définition tout conflit entre un droit constitutionnel formel et une justification relevant de considérations générales liées à l'« ordre public », à l'« efficacité », à des « consensus sociaux » ou à ce qui est parfois représenté dans le discours politique comme un « droit collectif », sans pour autant que puisse être identifiée une assise juridique solide au soutien de l'existence *juridique* d'un tel droit collectif.

Cela étant précisé, quelques observations s'imposent en ce qui a trait à l'angle d'approche que nous adopterons dans ce texte. Celles et ceux qui ont eu la patience de nous lire depuis près de vingt ans savent que nous avons passablement fréquenté la littérature critique nord-américaine, au premier chef les *Critical Legal Studies*. Cette longue fréquentation a développé chez nous le réflexe de nous rebiffer dès que nous nous voyons confronté à ce que le discours juridique dominant pose comme une « évidence nécessaire ». De telles « évidences » se résument en effet souvent à des pétitions de principes à forte saveur de mantras, qui participent à la légitimation des décisions de ceux qui les assènent – car les vérités ou évidences sont fréquemment *assénées* – et qui, de ce fait, agissent comme des talismans. Commettant sciemment le péché d'autocitation, nous nous permettrons de reproduire ici un passage d'un article que nous faisons publier en 1998 dans les *Cahiers de droit* :

Un talisman, nous dit le *Petit Larousse*, est un « objet, [une] image préparés rituellement pour leur conférer une action magique ou protectrice. » Or, des talismans, le droit en secrète, en use et en abuse. Ainsi, par le truchement d'histoires inventées, d'idéaux métamorphosés en réalités idéelles objectives, de métaphores se

⁴ Contrairement, par exemple, à A. Petter et A. Hutchison qui, dans leur article « Rights in Conflict : The Dilemma of Charter Legitimacy », (1989) 23 *U.B.C.L.R.* 531, s'attardent à trois types de conflits potentiels, soit ceux intrinsèques à chacun des droits, ceux entre droits et, enfin, ceux entre droits et intérêts sociaux concurrents.

muant en idéologies, le droit ne recule devant aucun artifice pour protéger sa légitimité et pour entretenir la foi de ses fidèles.⁵

Si de tels talismans sont sans doute inévitables en droit, en ce qu'ils participent à la protection non seulement de sa légitimité mais aussi de sa systématité, ils peuvent également naturaliser et objectiver son discours sur lui-même et sur ses présupposés en les érigeant en « données » qui transforment la relation que les juristes entretiennent à leur objet en rapport de *croissance*, faisant de ce qui tient tout au plus d'une *possibilité normative* une évidence incontestable, voire un article de foi dont la négation ou le non-respect est passible d'excommunication de la communauté des croyants. Ce phénomène s'observe sans doute dans toutes les branches du droit – n'a-t-on pas déjà pu soutenir que la conception strictement actionnariale de la société par actions qui domine en Amérique du Nord constituait en quelque sorte l'ultime stade de l'évolution de ce champ du droit, la fin de l'histoire en quelque sorte?⁷ –, mais il est particulièrement prégnant dans le champ des droits de la personne, où la militance est notoirement susceptible d'influer sur le résultat de l'analyse juridique et sur l'évaluation de l'état du droit dans un domaine quelconque. Par exemple, si, compte tenu de l'état du droit canadien, il est apodictiquement vrai que la doctrine de l'accommodement raisonnable découle du droit à l'égalité, cette vérité demeure subjective au droit particulier de cet État. Au surplus, même si un droit quelconque accepte cette doctrine ou l'un de ses équivalents fonctionnels, il est loin d'être assuré qu'il en tirera les mêmes conséquences normatives. Ainsi, entre la démonstration d'une contrainte excessive qu'exige le droit canadien pour refuser une demande d'accommodement et la bien plus légère obligation *de minimis* qu'impose le droit américain aux organisations visées par une demande d'accommodement, il y a un monde⁸. Ici, les distinctions entre les deux mondes rassemblés par la doctrine de l'accommodement renvoient, plus fondamentalement, à des conceptions, plus ou moins formelles ou concrètes, du droit à l'égalité comme garantissant, selon des degrés divers de radicalité, l'égalité des résultats plutôt que celle des chances. Autrement dit, si la proposition selon laquelle la doctrine de l'accommodement raisonnable découle du droit à l'égalité est apodictiquement exacte en droit canadien et constitue une vérité objective du point de vue de ce droit et de lui seul, elle ne s'impose nullement comme vérité objective si l'on adopte une posture extérieure à celui-ci. Pourtant, des juristes en viennent parfois, par adhésion à

⁵ J.-F. Gaudreault-DesBiens, « Du droit et des talismans : mythologies, métaphores et liberté d'expression », (1998) 39 *C. de D.* 717, p. 720.

⁶ Sur le droit comme théologie séculière, on lira avec profit le toujours actuel ouvrage de : J. Lenoble et F. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980.

⁷ Voir : H. Hansmann et R. Kraakman, « The End of History for Corporate Law », (2000-2001) 89 *Geo L.J.* 439.

⁸ Voir par exemple : *Trans World Airlines Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977).

un idéal qui peut être fort louable, à tenir la vérité objective du droit pour une vérité *sociale* objective et évidente. Bref, et pour dire les choses crûment, les talismans favorisent l'autisme du droit et des juristes dans leur saisie du social et des rapports entre celui-ci et le droit en lequel ils croient.

On l'aura compris, cette lecture critique participe d'une conception qui, d'une part, n'envisage pas le droit comme un lieu de production de vérités objectives et apolitiques et qui, d'autre part, se veut sensible à la capacité limitée que le droit a d'influer de manière toujours tangible et immédiatement mesurable sur le social⁹. Ce parti-pris critique inspirera l'ensemble de ce texte, qui, pour l'essentiel, cherchera à mettre au jour les apories et mystifications du discours sur la non-hiérarchie des droits et plaidera en faveur d'un petit supplément de réalisme dans la représentation juridique de l'interaction entre les droits. Dans cette optique, il ne prétend nullement livrer un état exhaustif du droit ou de la pensée juridique sur la question de la hiérarchisation des droits, choix éditorial conforté par sa vocation initiale qui était de lancer les débats d'un colloque portant sur ce thème général.

Avant de livrer l'argumentaire au soutien de notre thèse sur les hiérarchies passagères (partie 3), nous nous pencherons sur quelques justifications canoniques proposées au soutien du principe de non-hiérarchie des droits en droit international (partie 1) et en droit canadien (partie 2).

1. Quelques justifications en droit international

C'est au lendemain de la Seconde Guerre mondiale que le monde est véritablement entré dans ce qu'il faut bien qualifier d'ère des droits de la personne. Réponse immédiate à la boucherie nazie, ces droits ont été renforcés, on en a multiplié le nombre et on en a accru l'effectivité, notamment par la création de plusieurs organisations internationales ou régionales chargées de faire le *monitoring* de leur mise en oeuvre. Tout cela s'est en outre produit à une époque marquée par d'importants changements dans la manière d'appréhender l'humain, notamment sous l'impulsion de l'anthropologie structuraliste. Longtemps vus comme des artefacts occidentaux, les droits de la personne ont alors connu une expansion considérable au-delà de leur terroir d'origine, et ce non pas tant en raison de leur universalité déclarée – et très contestée, relativisme aidant, au nom du principe de souveraineté des États – que par de multiples et souvent microscopiques processus d'appropriation normative où, sans parfois même être formellement reconnus et encore moins justiciables dans des États particuliers, ces droits ont pu agir comme leviers favorisant des mobilisations dans l'arène socio-

⁹ Encore que, notons-le, l'effectivité symbolique d'une norme n'est pas aussi négligeable qu'on pourrait le croire.

politique. Mais il reste que leur généalogie occidentale demeure difficile à nier et qu'il est plus juste de voir dans leur expression la trace d'un « universalisme » (et donc d'une aspiration idéologique à être universalisés) plutôt que celle d'une universalité vérifiable¹⁰.

C'est dans ce contexte que le principe de non-hiérarchie des droits a été élaboré et théorisé. Voyons-en quelques justifications dans le discours internationaliste.

Rappelons tout d'abord le premier considérant de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. »¹¹ Les deux pactes de 1966, entrés en vigueur en 1976, s'appuient sur cette reconnaissance de la dignité inhérente de l'être humain pour bâtir leur édifice normatif. Ainsi, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* pose-t-il, également dans son préambule, que (1) les droits qu'il reconnaît découlent de la dignité inhérente à la personne humaine, et (2) que « l'idéal de l'être humain libre, jouissant des libertés civiles et politiques et libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits civils et politiques, aussi bien que de ses droits économiques, sociaux et culturels, sont créées. »¹² Le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* reprend exactement les mêmes termes, en inversant cependant la place donnée aux droits sociaux et aux droits politiques¹³.

Puisque l'idée des droits de la personne repose en bonne partie sur celle d'égale dignité entre les individus, il était inévitable que l'on s'intéresse tôt ou tard aux obstacles en tous genres qui peuvent nuire à l'atteinte de cet idéal. L'évolution de la pensée sur les droits de la personne trahit à cet égard une interrogation qui, fondamentalement, a trait au rapport que l'individu entretient avec lui-même, dans sa conception de la vie bonne, et avec la collectivité. C'est d'ailleurs dans ce double rapport que l'on retrouve les deux variables principales de l'équation des droits de la personne, à savoir l'individu, d'une

¹⁰ Patrick Waschmann, *Les droits de l'homme*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 50.

¹¹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217 A (III), Doc off AG ONU, 3^e sess, supp n^o 13, Doc NU A/810 (1948), en ligne : <http://www.un.org/fr/documents/udhr/> (dernière consultation : 1^{er} mars 2012).

¹² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, en ligne : <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm> (dernière consultation: 1^{er} mars 2012).

¹³ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, en ligne : <http://www2.ohchr.org/french/law/cescr.htm> (dernière consultation : 1^{er} mars 2012).

part, et la collectivité, d'autre part. La tension entre ces deux variables est non seulement dialectique, mais aussi profondément politique, puisqu'elle incite à inscrire la personne dans la Cité et à s'interroger sur les liens d'interdépendance et de solidarité qui se tissent entre elles. Les diverses « générations » des droits de la personne, nous le verrons, s'inscrivent dans ce continuum allant de l'humain en lui-même, irréductible à tout autre, vers l'humain en société. La complexification de la typologie des droits de la personne témoigne en ce sens d'une transition dans la représentation de l'individu, pour le considérer de plus en plus comme une « personne », au sens que des philosophes ou juristes personnalistes comme Emmanuel Mounier, Jacques Maritain ou Denis de Rougemont attribuaient à ce mot.

Ainsi, après avoir longtemps fait sienne, à l'exclusion des autres, la représentation d'un individu minimal, en quelque sorte « a-culturé »¹⁴, la conception des droits de la personne s'est ouverte à l'idée d'un individu plus complexe et situé. Ont alors émergé de nouveaux droits, soucieux de saisir l'humain dans sa réalité concrète plutôt que dans son essence abstraite. Cette évolution de la pensée philosophique des droits de l'homme a trouvé écho dans le champ du droit. Le concept de « générations de droits », développé par une certaine doctrine internationaliste encore assez influente, cherche à la saisir. La catégorisation la plus courante se réfère aux droits de première, de deuxième et de troisième génération (et peut-être une hypothétique quatrième).

Les droits de première génération renvoient à ceux énoncés dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Les principaux droits individuels protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁵, ainsi que les droits justiciables consacrés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁶ du Québec, y sont pour la plupart associés. Les droits de deuxième génération trouvent quant à eux écho dans ceux reconnus par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, de sorte qu'au-delà des débats parfois vifs sur leur justiciabilité, compte tenu de leur caractère généralement programmatique, leur reconnaissance en droit positif est acquise.

