

Quand appliquer les chartes, c'est hiérarchiser les droits

Stéphane Bernatchez*

Introduction

Le présent texte examine la question de la hiérarchie entre les droits, plus particulièrement lorsque la liberté de religion s'oppose à d'autres droits fondamentaux. Dans la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada, la hiérarchisation contextuelle des droits intervient principalement à l'étape du critère de proportionnalité qui exige de la part du juge de soupeser les effets bénéfiques et les effets préjudiciables. Il convient donc de s'intéresser, à partir de la problématique de la hiérarchie des droits dans le contexte religieux, au test de proportionnalité puisque c'est dans le cadre de cette opération du jugement juridique que s'effectue la pondération des intérêts et des valeurs en cause.

La Cour suprême du Canada avait, dès l'arrêt *Dagenais*, affirmé le principe de non-hiérarchie entre les droits :

« Il 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. »¹

Cette recherche d'un équilibre, suivant le principe de la conciliation entre les droits, a depuis été affirmée maintes fois dans la jurisprudence de la Cour suprême, qui insiste également sur l'importance du contexte pour résoudre ces conflits de droits :

« Comme l'arrêt *Dagenais*, précité, de notre Cour l'indique clairement, les droits garantis par la *Charte* doivent être examinés selon une méthode contextuelle afin de résoudre les conflits qui existent entre eux. »²

* Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

¹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 877 (j. en chef Lamer, écrivant pour les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major).

² *R. c. Mill*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 21 (j. en chef Lamer).

Comme l'ont explicité les juges McLachlin et Iacobucci, « [c]ela montre l'importance de donner aux droits une interprétation fondée sur le contexte – non parce qu'ils ont une importance sporadique, mais parce qu'ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits ou valeurs aussi louables qui sont en jeu dans des circonstances particulières »³. Examinés dans l'abstrait, ces droits peuvent sembler entrer en conflit alors que ce conflit peut être « résolu par l'examen des droits contradictoires en fonction des faits de chaque affaire »⁴. La Cour suprême a également proposé une méthode afin de concilier les droits et éviter un conflit :

« [...] il y a lieu de régler tout conflit éventuel en délimitant correctement les droits et valeurs en cause. Essentiellement, une bonne délimitation de la portée des droits permet d'éviter un conflit en l'espèce. Ni la liberté de religion ni la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne sont absolues. »⁵

Dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, la Cour a rappelé les principes applicables en matière de conflit de droits :

« La possibilité d'une collision des droits n'emporte pas nécessairement inconstitutionnalité. La collision entre plusieurs droits doit être envisagée dans le contexte factuel de conflits réels. Il faut d'abord déterminer si les droits censément en conflit peuvent être conciliés : *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 29. Lorsque les droits en cause sont inconciliables, il y a véritablement conflit. En pareil cas, la Cour conclura à l'existence d'une limite à la liberté de religion et soupera les intérêts en cause en application de l'article premier de la *Charte* : *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 73-74. La Cour doit procéder à ces deux étapes en tenant compte du principe que la *Charte* n'établit pas de hiérarchie des droits (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 877) et que la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte* a une portée étendue. »⁶

Ainsi, en présence d'un véritable conflit entre les droits, le tribunal devra soupeser les intérêts en cause. C'est précisément cette opération de balance entre les intérêts qui

³ *Id.*, par. 61 (juges McLachlin et Iacobucci écrivant pour les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie).

⁴ *Id.*, par. 63.

⁵ *Université Trinity Western c. College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 29 (les juges Iacobucci et Bastarache écrivant pour la juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Major, Binnie, Arbour et LeBel).

⁶ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 50 (juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron) (soulignement ajouté).

constitue l'objet d'étude principal du présent texte, puisque c'est par cette opération que s'opère une hiérarchisation contextuelle entre les droits.