En revanche, l'idée de droits de troisième génération, qui désigneraient des droits de nature collective comme le droit à un environnement sain, fait l'objet de critiques de la part d'auteurs craignant qu'en enchâssant des normes qui ne font qu'énoncer des

¹⁴ G. Berthoud, « Droits de l'homme et savoirs anthropologiques », dans : L.K. Sosoe (dir.), *Identité : évolution ou différence? Mélanges en l'honneur du professeur Hugo Huber*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1989, p. 137-138.

¹⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 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 désignée sous son titre complet, ou sous le vocable « Charte canadienne »).

¹⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après désignée sous son titre complet, ou sous le vocable « Charte québécoise »).

valeurs morales, non opposables et non justiciables, l'on réduise indûment l'effectivité et la crédibilité du système normatif que forment les droits humains¹⁷. Surtout, on en a contre l'effet de banalisation des droits découlant de la consécration de multiples « générations de droits ». Nous faisons nôtre la critique formulée à cet égard par le professeur Sudre, qu'il vaut la peine de citer *in extenso* :

Cette présentation [des droits en plusieurs générations] relève du discours mystificateur : la numérotation des droits de l'homme suggère à la fois l'idée de progression (la « troisième génération » sous-entend que les droits de la première et de la deuxième générations (*sic*) représentent déjà un acquis) et d'anachronisme (les droits de la première génération, plus encore que ceux de la deuxième génération, semblent d'un autre âge et paraissent relever de la « préhistoire » des droits de l'homme). Un tel discours, qui met l'accent sur des préoccupations nouvelles qui seraient celles des pays majoritaires à l'ONU (paix, désarmement, environnement...) évite l'interrogation sur la réalité des droits « anciens » au sein des États membres de l'ONU et atteint un premier résultat : marginaliser les droits dits de la première et de la deuxième génération, et principalement les premiers fondés, pour l'essentiel, sur le critère de la liberté.¹⁸

Cette critique renvoie implicitement à certains problèmes qui minent de plus en plus la crédibilité de l'ONU et d'autres organisations internationales dont la mission est pourtant d'assurer le respect des droits de la personne, en commençant par ceux de première génération, et qui découlent en partie de la montée en puissance, au sein de ces institutions, d'États qui sont tout sauf des démocraties : États autoritaires, États plongés dans une situation d'anomie offrant un terrain fertile à tous les abus, États pseudo-démocratiques gouvernés à demeure par une oligarchie corrompue et rapace, théocraties islamistes avouées ou larvées. De tels États ont tout intérêt à, et dans un monde multipolaire, tout loisir de, subvertir les institutions, les processus et les discours pour nuire à la mise en œuvre des droits de la personne, notamment par la création d'« anti-faits »¹⁹ – représentations fictives instrumentalisées au profit d'un agenda politique – qui mettent par exemple dos à dos des régimes qui n'ont rien à voir les uns avec les autres bien qu'ils puissent faire l'objet de critiques différenciées et circonstanciées²⁰. Pour ainsi noyer le poisson, ces États disposent toutefois de puissants

¹⁷ G. Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, 4^e éd. révisée, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1993, p. 42.

¹⁸ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^e éd. refondue, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 101, n° 66.

¹⁹ Nous empruntons l'expression « anti-faits » à George Steiner, *Réelles présences. Les arts du sens*, Paris, Gallimard, 1991, collection « Folio / essais », n° 255, p. 81.

²⁰ L'illustration à notre avis la plus parlante de ce genre de nivellement discursif tient dans l'association, fréquente dans les forums internationaux, des politiques de l'État d'Israël à

leviers, à la fois inscrits dans le code génétique du droit international – les principes d'égalité juridique et de souveraineté des États – et dans les présupposés d'un discours philosophique anti-universaliste fort populaire, lequel mêle allègrement relativisme et anticolonialisme en pouvant en outre tabler, au sein des démocraties occidentales, sur ce que Bruckner appelait, faisant écho à Kipling, « le sanglot de l'homme blanc »²¹. Et certaines catégories particulières de personnes, au premier rang les femmes, font généralement les frais de cette déliquescence des institutions chargées de promouvoir les droits humains²².

Malgré ces problèmes, la dynamique inflationniste qui prévaut dans le champ du droit international des droits de la personne semble loin de se résorber. On parle en effet d'une quatrième génération des droits de la personne, dont le contenu reste toutefois à déterminer. Des réflexions, qui vont dans tous les sens, sont déjà en cours sur cette question. Ainsi, en réaction à la montée des intégrismes, on entend plus que jamais parler de consacrer un « droit à la démocratie » qui, par exemple, légitimerait un État démocratique sérieusement menacé de défendre son caractère démocratique, quitte à devoir limiter temporairement l'exercice de droits de la première génération²³. Plus de dix ans après les événements du 11 septembre 2001, ce type de discours a une prégnance considérable. Les multiples lois adoptées depuis visant à accroître la sécurité des citoyens et à gérer le risque terroriste sans indûment enfreindre les droits des individus – quadrature du cercle? – le montrent à l'envi.

Dans un tout autre ordre d'idées, face à la recrudescence des conflits armés, à la résurgence de la barbarie à l'état pur (par exemple au Rwanda, en ex-Yougoslavie ou dans l'Afghanistan des Talibans), à la dilapidation du patrimoine naturel et culturel de l'humanité et à la pensée à court terme qui semble constamment conditionner l'action des humains, l'UNESCO a proclamé en 1997 une *Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures*²⁴, imposant notamment aux générations

l'égard de sa population palestinienne à l'apartheid sud-africaine ou, pis et encore plus pervers, au régime nazi.

²¹ P. Bruckner, *Le Sanglot de l'Homme blanc*, Éditions du Seuil, 1983.

²² Voir là-dessus les intéressants travaux d'Hilary Charlesworth, notamment « Alienating Oscar? Feminist Analysis of International Law », (1993) 25 *Studies in Transnational Legal Policy* 1; « The Gender of Jus Cogens », (1993) 15 *Hum Rts Q.* 63; « Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations », (2005) 18 *Harv. Hum. Rts J.* 1.

²³ G.H. Fox et G. Nolte, « Intolerant Democracies », (1995) 36 *Harvard International Law Journal* 1.

²⁴ *Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures*, en ligne : http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_PRINTPAGE&URL_SECTION=201.html (dernière consultation : 1^{er} mars 2012).

présentes la responsabilité de préserver la Terre, la vie, l'espèce humaine, son patrimoine commun et la diversité culturelle, ainsi que de maintenir la paix et d'épargner les générations futures des conséquences des guerres passées. Bref, pour l'essentiel, cette déclaration propose une version étendue et futuriste des droits de la troisième génération, tout en s'adressant à leurs débiteurs en les formulant sous la forme de « responsabilités ». Est-il besoin de préciser que la juridicité de telles responsabilités est hautement discutable, d'autant que leurs bénéficiaires éventuels en sont les « générations futures »? Nous sommes ici dans le champ des valeurs, de l'eschatologie, plutôt que dans celui du droit exécutoire, même si valeurs et droits se nourrissent mutuellement. Il ne s'agit certes pas de dire que la consécration de valeurs est inutile ou nuisible, leur affirmation et réaffirmation pouvant même jouer un rôle performatif important qui participe de l'effectivité symbolique d'un système juridique²⁵; il s'agit seulement de mettre en évidence que l'élévation de certaines valeurs au rang de *droits* est susceptible d'avoir des effets pervers sur le *monitoring* de la mise en œuvre d'autres droits, dont l'importance est indubitablement plus grande du point de vue de titulaires actuels qui sont incarnés, plutôt qu'abstraits ou virtuels.

Mais en dépit des critiques que l'on peut formuler à son encontre, il reste que la catégorisation des droits en fonction de leur appartenance à une génération quelconque demeure extrêmement influente. Cette catégorisation renvoie certes au moment historique de leur reconnaissance par la communauté internationale, mais d'autres critères viennent s'ajouter comme facteurs de différenciation.

L'initiateur du concept des « générations », Karel Vasak, les distingue en se fondant sur quatre critères.

Le premier est celui de l'*importance* qui, nous dit-il, « (...) permet de séparer *les droits de l'homme fondamentaux des autres droits de l'homme (...)*²⁶. » Vasak renvoie par là à ce qu'il convient d'appeler le « noyau dur » des droits de la personne, ce qui vise pour l'essentiel les droits et libertés politiques.

Le second critère a trait à la *nature intrinsèque* de ces droits, critère qui recouvre par exemple la distinction entre droits civils et politiques, d'une part, et droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part. Comme le remarque Vasak, la cloison qui sépare ces deux grands types de droits n'est pas étanche, certains droits étant reconnus autant dans les instruments destinés à protéger les droits civils et politiques que dans ceux visant les

²⁵ N. Buclet, *Le territoire entre liberté et durabilité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 128.

²⁶ K. Vasak, « Les différentes catégories des droits de l'homme », dans : A. Lapeyre, F. de Tinguy et K. Vavask (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 297-299.

droits économiques, sociaux et culturels – le droit à l'égalité en offre une illustration assez parlante. Vasak remarque également l'ambiguïté de certaines qualifications. Notant par exemple que le droit économique par excellence, le droit de propriété, ne fait l'objet d'aucune disposition particulière dans le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, il en vient à se demander s'il n'y aurait pas lieu de pousser plus loin la réflexion sur la nature propre des droits « économiques ».

Le troisième critère de distinction entre les diverses générations de droits sert pour sa part à démarquer les droits individuels des droits collectifs à travers une interrogation sur le *sujet* de ces droits. Le défi, au moment d'appliquer ce critère de distinction, est bien sûr d'aller au-delà de l'approche dichotomique si fréquente lorsqu'il s'agit de débattre de la nature individuelle ou collective de tel ou tel droit. En effet, comme le note encore Vasak, « (...) nombre de droits de l'homme n'ont de sens que s'ils sont exercés collectivement, étant tous appelés, en tout état de cause, à s'exercer en collectivité. »²⁷

Enfin, le dernier critère que cet auteur identifie a trait au *caractère positif ou négatif* des droits de la personne. Ce critère recouvre en fait la distinction, elle aussi classique, entre ce qu'est un droit et ce qu'est une liberté, un droit correspondant en quelque sorte à une habilitation positive de faire quelque chose, alors qu'à l'inverse, une liberté suppose d'abord et avant tout la possibilité de faire quelque chose, de poser un geste, sans être entravé. L'on pourrait encore complexifier l'équation en se référant à la distinction proposée par Isaiah Berlin entre libertés négative et positive²⁸.

La reconnaissance de multiples générations de droits ou de responsabilités dont la juridicité et la justiciabilité décroissent au fur et à mesure que l'on s'éloigne d'un « noyau dur » de droits ne manque pas de soulever des questions quant à l'établissement d'une hiérarchie, au moins implicite, entre les droits. Ainsi, affirmer l'existence d'un tel « noyau dur », par opposition à une périphérie ou une écorce plus « molle », comporte une distinction sémantique entre les « droits fondamentaux », qui renvoient aux droits de la personne de première génération, et les « droits de la personne » ou « droits humains » qui englobent toutes les générations. Tous les droits sont-ils égaux, ou certains sont-ils plus égaux que d'autres, pour paraphraser Orwell²⁹? Si l'existence de multiples générations de droits sous-tend une stratification, implique-t-elle inévitablement une hiérarchie?

Une interprétation proposée par Bertrand Faure voudrait que le principe de non-hiérarchisation vise, pour l'essentiel, à « assurer à chacune (des générations de droits ou

²⁷ *Id.*, p. 300.

²⁸ I. Berlin, *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1969, p. 167 et ss.

²⁹ G. Orwell, *La ferme des animaux*, Paris, Champ Libre, 1981.

principes en conflit) le maximum d'exercice compatible avec l'autre. »³⁰ Autrement dit, ce principe imposerait en quelque sorte une « exigence d'optimisation » de chaque type de droit ou de chaque droit, comme le veut la théorie de Robert Alexy³¹. Cette exigence se réaliserait dans le cadre d'un exercice de conciliation ou d'équilibrage des droits où le décideur, saisi du conflit entre eux, ferait essentiellement porter son analyse sur la proportionnalité des restrictions qui leur sont imposées à la lumière des objectifs visés par elles³². Mais même si l'on accepte l'interprétation de Faure, il est difficile de ne pas reconnaître, avec lui, que « (...) « si le résultat d'un travail de conciliation ne peut être donné d'avance, on constate qu'à l'expérience certains droits se trouvent plus sacrifiés que d'autres (droit de propriété), au point qu'on a pu avancer l'idée d'une « hiérarchie matérielle » (...) entre eux. »³³ Cet auteur n'en rechigne pas moins à parler de hiérarchie, idée qui « (...) par ses effets radicaux et systématiques, semble impropre à caractériser la situation juridique évoquée (...). »³⁴

C'est toutefois une chose de dire qu'une qualification est plus ou moins appropriée pour désigner un phénomène, c'en est une autre que de soutenir que ce « quelque-chose-qui-ressemble-à-une-hiérarchie-mais-qui-n'en-est-pas-une » ne saurait exister, et ce, pour des raisons de principe. Voilà pourtant ce que veut la vulgate droits-de-l'homme. Les tenants de cette position l'assoient sur trois principes : le principe d'*indivisibilité et d'interdépendance*, le principe *anti-majoritaire*, et le principe d'*universalité*.

Cette absence de hiérarchie est d'abord justifiée par l'idée que tous les droits de la personne sont aussi importants et nécessaires les uns que les autres à la protection de la dignité humaine, notion qui se trouve au cœur de leur reconnaissance juridique contemporaine³⁵. Ils sont, en quelque sorte, indivisibles parce qu'interdépendants³⁶.

Cette absence de hiérarchie est également justifiée par le principe anti-majoritaire à l'origine de cette reconnaissance juridique. En effet, dans une société démocratique, l'un des objectifs visés par la reconnaissance de garanties fondamentales est de protéger un individu ou un groupe d'individus contre le danger que la majorité démocratique

³⁰ B. Faure, « Hiérarchie des normes », dans D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, p. 478, p. 483.

³¹ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 67.

³² Sur la proportionnalité comme expression ultime de la primauté du droit, voir : D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004.

³³ B. Faure, *loc. cit.*, note 30, p. 483.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ G. Haarscher, *op. cit.*, note 17, p. 11.

³⁶ Sur le bien-fondé, mais aussi sur les limites de l'argument de l'interdépendance et de l'indivisibilité, notamment compte tenu des multiples critères de classement des droits humains, voir : J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory & Practice*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1989, p. 28-45.

puisse exercer un pouvoir, parfois arbitrairement, à l'encontre de leurs droits. Dans cette optique, l'idée même d'une hiérarchisation par le pouvoir législatif des droits pré-politiques des individus paraît illégitime : seul l'individu saurait faire un tel choix, et pour lui-même uniquement plutôt que pour les autres. Dans cette vision empruntant au jusnaturalisme, le paternalisme étatique est donc envisagé avec suspicion.

Enfin, l'universalité des droits est un autre principe invoqué par ceux qui croient qu'un choix sociétal qui hiérarchiserait les droits minerait l'idée même de ces droits. Une société qui établirait une hiérarchie des droits serait vue comme avalisant un glissement vers le particularisme et donc comme rejetant l'idéal d'atteinte de l'universel par la voie d'une raison censée s'ériger en rempart contre les velléités collectivistes de mise en cause des droits détenus par chaque individu et également partagés pas tous³⁷. Vue sous cet angle, l'action de l'État n'est considérée légitime que s'il agit pour protéger de manière efficace les droits. En revanche, elle ne le sera pas si l'État entend les hiérarchiser d'une manière qui prédéterminerait leur application selon les espèces; c'est aux titulaires eux-mêmes de ces droits qu'il appartient de les ordonnancer en fonction de leurs besoins et intérêts.

Cela dit, la meilleure justification philosophique au soutien du principe de non-hiérarchisation des droits, toutes « générations » confondues, se trouve peut-être dans le concept de « capacité » proposé par l'économiste et philosophe Amartya Sen, qui nous convie à nous interroger sur les conditions concrètes dans lesquelles s'exercent les choix de vie des individus, ceux-ci étant envisagés dans une perspective holistique. Il suggère en quelque sorte une « reproblématisation » de la condition humaine qui exigerait l'élargissement des sources auxquelles nous puisons nos informations sur la condition réelle des individus, en lieu et place d'une vision programmatique et normative de cette condition qui serait élaborée en fonction d'une conception abstraite de la justice distributive³⁸. Sen cherche ainsi à provoquer une réflexion sur les modalités de saisie de cette condition avec comme préoccupation centrale le problème de la conversion des biens premiers dans le cours parfois sinueux de la vie quotidienne d'individus théoriquement libres, mais concrètement sujets à de multiples contraintes, à la fois auto-générées et imposées de l'extérieur³⁹. L'épine dorsale de cette théorisation se trouve en fait dans une conception substantielle de la liberté, qui ne fait pas l'impasse sur l'égalité. En cela, Sen rejoint Paul Ricoeur lorsque celui-ci évoque le « sujet capable », cet individu titulaire d'identités individuelles et collectives qui, à travers les multiples contraintes de la vie, est capable de se désigner lui-même comme auteur de sa vie et de se montrer digne « du respect moral et de la reconnaissance (...) comme sujet

³⁷ G. Haarscher, *op. cit.*, note 17, p. 20-21.

³⁸ A. Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 2009, p. 231-235.

³⁹ *Id.*, p. 66.

de droit. »⁴⁰ Dans l'abstrait, donc, le principe de non-hiérarchisation des droits demeure défendable.

En revanche, la possibilité formellement reconnue de dérogation aux droits ouvre tout de même la porte à leur application non seulement contextualisée mais également asymétrique, parfois susceptible de déboucher sur une forme de hiérarchisation. Ainsi, l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* permet-il, à certaines conditions et de façon exceptionnelle, des dérogations licites au regard d'un nombre limité de droits. Encore là, le spectre d'une hiérarchie se pointe à l'horizon : les droits se trouvant dans le « noyau dur », principalement les droits de première génération, ne sauraient faire l'objet de restrictions alors que d'autres droits pourraient plus aisément en faire l'objet. La justification théorique de cette distinction est directement reliée aux principes fondateurs des droits humains : les droits de première génération imposent des interdictions à l'État (surtout à ses branches exécutive et législative, puisque l'on se fie à un pouvoir judiciaire indépendant pour veiller à la non-intervention de l'État) pour protéger la sphère individuelle alors que les droits de deuxième génération supposent un État interventionniste. Dès lors, le déploiement des droits de deuxième génération par l'État doit être circonscrit par le respect des droits de première génération, cela s'appliquant *a fortiori* aux droits appartenant aux générations subséquentes. On constate toutefois que ces discussions sur la possibilité d'une hiérarchie ont plus trait aux contradictions théoriques entre *générations de droits* qu'à l'existence d'une hiérarchie visant à prédéterminer l'issue des conflits entre *droits fondamentaux*. Reste que de tels conflits surgissent de manière récurrente. Pourtant, l'on continue de les représenter comme si l'on pouvait toujours les résoudre en évitant de hiérarchiser les droits; le patient mais fructueux équilibrage de ces derniers ferait foi de tout, semble-t-il⁴¹.

Occultant les nombreuses contradictions internes du droit international des droits de la personne, le mantra de la non-hiérarchisation de ceux-ci continue de régner en maître dans le discours officiel. À preuve, la très lénifiante *Déclaration de Vienne* adoptée par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993, qui le réitère à son article 5⁴². Il n'en demeure pas moins que malgré une rhétorique institutionnelle continuant d'insister sur l'importance égale des droits humains – et une doctrine qui tend plutôt à parler de l'importance égale des seuls droits fondamentaux –, le maintien de cette égalité de principe soulève des difficultés pratiques considérables, lesquelles

⁴⁰ P. Ricoeur, *Le Juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 20.

⁴¹ Voir : D. Grimm, « Conflicts Between General Laws and Religious Norms », (2009) 30 *Cardozo L.R.* 2369, p. 2382.

⁴² *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Doc. Off. AG NU, 48^e session, Doc NU A/CONF.157 (1993) 23, en ligne : [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23.fr](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23.fr) (dernier accès : 20 février 2012).

favorisent à leur tour ce qui ressemble fort à une course à l'inclusion des droits dans le « noyau dur » de ceux-ci pour pouvoir profiter de l'effet de hiérarchie, fût-il implicite.

2. Les justifications en droit canadien

C'est dans l'arrêt *Dagenais* qu'est exposée la position de principe du droit constitutionnel canadien à l'égard de la non-hiérarchisation des droits fondamentaux. Cette espèce mettait en scène un conflit entre la liberté d'expression et d'information, d'une part, et le droit à un procès juste et équitable, d'autre part.

Cet arrêt énonce d'abord qu'« [i]l faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits »⁴³. La Cour rejette donc le « modèle du conflit des droits » en se fondant sur l'article premier de la Charte canadienne : « [Le modèle du conflit] convient mieux à la jurisprudence américaine qu'à la jurisprudence canadienne puisqu'il n'y a dans la Constitution américaine aucun équivalent de l'article premier de notre *Charte*, qui, (...), constitue également une des sources des principes fondamentaux qui sous-tendent l'évolution de la common law au Canada ».⁴⁴ Ce faisant, la Cour adopte une vision où les droits se supportent l'un l'autre plutôt que d'être systématiquement considérés comme antinomiques : « Il est faux de dire que la liberté d'expression et le droit de l'accusé à un procès équitable sont toujours opposés. Il arrive parfois que la publicité serve d'importants droits dans le contexte d'un procès équitable ».⁴⁵ Pour la cour, l'intérêt de développer une approche différente du modèle du conflit est de favoriser une analyse plus complète des enjeux complexes en présence : « l'analyse des ordonnances de non-publication devrait être beaucoup plus fertile que ne le suppose le modèle du conflit. Plutôt que de se borner à mettre l'accent sur le fait que ces ordonnances restreignent toujours la liberté d'expression et visent en général à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, on devrait reconnaître que rendre une ordonnance de non-publication peut [soulever plusieurs autres enjeux] »⁴⁶.

Depuis l'arrêt *Dagenais*, le principe de non-hiérarchisation des droits est devenu un article de foi du droit constitutionnel canadien. Dans le contexte de la mise en œuvre de

⁴³ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, par. 72.

⁴⁴ *Id.*, par. 81.

⁴⁵ *Id.*, par. 82.