En effet, depuis l'arrêt *Dagenais*, le principe de la conciliation contextuelle des droits, par opposition à celui de la hiérarchie des droits, prévaut dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Or, c'est également dans cet arrêt que la Cour a reformulé le test de la limitation des droits, élaboré au départ dans l'arrêt *Oakes*⁷. Dans sa formulation originale, le troisième élément du critère de proportionnalité était ainsi conçu : « il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme "suffisamment important" »⁸. Dans *Dagenais*, le juge Lamer a proposé une variation importante du sous-critère de proportionnalité, qui en modifie complètement le sens :

« [...] j'estime que la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* nécessite que l'objectif qui sous-tend la mesure et les effets bénéfiques qui résultent en fait de sa mise en application soient proportionnels à ses effets préjudiciables sur les libertés et droits fondamentaux. Un objectif législatif peut être urgent et réel, le moyen choisi peut avoir un lien rationnel avec cet objectif, et il se peut qu'il n'existe aucune autre mesure portant moins atteinte aux droits. Néanmoins, et bien que l'importance de l'objectif même (lorsqu'il est considéré dans l'abstrait) l'emporte sur les effets préjudiciables sur les droits garantis, il reste possible que les effets bénéfiques réels de la disposition législative ne soient pas suffisants pour justifier ces effets négatifs.

La troisième étape du volet de la proportionnalité du critère *Oakes* a fréquemment été formulée en fonction de la proportionnalité de l'objectif et des effets préjudiciables, mais notre Cour a reconnu que, dans les cas appropriés, il est nécessaire d'apprécier les effets bénéfiques réels de la disposition législative contestée par rapport à ses effets préjudiciables, plutôt que de simplement considérer la proportionnalité de l'objectif lui-même. [...]

À mon sens, la qualification de la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* comme concernant uniquement l'équilibre entre l'objectif et les effets préjudiciables d'une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité. À mon avis, même si un objectif est suffisamment important, même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité et même si les effets préjudiciables sont proportionnels aux objectifs, il demeure possible qu'en raison de l'absence de proportionnalité entre ses effets nuisibles et ses effets bénéfiques, une mesure ne soit pas raisonnable et que sa justification ne puisse se démontrer dans une société libre et

⁷ R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁸ *Id.*, p. 139.

démocratique. Je reprendrais donc la troisième partie du critère *Oakes* comme suit : il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques. »⁹

C'est donc à l'occasion du même arrêt que la Cour suprême a, d'une part, rejeté toute tentative de hiérarchiser les droits et, d'autre part, modifié le test de l'article premier pour qu'il y ait proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et leurs effets bénéfiques. Dans le présent article, il s'agit précisément de montrer que c'est à cette étape de l'évaluation de la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables que, paradoxalement, le raisonnement judiciaire procède à une hiérarchisation des droits. Paradoxalement, car c'est dans le même mouvement que la Cour suprême rejette la hiérarchie (formelle) entre les droits et reformule le test de proportionnalité qui va permettre la hiérarchisation (contextuelle) entre les droits qui s'opposent. Donc, tout en respectant le principe de non-hiérarchie *a priori* des droits, le jugement juridique en application ne peut éviter de prioriser un droit sur un autre en mesurant leur valeur respective. Il existe bien sûr d'autres sources potentielles de hiérarchisation juridique des droits¹⁰, mais la présente étude se limitera à celle qui intervient dans le cadre de l'opération de juger.

1. Le critère de proportionnalité comme balance des intérêts

a. Hiérarchiser les droits en établissant la balance des inconvénients

La Cour suprême du Canada a clairement établi qu'il est préférable de pondérer les droits opposés dans le cadre de la discussion relative à la limitation du droit invoqué, plutôt qu'à l'étape initiale de la définition et de l'interprétation du droit. Ainsi, dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, portant notamment sur la liberté de religion en vertu de l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le juge La Forest a souligné l'importance d'effectuer toute pondération nécessaire des droits à l'étape de l'application du cadre analytique détaillé de l'article premier établi depuis l'arrêt *Oakes* :

« Notre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion dans les cas où la constitutionnalité d'un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de soupeser les

⁹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 1, 887-889.