⁴⁶ *Id.*, par. 83.

la Charte québécoise, le Tribunal des droits de la personne, sous la plume de la juge Michèle Rivet, l'exprimait ainsi :

(...), il est erroné de concevoir la Charte comme un instrument qui aurait créé une hiérarchie entre les droits. Rappelons à cet effet le quatrième considérant du Préambule : « Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général ». Le Tribunal doit plutôt chercher à atteindre un équilibre entre des droits qui coexistent.⁴⁷

Au-delà de la déclaration de principe que l'on trouve dans *Dagenais* et qui a été constamment reprise depuis, l'adoption par la Cour suprême d'une méthode d'analyse conceptuelle a fortement contribué à cristalliser la place qu'occupe l'idée de non-hiérarchisation des droits au Canada. La Cour affirme ainsi dans l'arrêt *Mills* de 1999 que « les droits garantis par la Charte doivent être examinés selon une méthode contextuelle afin de résoudre les conflits qui existent entre eux. »⁴⁸ L'existence de conflits entre les droits est donc reconnue, mais la méthode retenue pour le règlement de ces conflits est la conciliation plutôt que la hiérarchisation, conciliation qui est généralement réalisée sous l'empire de l'article premier de la Charte canadienne, tel qu'interprété dans l'arrêt *Oakes*⁴⁹.

Voyons une illustration de la mise en œuvre de cette méthode contextuelle, tirée de l'opinion de la juge Bertha Wilson dans l'affaire *Edmonton Journal*⁵⁰, où était contestée au nom de la liberté d'expression et des droits à l'égalité une disposition législative qui interdisait la publication de plusieurs types de renseignements dans le cadre de procédures matrimoniales.

Souscrivant au dispositif proposé par le juge Cory dans une opinion appuyée par les juges Dickson et Lamer, la juge Wilson s'écarte en revanche de l'opinion de ses collègues quant à la méthode à suivre pour régler le conflit de droits en l'espèce. Elle soutient en effet que l'opinion du juge Cory oppose de manière trop abstraite la liberté d'expression envisagée génériquement comme essentielle dans une société démocratique, d'une part, et les droits à un procès équitable et à la protection de la vie privée, d'autre part, faisant en sorte que la première se trouve presque inévitablement favorisée. Restreignant les termes de l'équation, la juge Wilson présente pour sa part le

⁴⁷ *C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, T.D.P.Q. Gaspé, 1995 CanLII 2814 (QC T.D.P.), p. 21.

⁴⁸ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 688, par. 21. Pour une vive critique de l'artificialité de la prise de position de la Cour suprême en faveur du principe de non-hiérarchisation des droits et de l'incohérence de sa mise en application dans *Mills*, voir : J. Cameron, « Dialogue and Hierarchy in *Charter* Interpretation : A Comment on *R. v. Mills* », (2000) 38 1051.

⁴⁹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁵⁰ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

conflit en cause comme mettant en opposition le droit du public à la publicité du processus judiciaire, d'une part, et le droit à la vie privée dans un contexte de litige matrimonial, d'autre part. Elle affirme ceci :

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 premier.

J'estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents. Par exemple, la sécurité de la personne peut signifier une chose lorsqu'elle porte sur la question de la surpopulation dans les prisons et une autre, très différente, lorsqu'elle porte sur la question des fumées nocives des usines. Il semble tout à fait probable que la valeur à y attacher dans différents contextes aux fins de la recherche d'un équilibre en vertu de l'article premier soit également différente. C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte.⁵¹

Cette méthode contextuelle permet de mieux prendre en compte les valeurs et intérêts en conflit dans chaque espèce à travers une saisie plus aiguë des faits, en plus de reconnaître le caractère situé de l'interprétation constitutionnelle, autant sur le plan historique que sociologique. Enfin, et cela est d'une importance cruciale, l'analyse contextuelle suppose qu'une liberté ou un droit protégés par la Charte peuvent avoir une valeur et une portée plus ou moins grandes selon le contexte.

Toutes ces caractéristiques de l'approche contextuelle font qu'elle est considérée comme la meilleure voie pour assurer qu'il n'y ait pas, par le truchement de la jurisprudence, une hiérarchisation des droits fondamentaux dans les cas de conflits. Selon cette méthode, on ne saurait imaginer une hiérarchie inflexible qui serait établie pour toujours. De sorte qu'un droit jugé supérieur à un autre dans une espèce ne l'est que pour ce cas d'espèce. Nous verrons dans la partie suivante que cette méthode renvoie, sous l'angle de la typologie des normes, à la qualification comme *principes* de la plupart des droits fondamentaux. En ce sens, l'affirmation selon laquelle il ne saurait y

⁵¹ *Id.*, p. 1355-1356.

avoir de hiérarchie entre les droits est logiquement évidente. Du point de vue des politiques judiciaires, elle est en outre parfaitement justifiée étant donné que le discours des tribunaux n'est pas que normatif au sens étroit du terme : il peut aussi être porteur d'aspirations relevant d'une éthique de la vertu. Or, l'arsenal discursif d'une telle éthique peut légitimement s'appuyer sur des considérations idéalistes, avec les représentations idéalisées susceptibles d'en découler. Du reste, comme on a pu le souligner, « [l]e fait de souhaiter l'adoption de certaines valeurs et de l'affirmer a aussi un rôle performatif non négligeable. »⁵²

Cela étant, il demeure loisible de se demander non seulement si ce refus de hiérarchiser les droits fait l'objet d'une application constante et véritablement réflexive, mais surtout si la *croissance* en son influence ne devrait pas être quelque peu relativisée, notamment chez les juristes qui n'exercent pas de fonctions judiciaires. Ceux-ci, nous semble-t-il, devraient éviter de recourir aux mantras et aux talismans, si confortables soient-ils, surtout lorsque la matérialité de l'objet de leur croyance est pour le moins discutable.

3. Hiérarchisation et typologie des normes

Nous venons de voir que le droit positif offre plusieurs justifications au soutien du principe de la non-hiérarchisation des droits.

Dans le discours internationaliste classique, les principes d'interdépendance, anti-majoritaire et d'universalité jouent sans conteste les rôles les plus importants. Nous avons pour notre part évoqué le concept de « capacité », proposé par Amartya Sen, en raison de son aptitude à fédérer les différentes dimensions de la vie humaine qui préoccupent, à un titre ou à un autre, les diverses générations de droits humains. Le droit constitutionnel canadien propose quant à lui une explication plus pragmatique de ce principe de non-hiérarchisation, qui tient pour l'essentiel à la présence de l'article 1 de la Charte canadienne et à l'adoption, sous son empire, d'une méthode contextuelle favorisant la conciliation plutôt que la hiérarchisation des droits.

Il est pourtant difficile de ne pas constater la présence de ce qui ressemble fort à des dissonances cognitives lorsque l'on compare le discours officiel, tant en droit international qu'en droit interne, et la pratique, du moins dans certains champs, ce qui laisse croire à l'existence de hiérarchies informelles, possiblement passagères mais, surtout, non entièrement assumées. Ces dissonances s'expliquent par le fait que l'affirmation du principe de non-hiérarchisation des droits et le constat que des hiérarchies se constituent malgré tout se font en quelque sorte à partir d'échelles de contexte entièrement différentes. D'un côté, la nature même des normes garantissant

⁵² N. Buclet, *op. cit.*, note 25, p. 128.

des droits fondamentaux rend difficile l'établissement d'une hiérarchie formelle. De l'autre, cette même nature n'empêche pas la création de hiérarchies *de facto* ou matérielles.

Éclaircissons tout de suite cette distinction entre hiérarchies formelles et matérielles, termes que nous avons jusqu'ici évoqués sans pour autant les définir et que l'on retrouve assez fréquemment dans la littérature récente⁵³. Les hiérarchies formelles renvoient pour l'essentiel à celles qui sont consacrées dans des normes juridiques explicites et qui visent à prédéterminer le plus possible le jugement éventuel du décideur chargé de leur donner une signification. L'on peut cependant imaginer deux possibilités distinctes les concernant, l'une où la prédétermination est difficilement contestable, l'autre où elle l'est un peu plus et où la distinction entre hiérarchie formelle et matérielle commence à s'estomper.

Dans le premier cas, on peut penser à un texte qui poserait qu'en cas de conflit, un droit l'emporte sur d'autres. D'une certaine façon, l'article 28 de la Charte canadienne pourrait offrir l'illustration imparfaite d'une hiérarchie lorsqu'il établit que, « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes. » En revanche, la carrière jurisprudentielle somme toute assez modeste de ce principe d'interprétation, même si l'on peut y lire l'embryon d'une hiérarchie formelle, incite à la prudence s'agissant de tirer des conclusions relatives à l'effectivité de telles hiérarchies. Nous reviendrons plus loin sur cette question.

Le deuxième cas de figure est plus complexe. Il a trait à ce que l'on pourrait appeler des hiérarchies (ou priorités) lexicales, reprenant ici une expression employée par John Rawls dans sa *Theory of Justice*⁵⁴ pour désigner un principe qui doit être respecté avant tout autre du fait de sa position première dans une liste de principes. L'illustration classique d'une telle priorité lexicale se trouve dans le premier amendement de la Constitution américaine, qui protège les libertés d'expression et de religion. L'on a ainsi pu en dire que sa « pôle-position » dans la liste des droits protégés par le *Bill of Rights* reflétait un choix conscient des rédacteurs de cet instrument, dont il faudrait déduire une priorité hiérarchique⁵⁵. Mais bien qu'on la présente souvent comme évidente ou

⁵³ Voir notamment B. Faure, *loc. cit.*, note 30; V. Saint-James, « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », dans : J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials et F. Sudre (dir.), « Dictionnaire des droits de l'homme », Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 477, et, au Québec, L.-P. Lampron et E. Brouillet, « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile », (2011) 41 *R.G.D.* 93.

⁵⁴ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 42-43.

⁵⁵ E. Cahn, « The Firstness of the First Amendment », (1956) 65 *Yale L.J.* 864.

claire, cette conséquence normative ne va pourtant pas de soi; elle requiert au contraire une médiation interprétative quelconque, doctrinale ou jurisprudentielle. Pour le dire autrement, la priorité lexicale du premier amendement peut difficilement être tenue pour « donnée »; elle se donne plutôt à voir comme une occasion à saisir pour l'interprète qui *souhaite* en faire le fondement d'une hiérarchie par le truchement d'un processus de *valorisation*. Cela nous rappelle, d'une part, qu'affirmer qu'un texte est « clair » demeure un argument d'autorité⁵⁶ et, d'autre part, que peut-être hormis les (rares) cas où le constituant prédétermine à peu près parfaitement le sens à donner à une norme qu'il souhaite hiérarchiquement supérieure à d'autres, c'est le contexte politico-juridique dans lequel évolue l'interprète qui va influencer sur l'attribution d'une priorité hiérarchique... dont on dira alors qu'elle aura été voulue par le constituant⁵⁷. Somme toute, on se rapproche ici dangereusement de la création de hiérarchies dites « matérielles ».

Ces hiérarchies « matérielles » désignent quant à elles des priorisations effectuées non pas en se fondant sur un texte explicite, mais plutôt en fonction de la « valeur » qui est attribuée à un droit en société⁵⁸. Comme le résumant les professeurs Lampron et Brouillet dans un excellent texte récent, « alors que l'établissement d'une *hiérarchie formelle* relève généralement de l'action des législateurs et/ou constituants nationaux, l'établissement d'une *hiérarchie matérielle* relève plutôt du droit prétorien. »⁵⁹ Se penchant sur la méthodologie permettant d'identifier des hiérarchies matérielles, ils soutiennent fort justement qu'il s'agit d'abord d'évaluer qualitativement « la portée conférée aux dispositions protégeant un *objet de protection* donné » pour ensuite la comparer à celle conférée à des dispositions visant d'autres objets de protection⁶⁰. Nous n'élaborerons pas plus avant sur ces questions de méthodologie et renvoyons nos lecteurs au texte des professeurs Lampron et Brouillet pour en savoir plus sur celles-ci.