¹⁰ Voir Stéphane BERNATCHEZ, « La hiérarchisation ou la conciliation contextuelle du droit à l'égalité et de la liberté de religion? », dans Marie-France BUREAU (dir.), *Sexualité et démocratie : perspectives multidisciplinaires francophones*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, p. 77.

droits opposés dans le cadre de l'article premier de la *Charte*; voir *R. c. Jones et R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précités. Un point de vue semblable a été adopté dans le contexte de l'al. 2*b*) de la *Charte*, celui de la liberté d'expression. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a affirmé, au nom de la majorité, que l'article premier convient mieux que l'al. 2*b*) pour établir l'équilibre nécessaire entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu. [. . .]

À mon avis, il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu. Non seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple que l'al. 2*b*) pour soupeser des droits opposés. »¹¹

De même, dans l'arrêt *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*¹², « la Cour a de nouveau statué qu'une interprétation large du droit en cause, suivie de la pondération, en vertu de l'article premier, des valeurs opposées pertinentes, est préférable sur le plan analytique parce qu'elle permet un contrôle judiciaire fondé sur la *Charte* qui soit des plus complets et qui tienne compte le plus possible du contexte »¹³.

Dans l'arrêt *Amsalem*¹⁴, la liberté de religion des Juifs orthodoxes qui souhaitaient installer une souccah sur leur balcon s'opposait au droit des autres copropriétaires à la jouissance paisible des biens détenus en copropriété en général, et des balcons en tant que parties communes en particulier, et à leur droit à la sûreté de leur personne, garanti par la *Charte* québécoise à son article premier, puisque les balcons peuvent servir de voies d'évacuation en cas d'urgence. Au moment de l'analyse de la limitation de la liberté de religion, l'opinion majoritaire n'applique pas le raisonnement en deux étapes propre au contexte public¹⁵, où chaque partie assume tour à tour le fardeau de la preuve selon le test établi dans l'arrêt *Oakes*. De même, les différents critères n'y sont pas mentionnés, non plus que les trois éléments du critère de proportionnalité. L'analyse de la proportionnalité est limitée à celle du nouvel élément ajouté par le juge Lamer dans *Dagenais*. Sur cette base, le juge Iacobucci, au nom de la majorité, procède plutôt au

¹¹ *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, pp. 383 et 384. (soulignement ajouté)

¹² *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 74.

¹³ *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 30. (soulignement ajouté)

¹⁴ *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551.

¹⁵ Pour un résumé de ce raisonnement, voir l'explication du juge Bastarache, dissident : *id.*, par. 155-156. Voir aussi Christian BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la *Charte* québécoise comme contrainte excessive? », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 343.

remplacement de la méthode « bipartite » par une méthode d'analyse « unitaire » qui consiste essentiellement à « comparer simplement l'inconvénient pour une partie avec l'inconvénient pour l'autre »¹⁶. Adoptant un tel schème d'analyse, le juge Iacobucci conclut comme suit :

« En dernière analyse, toutefois, je suis d'avis que les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. »¹⁷

C'est précisément dans cette comparaison des inconvénients que s'opère le jugement relatif au conflit de droits. Pour le dire autrement, c'est dans l'analyse des conséquences préjudiciables pour l'un et pour l'autre que s'effectue l'équilibre entre la liberté de religion et les droits à la libre jouissance des biens et à la sûreté. L'atteinte à la liberté de religion est plus que négligeable ou insignifiante et la proposition du syndicat de copropriétaires de permettre une souccah commune dans les jardins de l'immeuble n'est pas envisageable :

« Similairement, l'utilisation d'une souccah commune, comme le propose l'intimé, obligerait les appelants à transporter la nourriture et les ustensiles de leurs appartements, situés à des étages élevés, jusqu'à la souccah, et ainsi devoir traverser la propriété jusqu'aux jardins du Sanctuaire pour chaque plat à tous les repas, et ce pendant toute la durée de la fête. Puisqu'il est interdit aux Juifs orthodoxes d'utiliser les ascenseurs le jour du sabbat ainsi que les deux premiers et les deux derniers jours de la fête du Souccoth, cela reviendrait à obliger les résidents juifs orthodoxes, notamment des personnes âgées, à emprunter les nombreux escaliers durant les repas pendant une grande partie des neuf jours de fête. Qui plus est, du fait que chaque famille serait forcée de partager ses repas avec les autres résidents juifs de l'immeuble, l'utilisation d'une souccah commune empêcherait les membres d'une même famille de célébrer la fête entre eux, dans l'intimité. Ceux qui, lorsque la température le permet, choisiraient de dormir dans la souccah devraient le faire en groupe et à la belle étoile, loin de leur logis et de la sécurité qu'il leur offre. Même considérées objectivement, de telles difficultés sont substantielles et, comme le font valoir les appelants, elles ne manqueraient pas d'enlever à cette fête une partie de son caractère festif et, partant, elles constitueraient