Fait à noter, des hiérarchies matérielles peuvent aussi être créées à l'intérieur d'un même droit. L'exemple de la liberté d'expression protégée par le premier amendement du *Bill of Rights* s'impose encore, puisque l'expression politique y profite d'un statut privilégié

⁵⁶ M. van de Kerchove, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité? », dans : G. Haarsher et L. Ingber (dir.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Éditions Némésis, Bruxelles, 1988, p. 291.

⁵⁷ C'est précisément ce qui est arrivé aux États-Unis avec le premier amendement, notamment en ce qui a trait à la liberté d'expression. Voir là-dessus : J.-F. Gaudreault-DesBiens, *loc. cit.*, note 5.

⁵⁸ V. Saint-James, *loc. cit.*, note 53, p. 478.

⁵⁹ L.-P. Lampron et E. Brouillet, *loc. cit.*, note 53, 104, n^o. 14. [Les italiques sont dans le texte].

⁶⁰ *Id.*, 106, no. 17.

par rapport à d'autres types d'expression⁶¹, justifiant même les interprétations les plus radicales⁶².

Ces questions précisées, revenons à l'argument voulant que la nature des normes garantissant des droits fondamentaux rende difficile l'établissement d'une hiérarchie formelle. De fait, du point de vue de la typologie des normes, les droits fondamentaux se qualifient surtout comme *principes*.

Sur le plan substantiel, un principe, nous dit Ronald Dworkin, est « a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality (...). »⁶³ Le principe se nourrissant de la culture de la société qu'il contribue à régir, il exerce une fonction médiatrice, agissant comme « an intermediate link between formally valid legal rules and non-formal background reasons of law, conveying arguments from the realm of social expediency and social justice or fairness into the formal edifice of law, and vice versa. »⁶⁴

Sur le plan formel, les principes se distinguent des règles, cette observation étant très importante s'agissant d'anticiper les effets d'une hiérarchie qui serait formellement établie entre les droits. Dworkin rappelle à cet égard que le processus d'individuation des principes empêche le recours à une logique binaire du tout ou rien, qui caractérise la réflexion s'articulant autour des règles⁶⁵. Si l'on examine la question sous l'angle des relations d'imputation susceptibles d'être établies « between a set of facts and legal consequences by the norm-creating act of the legislator or of a court of justice », cela signifie que la mise en oeuvre des principes est caractérisée par une relation faible d'imputation, alors que celle des règles est plutôt forte⁶⁶. De fait, un principe ne dicte jamais d'une manière prédéterminée comment il sera individué, s'opposant ainsi aux règles dont la mise en oeuvre se fait selon une logique binaire légal-illégal ou valide-invalidé. L'individuation du principe tendra au contraire à privilégier des logiques plus floues – raisonnable/déraisonnable, compatible/incompatible, etc., – dont l'opérationnalisation exige de mesurer le poids relatif des valeurs ou droits en cause à la lumière du contexte

⁶¹ Voir généralement : J.-F. Gaudreault-DesBiens, *loc. cit.*, note 5.

⁶² Voir par exemple le très important arrêt *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. ___; 130 S. Ct. 876 (2010), qui déclare inconstitutionnelles des dispositions législatives imposant des contraintes à l'expression politique des corporations qui avaient été adoptées dans l'optique d'éviter qu'en raison des fonds considérables dont ces dernières disposent, la voix des citoyens individuels ne soit en quelque sorte « noyée ».

⁶³ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (London: Duckworth, 1977), p. 22.

⁶⁴ R. Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 54.

⁶⁵ R. Dworkin, *op. cit.*, note 63, p. 41.

⁶⁶ R. Siltala, *op. cit.*, note 64, p. 42.

factuel dans le cadre duquel on les invoque. Le concept de principe est en ce sens consubstantiel à la notion de « poids »⁶⁷, de sorte qu'un principe *X* peut avoir plus de poids que le principe *Y* dans un contexte donné, mais que l'inverse pourrait être vrai dans un autre contexte. Cette notion de poids est en tout cas ce qui distingue le mieux les principes des règles⁶⁸, plus encore que le degré de spécificité normative des uns et des autres⁶⁹. Le lien des principes avec la notion de proportionnalité, si importante dans le contentieux contemporain des droits fondamentaux, ressort ici clairement. Les principes imposent en fait une obligation de prendre les moyens d'agir en conformité avec les objectifs qu'ils consacrent, ce qui sous-tend l'obligation d'agir de manière proportionnée au moment de moduler leur application dans telle ou telle situation. Dans cette optique, ils agissent, nous l'avons déjà souligné, comme préceptes d'optimisation⁷⁰. Tout cela révèle la parenté, déjà évoquée, entre le raisonnement à partir des principes et la méthode contextuelle adoptée par la Cour suprême du Canada.

En fait, la valeur d'un principe sur le plan opérationnel et son utilité tout court sont fonction de son indétermination relative sur le plan sémantique et de sa vaste portée⁷¹. Toute application d'un principe qui tendrait à le traiter comme une règle serait donc suspecte puisque celui-ci perdrait en cours de route son identité normative propre et, par voie de conséquence, sa flexibilité herméneutique.

Cela dit, le fait que les principes soient pour la plupart considérablement indéterminés sur le plan sémantique et qu'ils ne dictent aucun résultat absolument évident hors des contextes dans lesquels ils sont mis en œuvre nous incite à faire deux observations.

Première observation : il est vain de penser que l'enchâssement constitutionnel ou quasi constitutionnel de la primauté d'un principe *X* ou *Y* mènera toujours aux résultats que l'on souhaite obtenir, à moins de préciser le sens du principe d'une manière telle qu'il risquera de se muer en règle ou en série de règles. En guise d'exemple, pensons à l'idée,

⁶⁷ G.P. Fletcher, « Two Modes of Legal Thought », (1981) 90 *Yale L.J.* 970, 978; I. Pariente-Butterlin, « Principes et politiques chez Dworkin », dans : S. Wesche et V. Zanetti (dir.), *Dworkin. Un débat*, Bruxelles, Mentis, 1999, p. 319, p. 327.

⁶⁸ Joseph Raz a argué que les règles pouvaient aussi avoir un poids et être mises en équilibre avec des principes. Vus sous cet angle, les principes ne se distingueraient des règles qu'en fonction de leur niveau de généralité. Voir : J. Raz, « Legal Principles and the Limits of Law », (1972) 81 *Yale L.J.* 823. Cette observation n'est pas fautive. De même, les principes sont plus ou moins généraux et, dans le cas de certains d'entre eux, ils peuvent se rapprocher des règles. Mais le fait qu'il existe des cas-limites, voire exceptionnels, ne mine pas nécessairement la validité théorique de la distinction entre règles et principes, pas plus qu'il n'en réduit la valeur heuristique.

⁶⁹ G.P. Fletcher, *loc. cit.*, note 67, p. 978.

⁷⁰ Voir : R. Alexy, *op. cit.*, note 31.

⁷¹ I. Pariente-Butterlin, *op. cit.*, note 67, p. 326.

parfois évoquée, de l'enchâssement en droit québécois d'un principe général de « laïcité » qui se verrait conférer une valeur quasi constitutionnelle et qui, du point de vue du législateur, chercherait à affirmer explicitement la séparation de la religion et de l'État. On peut faire l'hypothèse que saisi par les tribunaux, pareil principe serait vraisemblablement conceptualisé à la lumière de la tradition constitutionnelle anglaise et canadienne, de sorte qu'il risquerait de faire l'objet d'une interprétation atténuée qui le transformerait en un équivalent fonctionnel du « secularism » auquel la Cour suprême se réfère parfois⁷², lequel consacre une forme de neutralité bienveillante de l'État envers les religions. Autrement dit, beaucoup de celles et ceux qui espéreraient que l'on donne à un principe québécois de laïcité un contenu normatif « fort », apparenté à celui qui lui est conféré en France ou en Turquie, risqueraient d'être déçus.

Même si la mise en œuvre législative, réglementaire et jurisprudentielle du principe de laïcité dans ces États est considérablement plus complexe que l'image souvent caricaturale et simpliste qui est colportée à l'extérieur, y compris au Québec⁷³, l'on peut en effet se demander si l'intégration législative d'un tel contenu serait compatible avec le cadre constitutionnel canadien en vigueur en matière de liberté de religion et d'égalité religieuse. Tout est évidemment fonction de la nature et de la portée des normes particulières envisagées, mais cette question demeure d'autant plus pertinente que même si, comme nous le verrons plus loin, la Cour suprême semble depuis quelques arrêts se montrer plus réceptive aux justifications étatiques invoquées au soutien de restrictions à la liberté de religion, elle ne donne encore aucun signe – positif ou négatif – de vouloir reconnaître une « marge provinciale d'appréciation » qui permettrait de prendre spécifiquement en compte le parcours socioreligieux distinct de la société québécoise⁷⁴.

Évidemment, le recours à la clause dérogatoire de la Charte canadienne permettrait de protéger une loi consacrant une conception forte de la laïcité, mais il est possible, voire probable, que les politiciens estimerait trop grand le risque politique lié à ce recours. Indépendamment de ce nous puissions penser de l'usage de la clause dérogatoire aux fins précises évoquées, cette crainte aux effets inhibiteurs est regrettable. Nous estimons en effet qu'il peut être parfaitement légitime de recourir à la clause dérogatoire

⁷² Voir par exemple *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710.

⁷³ Pour avoir une idée de cette complexité, on consultera avec profit les ouvrages suivants, pour ne nommer que ceux-là : pour la France, C. Durand-Prinborgne, *La laïcité*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2004; pour la Turquie, E. Özdaga, *The Veiling Issue, Official Secularism and Popular Islam in Modern Turkey*, Richmond, R.-U. Curzon Press, 1998.

⁷⁴ Nous explorons plus avant cette hypothèse dans : J.-F. Gaudreault-DesBiens, « Religious Identities: Testing the Underlying Preconceptions of Canadian Federalism? », dans : G. Appleby, N. Aroney et T. John (dir.), *The Future of Australian Federalism. Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2012, p. 228, 238-247.

si le processus politique menant à cette décision a permis l'expression de voix multiples et discordantes, et si la décision prise ultimement peut raisonnablement se défendre à la lumière de principes intelligibles d'un point de vue libéral. Contrairement à ce que veut la doxa ambiante, nous sommes d'avis qu'une assemblée législative puisse être parfaitement justifiée de promouvoir une interprétation d'un droit ou d'une liberté qui est différente de celle retenue par un tribunal, fût-il la Cour suprême. Le cas échéant, elle fait bien plus qu'affirmer autoritairement sa souveraineté, elle agit comme constituant permanent dans le cadre d'un « dialogue » avec le pouvoir judiciaire⁷⁵, cela dit en tenant des nombreuses limites de la métaphore du dialogue⁷⁶. Bref, les tribunaux n'ont pas à se voir reconnaître un quelconque monopole sur l'interprétation constitutionnelle : les citoyens dans leur quotidien, les mouvements associatifs, mais aussi, inévitablement, les assemblées législatives, ont tous un mot à dire à cet égard, à condition toutefois que les interprétations qu'ils proposent manifestent une certaine réflexivité et cherchent à avoir une portée intersubjective minimale⁷⁷. De sorte que les motifs qui pousseraient une assemblée législative à recourir à la clause dérogatoire devraient traduire autre chose qu'une creuse érucation identitaire. Par exemple, et quoiqu'elle repose sur des fondements juridiques bien différents, la résolution – étonnamment unanime dans une société qui se veut pluraliste sur le plan idéologique – prise par l'Assemblée nationale du Québec de conserver le crucifix dans son salon bleu, en réaction à une recommandation du rapport Bouchard-Taylor déposé peu avant qui suggérerait son déplacement hors de cette enceinte, se qualifierait aisément selon nous d'érucation identitaire.