¹⁶ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 14, par. 154. Il s'agit du résumé que le juge Bastarache, dissident, donne de la grille d'analyse empruntée par ses collègues majoritaires.

¹⁷ *Id.*, par. 84.

une entrave non négligeable à l'exercice de leur droit à la liberté de religion et une atteinte à ce droit. »¹⁸

À l'inverse, dans l'arrêt relatif aux huttérites¹⁹ qui refusent, pour des raisons religieuses, d'être photographiés, ce qui leur cause problème pour obtenir un permis de conduire un véhicule car la photo y est obligatoire, la Cour suprême impose aux personnes qui pratiquent leur religion le fardeau d'assumer elles-mêmes les coûts et les inconvénients causés par leurs croyances et pratiques religieuses.

« La restriction peut causer des inconvénients au fidèle sur le plan financier ou sur les plans de la tradition ou de la commodité. Il se peut néanmoins que, malgré ces inconvénients, le fidèle conserve la possibilité réelle de faire un choix relativement à la pratique en cause. La *Charte* garantit la liberté de religion, mais ne protège pas les fidèles contre tous les coûts accessoires à la pratique religieuse. Plusieurs pratiques religieuses entraînent des coûts dont la société juge raisonnable qu'ils soient supportés par les fidèles. L'impossibilité de bénéficier d'avantages ou privilèges conditionnels prévus par la loi peut faire partie de ces coûts. Une restriction au droit qui entraîne un coût, mais laisse une véritable liberté de choix au fidèle relativement à la pratique religieuse en cause sera moins grave qu'une restriction qui le prive réellement de la possibilité de faire un choix. [...]

Les mesures prises dans le règlement contesté dans le but d'assurer le bien commun de l'ensemble de la société — en réglementant les permis de conduire de façon à réduire le risque de fraude au minimum — imposent un coût aux personnes qui refusent de se faire photographier : l'impossibilité de conduire sur la voie publique. Selon la preuve, ce coût n'est cependant pas suffisamment élevé pour priver les plaignants huttérites de la liberté de faire un véritable choix relativement à leur pratique religieuse, ni pour porter atteinte aux autres valeurs consacrées par la *Charte*.

Les plaignants huttérites soutiennent que la restriction les place devant un cruel dilemme : ils doivent soit accepter que des membres de la colonie violent le deuxième commandement, soit renoncer à leur mode de vie communautaire rural. La preuve n'étaye toutefois pas leur prétention que le recours à d'autres solutions pour leurs déplacements sur les voies publiques mettrait un terme au mode de vie rural de la colonie. Dans leur affidavit, les plaignants soutiennent qu'il est nécessaire qu'au moins quelques membres de la colonie puissent conduire entre la colonie et les villes voisines. Ils n'expliquent cependant pas pourquoi il leur serait impossible d'embaucher d'autres personnes titulaires d'un permis de conduire ou de se faire conduire en ville par un tiers au besoin, pour leurs rendez-vous médicaux, par

¹⁸ *Id.*, par. 77.

¹⁹ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

exemple. Beaucoup d'entreprises et de particuliers qui ne peuvent pas ou ne veulent pas conduire s'en remettent à des employés ou au transport commercial. Certes, le recours à un autre mode de transport obligerait la colonie à supporter un coût additionnel sur le plan financier et irait à l'encontre de son autosuffisance traditionnelle. Toutefois, il n'a pas été démontré que ce coût serait prohibitif.

Le dossier dont nous disposons ne nous permet pas de conclure que les membres de la colonie ont été privés de la possibilité de faire un véritable choix entre observer ou non les préceptes de leur religion. La mesure législative ne les contraint pas à se faire photographier. Elle prévoit simplement qu'une personne qui désire obtenir un permis de conduire doit se laisser photographier pour alimenter la banque de données servant à la photo-identification. Pouvoir conduire une automobile sur les voies publiques ne constitue pas un droit, mais un privilège. Même si la plupart des adultes détiennent un permis de conduire, beaucoup n'en détiennent pas, pour différentes raisons.

Je conclus que la restriction à la pratique religieuse causée par la photo obligatoire universelle comme condition d'obtention d'un permis de conduire a pour effet d'obliger les membres de la colonie à trouver des solutions de rechange pour leurs déplacements sur les voies publiques. Ils devront en conséquence supporter certains coûts financiers et déroger à leur tradition d'autosuffisance concernant le transport. Ces coûts ne sont pas négligeables. Toutefois, le dossier qui nous a été soumis ne démontre pas qu'ils sont assez élevés pour porter gravement atteinte au droit des plaignants de pratiquer leur religion. Ils ne les privent pas de la liberté de choix qui constitue un élément essentiel de la liberté de religion. »²⁰

Cette discussion survient dans le cadre de « la troisième et dernière étape de l'analyse de la proportionnalité », qui « consiste à déterminer si les effets de la mesure contestée sont proportionnés »²¹ : « Reste la question de savoir si, dans l'ensemble, les effets de la loi sur les plaignants sont disproportionnés par rapport à l'objectif gouvernemental. La pondération de l'atteinte à la liberté de religion des plaignants et des effets bénéfiques de la photo obligatoire universelle pour les titulaires d'un permis de conduire révèle-t-elle que la restriction au droit est proportionnée à l'avantage qu'elle procure à l'ensemble de la population? »²² Il s'agit, dès lors, selon les mots mêmes de la Cour suprême, d'apprécier « si les effets bénéfiques de la mesure législative contestée en justifient le coût que représente la restriction au droit »²³.

²⁰ *Id.*, par. 95-99.

²¹ *Id.*, par. 72.

²² *Id.*, par. 73.

²³ *Id.*, par. 77.

L'arrêt *Multani*, relatif au port du kirpan à l'école par un élève, s'est également décidé sur la base d'une balance des inconvénients. La Cour suprême y examine les « effets susceptibles de découler d'une prohibition absolue. Une telle prohibition empêche la promotion de valeurs comme le multiculturalisme, la diversité et le développement d'une culture éducationnelle respectueuse des droits d'autrui. Notre Cour a maintes fois réitéré l'importance de ces valeurs. »²⁴ C'est sur une telle base qu'est effectué le jugement relatif aux effets, qui porte aussi sur les valeurs en cause :

« La prohibition totale de porter le kirpan à l'école dévalorise ce symbole religieux et envoie aux élèves le message que certaines pratiques religieuses ne méritent pas la même protection que d'autres. Au contraire, le fait de prendre une mesure d'accommodement en faveur de Gurbaj Singh et de lui permettre de porter son kirpan sous réserve de certaines conditions démontre l'importance que notre société accorde à la protection de la liberté de religion et au respect des minorités qui la composent. Les effets préjudiciables de l'interdiction totale surpassent donc ses effets bénéfiques. »²⁵

De même, dans *Bruker c. Marcovitz*, qui portait sur le refus de l'époux d'accorder à l'épouse le divorce religieux juif, le « get », après le divorce civil et malgré son engagement à l'accorder, la question a ici encore été formulée dans cette logique d'une balance des inconvénients.