Deuxième observation : l'indétermination sémantique des principes que consacrent la plupart des droits fondamentaux a aussi une dimension interne, en ce que la signification du principe peut en elle-même être controversée.

L'exemple le plus frappant se trouve peut-être dans le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes, que le législateur québécois a récemment, et bien timidement, réitéré dans le nouvel article 50.1 de la Charte québécoise⁷⁸. S'il est possible que dans

⁷⁵ Voilà à peu près la thèse que développait L. Weinrib, « Learning to Live With the Override », (1990) 35 *McGill L.J.* 541.

⁷⁶ Voir : J. Leclair, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », (2003) *R. du B. numéro spécial en marge du vingtième anniversaire de l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés* 377.

⁷⁷ Sur ce plan, nous souscrivons pour l'essentiel à la thèse soutenue par Mark Tushnet dans son ouvrage *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 2000.

⁷⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra*, note 16, art. 50.1 : « Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes. » On observera que cette formulation ne laisse même pas transparaître l'embryon d'une hiérarchisation, contrairement à l'article 28 de la Charte canadienne.

des cas extrêmes, une quelconque primauté accordée à ce principe par rapport à d'autres permette de résoudre des dilemmes normatifs, il est également envisageable que, dans bien des cas, des conceptions opposées des conséquences normatives découlant de sa consécration soient tirées par les uns ou par les autres, laissant dans le flou les juges ultimement chargés d'attribuer un sens au texte le consacrant. Imaginons une loi qui chercherait à restreindre le port des signes religieux ostentatoires. Pensons à ceux qui soutiennent que le voile islamique constitue une pratique foncièrement inégalitaire, affirmant ainsi le caractère factice et artificiel de l'autonomie qu'allèguent exercer celles qui décident de le porter. N'oublions toutefois pas ces dernières qui, précisément, revendiquent leur égale liberté, en tant que femmes et croyantes, de le porter et qui récusent l'argument de fausse conscience qu'on leur impute. Ce qui est frappant ici, c'est que chacune de ces visions pourrait raisonnablement se réclamer du droit à l'égalité des femmes de prendre des décisions par elles-mêmes concernant leurs choix personnels, tout en menant à des conclusions diamétralement opposées⁷⁹. À défaut d'une prédétermination textuelle plus marquée de la signification du principe de l'égalité homme-femme, l'on voit mal comment un juge pourrait donner plus de poids à la conception qu'en ont des Québécoises laïques qu'à celle émanant de Québécoises croyantes, sinon en se référant à un parcours historico-juridique canadien-français justifiant un rapport négatif à la religion et auquel l'on conférerait une valeur normative supérieure aux droits individuels consacrés dans le droit positif. Politiquement, l'argument pourrait sans doute être invoqué, mais, juridiquement, il ne saurait fournir des raisons fortes et devrait en toute hypothèse être considérablement étoffé.

Il faut se méfier des évidences lorsqu'il s'agit de tirer de tel ou tel principe une conclusion normative particulière. Par exemple, s'agissant du principe de l'égalité entre hommes et femmes, l'on a pu soutenir qu'il justifierait des restrictions au port du voile islamique sous prétexte que la signification de ce voile est en quelque sorte ontologiquement liée à « l'infériorisation de la femme », peu importe que celle qui le porte le fasse librement ou non⁸⁰. Que l'on puisse défendre des restrictions en ce sens ne fait selon nous aucun doute; tout est fonction de leur nature, de leur portée et du contexte dans lesquelles elles sont censées s'appliquer. Un débat sérieux peut donc avoir lieu à ce propos. En outre, il est parfaitement loisible de penser que la plupart des religions sont intrinsèquement inégalitaires, principalement au détriment des femmes, et de voir dans le port de certains signes religieux la trace d'une oppression patriarcale. En

⁷⁹ Sur cette propriété particulière du droit à l'égalité, voir : M. Gold, « Moral and Political Theories in Equality Rights Adjudication », dans : J. Weiler et R. Elliot (dir.), *Litigating the Values of a Nation : The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, p. 85, 88-89.

⁸⁰ Conseil du statut de la femme, *Affirmer la laïcité, un pas de plus vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, Québec, 2011, p. 101.

revanche, l'on voit mal ce qui autorise à faire d'une conviction personnelle – d'une *croissance* en quelque sorte – une évidence quasi factuelle, de cristalliser ensuite le sens du principe d'égalité homme-femme en fonction de cette conviction et, enfin, d'inférer que de la consécration textuelle de ce principe, ainsi compris, découle inéluctablement une seule conséquence normative possible s'agissant de résoudre les conflits qui l'opposent à un autre principe, en l'occurrence la liberté de religion.

Comme le disait Bourdieu, « [l]e monde social se donne sur le mode de la doxa, cette sorte de croyance qui ne se perçoit pas comme croyance. »⁸¹ La texture ouverte des principes fait en sorte que lorsqu'il s'agit de leur attribuer un sens, un décentrage minimal par rapport à soi et à ses convictions est nécessaire pour s'ouvrir à des rationalités alternatives porteuses de significations également alternatives. Et si, après avoir fait cet effort, nous restons sur nos positions, cela ne fait pas du résultat du processus une « évidence » ou un « fait ». Il s'agit, tout simplement, d'une décision normative par laquelle on privilégie ou *impose*, si l'on est législateur ou juge, une interprétation. Bref, il s'agit d'un acte de pouvoir qui ne saurait être mieux illustré que par cette conversation entre Alice et Humpty Dumpty :

- Quand j'emploie un mot, dit Humpty Dumpty avec un certain mépris, il signifie ce que je veux qu'il signifie, ni plus ni moins.
- La question est de savoir, dit Alice, si vous pouvez faire que les mêmes mots signifient tant de choses différentes.
- La question est de savoir, dit Humpty Dumpty, qui est le maître – c'est tout.⁸²

Immanent, le pouvoir n'est pas intrinsèquement mauvais. Il est constitutif du politique et le droit lui donne une forme en contraignant son exercice. Toutefois, l'exercice du pouvoir dans les processus d'identification et de naturalisation des hiérarchies exige une réflexivité de tous les instants devant faire obstacle aux croyances et aux évidences trop confortables. Mais, toujours, le pouvoir est présent lorsqu'il est question de hiérarchies.

Les deux observations qui précèdent aiguillent la réflexion vers des considérations liées à la nature des stratégies normatives les plus aptes à mettre en place des hiérarchies formelles entre droits fondamentaux, si bien sûr tel est l'objectif poursuivi.

Tenons ici pour acquis qu'il paraît quelque peu naïf de penser être en mesure de créer une hiérarchie formelle immuable des droits fondamentaux en recourant à des principes qui en sont vraiment, c'est-à-dire qui présentent les caractéristiques évoquées précédemment. Répétons-le, nous ne disons pas ici que la consécration de tels principes est inutile. Au contraire, une fois affirmés comme normes juridiques prépondérantes,

⁸¹ P. Bourdieu, *Sur l'État. Cours au Collège de France, 1989-1992*, Paris, Seuil, 2012, p. 292.

⁸² L. Carroll, *Alice au pays des merveilles*, Paris, Gründ, 2002, p. 311-312.

ces principes, si généraux soient-ils, *doivent* être pris en considération par les juges lorsqu'ils sont pertinents au règlement d'un dossier soulevant un conflit de droits. Peut-être ne seraient-ils tout simplement pas pris en compte en l'absence d'une telle affirmation explicite. Et c'est sans compter leur effectivité symbolique et le message qu'ils envoient en tant qu'outils d'affirmation de valeurs sociétales jugées fondatrices. Cela dit, c'est faire fausse route que de se fier à eux en croyant que leur consécration pourrait prédéterminer les choix judiciaires et rendre ceux-ci parfaitement prévisibles. En raison de la nature même des principes, l'idée d'une hiérarchie formelle immuable entre droits humains est donc clairement intenable et l'affirmation apodictique qu'il ne peut y avoir de telle hiérarchie entre eux est donc exacte.

En fait, si l'on veut vraiment que le droit aide à « produire » des *habitus* où certains droits prévaudront dans la plupart des cas sur d'autres, il convient selon nous de procéder par l'édition de cadres législatifs ou réglementaires plus précis, et surtout adaptés aux divers contextes dans lesquels les droits sont susceptibles d'entrer en collision. Ainsi, les conflits entre droits religieux et autres droits ne se posent pas exactement de la même façon et ne soulèvent pas nécessairement les mêmes enjeux selon que l'on évolue dans le secteur de la santé ou dans celui de l'éducation. Et dans ce dernier cas, la manière dont ces conflits se donnent à voir et les variables contextuelles qui permettent de les régler peuvent être différentes selon que l'on se trouve à l'école primaire ou secondaire plutôt qu'à l'université. C'est dans cette optique que des cadres législatifs ou réglementaires précis et adaptés peuvent s'avérer fort utiles afin d'outiller les décideurs qui, sur le terrain, ont quotidiennement à faire face à des conflits de droit. Aussi estimons-nous erronées les positions politiques qui, invoquant la casuistique inhérente à l'équilibrage des droits, récusent toute nécessité d'interventions normatives ciblées comme celles que nous évoquons et renvoient systématiquement la balle aux tribunaux. Pareille politique d'omission, qui du reste tient plutôt d'une antipolitique, est non seulement lâche mais fait dans l'aveuglement volontaire. Certes, la casuistique est inévitable dans tout processus de conciliation – ou de hiérarchisation – des droits. En revanche, elle ne règle pas tout. Se laver les mains en s'y référant comme à une panacée est politiquement lâche en ce que ce faisant, l'on transfère les coûts politiques, économiques et symboliques liés à la gestion des conflits de droits à des décideurs de terrain souvent placés dans une position institutionnelle délicate. Cette approche participe en outre d'une stratégie d'aveuglement volontaire face aux hiérarchies qui, dans les faits et à défaut de balises raisonnablement intelligibles, sont susceptibles d'émerger à la faveur d'une myriade de décisions prises dans des contextes de micro-gestion des conflits de droits, décisions qui peuvent parfois être éminemment problématiques pour le respect des droits eux-mêmes.

Si les hiérarchies formelles ne sont donc pas aussi « efficaces » que certains semblent le croire, l'absence totale de balises normatives à l'intérieur desquelles des décisions

relatives à l'équilibrage des droits sont prises ne va pas sans poser problème non plus. Le droit ayant en quelque sorte horreur du vide, on cherchera alors à combler le vide, souvent par la création prétorienne de hiérarchies matérielles ou implicites.

La question, déjà évoquée, du « poids » des principes est ici cruciale. Les principes, on l'a dit, ne sont pas appliqués dans un vide juridique; ils participent de la culture d'une société et s'en nourrissent, de sorte qu'il est fort possible qu'à un moment donné, certains se voient conférer un poids plus important que d'autres. Des principes interprétatifs formellement consacrés, comme le multiculturalisme au Canada, peuvent accentuer ce poids, même dans des cas où aucune référence explicite ne leur est faite⁸³. Des facteurs idéologiques, sédimentés par le parcours historique d'une société, peuvent aussi mener à pareil résultat. Pensons à la liberté d'expression aux États-Unis. Des méta-principes d'interprétation peuvent en outre en arriver à s'imposer à une époque

⁸³ Voir là-dessus : L. Tremblay, « Religion, tolérance et laïcité : le tournant multiculturel de la Cour suprême », dans : J.-F. Gaudreault-DesBiens (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*. *Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Thémis, 2009, p. 213. Signalons au passage, à propos du multiculturalisme, que bien que l'on puisse parler, comme le fait Luc Tremblay, d'un *ethos* multiculturel qui inspirerait la jurisprudence de la Cour suprême, le principe d'interprétation posé à l'article 27 de la Charte canadienne et qui veut que « [t]oute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens », a somme toute eu un impact direct assez limité. Surtout, les résultats auxquels la consécration juridique du multiculturalisme au Canada a mené ont été passablement moins radicaux que l'image qu'on en donne parfois, qui tend à présumer que les appropriations politiques les plus radicales et communautaristes du multiculturalisme canadien trouvent toutes écho dans le droit positif, ce qui est loin d'être le cas. Sur le plan juridique, l'on peut vraiment parler d'un multiculturalisme libéral, sous l'empire duquel l'individu conserve des attaches en deçà et au delà de la communauté politique nationale, sans toutefois pouvoir formuler une réclamation juridique valide qui viserait à la mise en place de ghettos identitaires. D'ailleurs, - et il s'agit là d'un argument qui n'a selon nous jamais été évoqué -, ce n'est peut-être pas un hasard si le texte même de l'article 27 parle du patrimoine multiculturel des *Canadiens* (en anglais, « the multicultural heritage of Canadians »), plutôt que du Canada envisagé abstraitement. Ce patrimoine appartient à tous les Canadiens envisagés individuellement, qui sont enrichis par sa présence, mais qui, par divers processus d'acculturation, participent non pas seulement à sa reproduction, mais aussi à sa recreation constante. Il s'agit là d'un multiculturalisme dont le point d'ancrage se trouve dans les individus et non dans les groupes auxquels ils s'identifient selon les saisons de leur vie; bref, on parle ici d'un multiculturalisme qui, du moins sous l'angle juridique, ne peut être entendu que dans une acception libérale. Paradoxalement, c'est au Québec, province où la réprobation envers le multiculturalisme à la canadienne est la plus forte et où les politiques officielles parlent plutôt d'interculturalisme, que l'on trouve la disposition législative qui est probablement la plus communautariste et collectiviste que l'on puisse imaginer et qui, si elle était justiciable, pourrait raisonnablement être interprétée comme légitimant un certain repli identitaire des minorités. Il s'agit de l'article 43 de la Charte québécoise, qui se lit ainsi : « Les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe. »

donnée, mettant de côté les principes ayant dominé antérieurement. Comme illustration d'un tel changement paradigmatique en droit constitutionnel canadien, évoquons le passage d'une conception du fédéralisme fondée sur la métaphore des compartiments étanches à une autre valorisant la doctrine du double aspect⁸⁴. Autrement dit, divers facteurs « extra-juridiques » peuvent contribuer à accroître le poids d'un principe et à faire en sorte qu'à une époque donnée, ce poids accru le transformera en atout (« trump », au sens « dworkinien ») dans le jeu des droits. Aussi, si l'on substitue une perspective réaliste et critique à celle, interne, acceptant les vérités apodictiques du système juridique, la constante réaffirmation judiciaire et doctrinale qu'il n'existe, en fait, aucune hiérarchie entre les droits parce qu'une telle hiérarchie ne peut exister sur le plan normatif, tient plus de la pétition de principe que de l'observation sensible de la réalité juridique. Dans cette perspective réaliste et critique, elle trahit même une croyance, presque touchante tant elle est naïve, en la nature post-idéologique du discours des droits humains.

Une lecture non formaliste de la jurisprudence montre au contraire que dès que, en amont, l'on se montre plus laxiste au niveau de l'identification des conditions d'ouverture du droit X et de la définition de sa portée, et qu'en aval, l'on se montre plus exigeant sur le plan du fardeau de démonstration imposé à l'État (ou à ceux qui imposent une restriction) pour justifier une restriction à ce droit (par rapport à un droit Y), il se crée automatiquement une asymétrie risquant de mener, par accumulation, à la création d'une hiérarchie implicite, et souvent non assumée par ses créateurs.

Reprenons notre exemple des droits religieux. Selon nous, au moins à partir de l'arrêt *Amsalem*⁸⁵ de 2004, la liberté de religion a bénéficié d'un statut prédominant au Canada⁸⁶. Cet arrêt confirmait d'abord la conception subjective de la liberté de religion retenue antérieurement par la Cour suprême, décision qui, si elle soulève quelques difficultés, peut néanmoins se justifier pour des raisons pragmatiques, les tribunaux étant assez mal outillés pour sonder les profondeurs de l'âme des individus. Sur le plan des principes, cependant, l'on ne peut s'empêcher de remarquer combien l'obligation générale de non-intervention dans la sphère religieuse, du moins à l'étape de la définition de la liberté de religion, est exprimée dans *Amsalem* en termes absolus. La Cour n'a jamais fait preuve d'une telle circonspection alors qu'elle devait définir la portée d'autres libertés fondamentales. Aussi peut-on légitimement se demander si cette politique judiciaire de déférence envers l'affirmation de la foi du croyant ne révèle pas le

⁸⁴ Voir : B. Ryder, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations », (1991) 36 *McGill L.J.* 309; « The End of Umpire? Federalism and Judicial Restraint », (2006) 34 *S.C.L.R.* (2d) 345.

⁸⁵ *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

⁸⁶ Dans le même sens, voir : L.-P. Lampron et E. Brouillet, *loc. cit.*, note 53, 113-120, n^{os} 32-41.

statut privilégié que la Cour reconnaît, d'une part, à la religion dans la foison des « doctrines compréhensives »⁸⁷ susceptibles d'encadrer et de guider la vie des individus et, d'autre part, à la liberté de religion dans la hiérarchie des droits, même si, comme on l'a vu, la Cour s'ingénie dans plusieurs arrêts à nous convaincre de l'absence de toute hiérarchie. Un choix comme celui effectué dans *Amsalem*, fût-il non assumé, entraîne toutefois des conséquences bien concrètes.

Par sa définition absolutiste de la portée de la liberté de religion, un arrêt comme *Amsalem* plonge le droit dans une espèce d'aveuglement volontaire envers la complexité du contexte social entourant le recours, souvent politique, à l'argument religieux. Cela dit, l'arrêt *Amsalem* confirme une jurisprudence antérieure où la Cour suprême refusait d'identifier des limites intrinsèques à la liberté de religion. De sorte que, du moins au stade définitionnel, la portée de la liberté de religion est à peu près illimitée, et ce n'est qu'au moment de déterminer la validité de limites extrinsèques que l'on pourra tenir compte des raisons de limiter cette liberté. Entre-temps, même douteuse, même extrême, la revendication du croyant aura été fondamentalisée, confortant celui-ci dans son statut de victime d'une violation inique de sa liberté de religion. Ce statut victimaire profite autant au croyant envisagé individuellement qu'aux membres du groupe religieux auquel il s'identifie. Dans le contexte d'une politique de la reconnaissance, il s'agit là d'un des objectifs recherchés. Ce statut autorise, en outre, le croyant à se camper dans une position morale qui lui confère un avantage concurrentiel, non seulement face à ceux qui tentent de justifier la restriction de la liberté de religion, mais aussi face à une société majoritaire dont la fonction se trouve dès lors réduite à une fonction d'oppression. L'anglais désigne fort éloquemment cette position discursive privilégiée comme le « high moral ground ». En découle également un effet d'*intimidation* qui accompagne certains usages du discours des droits, notamment lorsque l'on conçoit ces derniers comme des immunités⁸⁸.

Dans cette dynamique de fondamentalisation des droits, plus l'accent sera mis sur une définition subjective des droits individuels, plus les individus titulaires de ces droits seront implicitement confortés dans leur propension à durcir leurs positions, ou, à tout le moins, plus l'on tolérera ce durcissement. Dans un contexte où ce sont des droits religieux qui sont revendiqués, les conséquences ne sont pas négligeables, notamment parce que la revendication de droits incite à établir des distinctions claires entre soi et les autres et que – scorie de la modernité – le sujet, religieux ou autre, est de plus en plus narcissique, centré sur lui-même et sur sa conception subjective de la vie bonne, même si cette conception l'amène en fin de compte à confier sa destinée à une

⁸⁷ J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 13.

⁸⁸ Voir : L.B. Tremblay, « Les signes religieux à l'école : réflexions sur le rapport Stasi et les accommodements raisonnables », (2005) 48 *Archives de philosophie du droit* 169.

collectivité définie en fonction de critères identitaires, ici religieux. Il s'agit, bref, d'un sujet religieux « chatouilleux » qui sera souvent tenté de profiter à plein des ouvertures que le droit lui offrira pour, paradoxalement, cadenciser son identité religieuse et mutiler son identité complexe⁸⁹. Par le fait même, on légitime autant les identités-limites que les identités-tremplins, comme si une démocratie libérale avait autant à gagner de l'une que de l'autre.

Ce subjectivisme radical de la conception de la liberté de religion, tel que prôné dans *Amsalem*, fait donc en sorte que cette liberté est protégée à la fois dans sa dimension spirituelle *stricto sensu*, dans sa dimension proprement individuelle, c'est-à-dire comme manifestation de l'autonomie de la personne l'invoquant, et dans la dimension identitaire ou culturelle qu'elle peut acquérir selon les circonstances. D'une certaine façon, on ne saurait s'en étonner puisque la liberté de religion se distingue des autres libertés fondamentales par l'ampleur des « objets de protection », pour reprendre l'expression de Lampron et Brouillet, qui sont visés par elle : la liberté de religion protège en effet à peu près intégralement des *modes de vie* et non simplement des processus ou des moyens. Elle a en ce sens une dimension identitaire substantielle que les autres libertés n'ont pas ou ont moins. Mais chose certaine, lorsque qu'une pratique culturelle se voit récupérée dans le cadre d'une revendication de droits religieux, elle bénéficie d'un statut juridique nettement plus enviable que n'importe quelle autre pratique culturelle, même si cette dernière a un impact social et une importance sociétale beaucoup plus considérables. Dans cette optique, la liberté de religion peut indirectement se muer en une espèce de « droit à la culture », dont ne profiteraient pas les vecteurs de culture d'une origine autre que religieuse.

Dans *Amsalem*, cette dynamique de fondamentalisation s'est trouvée amplifiée du fait de l'adoption par la majorité des juges de la Cour suprême d'une conception de l'autonomie individuelle que l'on peut, au mieux, qualifier d'autonomie à géométrie variable et qui leur a permis d'écarter sans sourciller la déclaration de copropriété que M. Amsalem, homme instruit, avait pourtant signée sans cependant s'assurer que le contrat ne faisait pas obstacle à ses pratiques religieuses⁹⁰. Alors qu'il est tenu pour parfaitement autonome et en contrôle au moment d'identifier et d'agencer ses croyances religieuses, il ne l'est plus du tout s'agissant d'harmoniser ces croyances aux exigences de la vie courante, notamment lorsqu'elles découlent d'un contrat qu'il a

⁸⁹ Sur le « sujet chatouilleux », voir : S. Zizek, *The Ticklish Subject. The Absent Centre of Political Ontology*, Londres, Verso, 1999.

⁹⁰ Nous avons développé l'argument de la géométrie variable dans : J.-F. Gaudreault-DesBiens, « Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port de signes religieux à l'école publique : réflexions en forme de points d'interrogation », dans : M. Jézéquel (dir.), *Les accommodements raisonnables. Quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 241.

signé, fût-il qualifié de contrat d'adhésion⁹¹. Dans un élan lyrique, le juge Iacobucci dénonçait d'ailleurs comme « moralement répugnant »⁹² l'argument voulant que M. Amselem, constatant les limites que posait la convention à l'exercice de certaines de ses pratiques religieuses, ait pu choisir d'aller vivre ailleurs.

Si l'on se fie au jugement majoritaire, la possibilité de renoncer contractuellement à un ou des aspects de sa liberté de religion semble douteuse. Citant une série d'arrêts, le juge Iacobucci note que le droit n'est pas vraiment fixé sur la question de la renonciation aux droits constitutionnels. Il omet toutefois de signaler que, au-delà du droit livresque, certains contrats courants contiennent systématiquement des obligations explicites ou implicites portant renonciation à d'autres droits ou libertés. C'est notamment le cas des contrats de travail qui, de manière inhérente, posent des limites à la liberté d'expression des employés. Et nous ne parlons pas ici que des obligations de confidentialité relatives à tel ou tel secret commercial, mais aussi des limites à la possibilité qu'a un employé de critiquer publiquement son employeur. Or, ce genre de restriction à un droit fondamental, la liberté d'expression, ne fait pas sourciller grand-monde, les tribunaux au premier plan. Serait-ce vraiment que la liberté de religion est plus importante que les autres droits? Ou y aurait-il des libertés ordinaires et d'autres, extraordinaires?

Le problème est que l'exercice de toute liberté, y compris celle de religion, implique inévitablement des choix et des décisions d'opportunité. Il se peut que tel environnement soit plus favorable à l'exercice d'une liberté qu'un autre. Mais l'on peut malgré tout préférer, pour toutes sortes de raisons, l'environnement moins favorable, même si certains coûts raisonnablement prévisibles peuvent se rattacher à ce choix. En pareil contexte, on voit mal en quoi il serait « moralement répugnant » d'évoquer la possibilité que des individus aillent vivre ailleurs, d'autant que le marché offre une myriade d'options de logement dans la gamme de luxe. Cela dit, l'emploi de cette expression est très révélateur du postulat d'« incompromissibilité » des droits religieux qui semble inspirer la Cour suprême dans *Amselem*. En fait, ce postulat paraît découler directement du statut privilégié dont jouit la liberté de religion dans la hiérarchie implicite des droits qu'a établie la Cour suprême à partir d'*Amselem*.

La possibilité que se créent des hiérarchies matérielles, implicites et non assumées entre droits fondamentaux, nous paraît donc devoir être tenue pour avérée. En revanche, de

⁹¹ Fait intéressant, dans un arrêt portant sur des faits à peu près identiques, une chambre de la Cour de Cassation française en est arrivée à une solution exactement contraire à celle préconisée par notre Cour suprême, tout en privilégiant comme son homologue une approche manichéenne qui s'est cependant soldée en faveur de la liberté contractuelle. Voir : Cour de Cassation, 3^e Chambre civile, pourvoi n° 05-14774, 8 juin 2006.

⁹² *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *supra*, note 85, par. 98.

telles hiérarchies sont contingentes, c'est-à-dire qu'elles peuvent émerger sans pour autant être inévitables ou, *a fortiori*, obligatoires. En outre, elles n'ont pas nécessairement vocation à être pérennes. C'est ce que semblent démontrer les évolutions les plus récentes de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de liberté de religion.

C'est ainsi qu'après être dans une large mesure allée dans le sens de *Amselem* dans le désormais célèbre arrêt *Multani*⁹³, la Cour, répondant peut-être implicitement aux réactions largement défavorables exprimées par des segments considérables de ses auditoires dans l'arène sociopolitique⁹⁴, semble s'être acharnée à préciser et à nuancer l'absolutisme de cette jurisprudence. Ce processus a commencé dans l'arrêt *Brucker*⁹⁵, où la majorité semblait timidement réintroduire certains éléments objectifs dans le critère subjectif appliqué à la définition de la croyance et où elle n'hésitait pas à remettre en cause la sincérité de celui qui invoquait la liberté de religion pour convaincre la Cour de ne pas accueillir la réclamation de dommages de son ex-épouse, à qui il avait pendant longtemps refusé le *guet* malgré une entente civile contraire. Il s'est poursuivi par le refus d'entendre l'appel d'un jugement de la Cour d'appel du Québec qui maintenait une ordonnance de cessation d'utilisation d'un chalet comme synagogue, cet usage allant à l'encontre d'un règlement municipal de zonage, et dans lequel la Cour d'appel estimait que même si les contraintes indirectes qu'imposait ce règlement à la liberté d'utiliser le chalet comme lieu de culte interpellaient la liberté de religion, leur effet était négligeable puisque le même règlement prévoyait d'autres zones où des lieux de culte pouvaient être construits ou exploités et où, du reste, la congrégation possédait déjà un terrain vacant⁹⁶. Cette relativisation de ce qui semblait être la position hiérarchique privilégiée de la liberté de religion s'est confirmée dans l'arrêt *Hutterian Brethren*⁹⁷, où la Cour suprême, confirmant la constitutionnalité de l'abrogation d'une exemption

⁹³ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256. Pour le bénéfice de nos lecteurs non canadiens, s'il en est, cet arrêt confirme un accommodement consenti à un élève qui, étant un sikh de stricte observance, souhaitait porter sur lui son *kirpan* - une espèce de poignard rituel - à son école publique malgré une politique de tolérance zéro à l'égard des armes blanches. En l'espèce, l'accommodement faisait en sorte que l'élève pouvait apporter le kirpan, mais seulement si celui-ci était dans une petite boîte autour de laquelle était cousue une étoffe, le rendant à toutes fins utiles, inaccessible à des fins belliqueuses.

⁹⁴ Pour une analyse de la réaction publique aux arrêts *Amselem* et *Multani*, voir : J.-F. Gaudreault-DesBiens, « Religious Challenges to the Secularized Identity of an Insecure Polity. A Tentative Sociology of Québec's Reasonable Accommodation Debate », dans : R. Grillo, P. Shah, A. Hoekema et al. (dir.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Londres, Ashgate, 2009, p. 151.

⁹⁵ *Brucker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.

⁹⁶ *Val-Morin (Municipalité) c. Congregation of the Followers of the Rabbis of Belz to Strengthen Torah*, [2005] R.J.Q. 2629 (C.S.). Ce jugement a été confirmé à [2008] R.J.Q. 879 (requête pour permission d'appeler rejetée par la Cour suprême du Canada le 25 septembre 2008, n° 32663).

⁹⁷ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567.

religieuse dans une loi albertaine régissant l'octroi des permis de conduire, allégeait considérablement le fardeau de démonstration imposé à l'État s'agissant de justifier une norme générale attentatoire à la liberté de religion, en plus d'affirmer que les croyants doivent aussi accepter d'assumer certains « coûts » liés à leurs convictions et pratiques religieuses⁹⁸. Plus récemment encore, alors qu'elle était saisie de la contestation du refus d'une commission scolaire d'accéder à la demande formulée par des parents catholiques du Québec qui souhaitaient que leurs enfants soient exemptés du cours obligatoire d'éthique et de culture religieuse, qu'ils estimaient aller à l'encontre de leurs croyances, la Cour suprême affirmait plus clairement que si, comme l'avait posé l'arrêt *Amsalem*, l'évaluation de la croyance sincère alléguée dans le cadre d'une revendication fondée sur la liberté de religion doit se faire à l'aune d'un test subjectif, celui applicable à la preuve de l'atteinte à ces croyances est quant à lui de nature objective⁹⁹. Le moins que l'on puisse dire est que la Cour dissipe ainsi l'ambiguïté qui persistait à cet égard, ce qui, vu l'orientation qu'elle adopte, envoie le message d'un certain resserrement des conditions d'ouverture des revendications fondées sur la liberté de religion.

Au vu de ce qui précède, et à moins que le balancier ne retourne à terme vers une position de maximisation des libertés religieuses, il est difficile de ne pas conclure que ce qui semblait être une priorité hiérarchique ferme attribuée à la liberté de religion n'était, somme toute, qu'une priorité de nature plutôt passagère.

⁹⁸ Sur cet allègement, voir : J. Woehrling, « Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009) », (2011) 45 R.J.T. 7. Sur l'équilibrage des coûts de divers ordres en matière d'analyse des revendications fondées sur la liberté de religion, voir : H. Kislowicz, R. Haig et A. Ng, « Calculations of Conscience: The Costs and Benefits of Religious and Conscientious Freedom », (2011) 48 *Alberta L.R.* 679.

⁹⁹ *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7.

Conclusion

[L]a théorie est toujours plus facile que la pratique.¹⁰⁰

Rights-talk is more a medium of dispute than an instrument of discovery. So long as these conflicts remain buried, the appearance of consensus, and thus of legitimacy, is maintained.¹⁰¹

Nous concluons, lapidairement, avec quelques brèves observations.

Il semble que, pour certains, la cause soit entendue : parce que la mission des droits humains est de saisir la personne dans son intégralité, il *ne peut* y avoir de hiérarchie entre les droits. Dont acte. Le problème est qu'ainsi justifiée, cette « vérité » n'est « vraie » que dans une mesure apodictique et, disons-le, que par l'adhésion à un positivisme acritique, où sont acceptées comme des faits les représentations officielles que le système juridique donne de lui-même. Dans cette optique, le principe de non-hiérarchisation joue un rôle très utile d'autolégitimation d'un certain *statu quo* juridique et participe à la clôture normative et discursive de ce système. Bref, il agit bel et bien comme un talisman, au sens que nous avons précédemment donné à cette notion.

Il reste que, compte tenu de la formulation principielle de la plupart des droits humains, il est exact que, sur le plan normatif pur, il ne puisse y avoir de hiérarchie entre les droits fondamentaux.

Toutefois, dès lors que l'on délaisse la sphère éthérée du droit livresque pour se tourner vers celle du droit vécu, il en va bien autrement. Des processus de hiérarchisation informels et non assumés, s'inscrivant dans des dynamiques historiques ponctuelles, se donnent parfois à voir, mais les hiérarchies en résultant sont souvent contingentes et, dans cette mesure, peuvent être passagères.

Il importe de ne pas s'aveugler à la possibilité, voire parfois à l'inévitabilité, d'une hiérarchisation contingente des droits, mais aussi à la difficulté d'établir des hiérarchies formelles, en supposant qu'on veuille le faire, surtout si l'on ne veut ou ne peut aller au-delà de la seule consécration de principes relativement indéterminés.

Il s'ensuit que l'utilité marginale du principe de non-hiérarchisation des droits est décroissante : il nous satisfait au départ mais plus on l'examine, plus le vernis tombe, plus on en voit les limites et moins on en veut.

¹⁰⁰ N. Rouland, cité dans : N. Rouland et J. Benoist, *Voyages aux confins du droit. Entretiens*, Aix, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 46.

¹⁰¹ A. Petter et A. Hutchinson, *loc. cit.*, note 4, 536.

Il faut, plus que jamais, faire preuve de réalisme juridique et délaissier la cosmétique intellectuelle inhérente à un certain positivisme. Sur ce plan, le paradoxe des partisans des chartes – auxquels nous nous associons dans une certaine mesure, pourtant – est que ces derniers tendent souvent à préconiser une approche concrète, historiciste et contextuelle des situations de violations de droits, mais qu'ils refusent d'exercer la même réflexivité s'agissant de saisir et de déconstruire la dimension idéologique du discours des droits humains auquel ils adhèrent et qui est en quelque sorte constitutive de leur fonds de commerce. Tout le bruit autour de l'absence de hiérarchie entre ces droits participe à notre avis de la mise en marché de ce fonds de commerce, laquelle devrait se faire à l'aune de la réflexivité plutôt qu'à celle de l'aveuglement volontaire. Il est donc important de *nommer* l'existence de hiérarchies « matérielles », souvent implicites et pas toujours pleinement assumées. Ironiquement, pour mieux concrétiser le principe de non-hiérarchie entre les droits, ne faut-il pas d'abord reconnaître que le droit vécu secrète constamment des hiérarchies?