« M. Marcovitz, il me semble, a bien peu à mettre dans la balance. D'abord, il a conclu de son plein gré une obligation contractuelle valide et exécutoire qu'il cherche maintenant à faire annuler pour des scrupules religieux qui lui sont venus après coup. À mon avis, c'est cette tentative de se désister de sa promesse exécutoire, et non l'exécution de l'obligation, qui est contraire à l'ordre public. »²⁶

Mais l'avantage que procure, dans l'intérêt public, le fait d'empêcher des personnes de se soustraire aux conséquences juridiques qu'entraînent leurs violations de contrat n'est qu'un des facteurs défavorables à la revendication de M. Marcovitz. Ce qui joue le plus contre lui, ce sont les atteintes importantes que la violation de ses obligations juridiques porte à nos engagements — précisés dans la Constitution et les lois — envers l'égalité, la liberté de religion et la liberté de choix en matière de mariage et de divorce. »²⁷

« L'intérêt que porte le public à la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives dans l'exercice indépendant de leur capacité de divorcer et se remarier conformément à leurs croyances,

²⁴ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6, par 78.

²⁵ *Id.*, par. 79 (soulignement ajouté).

²⁶ *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, 2007 CSC 54, par. 79 (soulignement ajouté).

²⁷ *Id.*, par. 80.

tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les intérêts et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement pris au paragraphe 12 de l'entente pourrait restreindre sa liberté de religion. »²⁸

Ces différents arrêts montrent qu'en soupesant les inconvénients à l'étape du critère de la proportionnalité, le raisonnement judiciaire procède à une hiérarchisation, contextuelle pourrait-on dire, des droits.

b. La théorie constitutionnelle : proportionnalité et balance des intérêts

Cette transformation du contrôle de constitutionnalité vers un test de proportionnalité n'a pas échappé à l'attention des constitutionnalistes et, par conséquent, a été largement documentée en doctrine et théorie constitutionnelles. Depuis les dernières décennies, les théoriciens du droit constitutionnel ont fait observer que le constitutionnalisme contemporain se trouvait à l'ère du « balancing test »²⁹ : « The metaphor of balancing refers to theories of constitutional interpretation that are based on the identification, valuation, and comparison of competing interests »³⁰. Le « balancing of interests » a marqué, depuis la fin des années 1950, la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, et, par la suite, celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Au Canada, la Cour suprême a également eu recours à la méthode du « balancing » depuis le milieu du XX^e siècle³¹. Le phénomène qui fait l'objet de notre analyse concerne cependant, de manière plus spécifique, le recours au « balancing » pour prioriser, sous le régime des chartes, les droits les uns par rapport aux autres.

La théorie constitutionnelle a non seulement salué cette évolution du contrôle de constitutionnalité vers un modèle de proportionnalité, mais elle en a aussi fait la

²⁸ *Id.*, par. 92.

²⁹ T. Alexander ALENIKOFF, « Constitutional Law in the Age of Balancing », (1987) 96 *Yale L.J.* 943.

³⁰ *Id.*, p. 945.

³¹ Sur ce point, voir notamment Mark ANTAKI, « The turn to « values » in Canadian Constitutional Law », dans Luc B. TREMBLAY et Grégoire C.N. WEBBER, *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 155, à la page 166. À l'appui de cette pratique, Antaki cite les arrêts *General Motors Corp. c. Bellows*, [1949] R.C.S. 678 (« but in fixing the limits of legislative protection the courts must balance the conflicting interests ») et *British Columbia Electric Railway Co. c. British Columbia (Utilities Commission)*, [1960] R.C.S. 837 (« The rate to be imposed shall be neither excessive for the service nor insufficient to provide a fair return on the rate base. There must be a balancing of interests. »)

proposition théorique. Les travaux de Robert Alexy³² et de David Beatty³³, notamment, ont montré que le raisonnement constitutionnel emprunte à ce modèle dans les décisions judiciaires qui examinent la limitation des droits constitutionnels³⁴. Ces auteurs ont élaboré une théorie du contrôle judiciaire de constitutionnalité, qui « réduit entièrement le processus de contrôle judiciaire des lois restreignant les droits constitutionnels à l'application du principe de proportionnalité »³⁵. Cette conception du contrôle constitutionnel se présente comme une alternative aux autres théories explicatives de l'interprétation constitutionnelle et de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité :

« Cette théorie fait du principe de proportionnalité le critère ultime de la validité constitutionnelle des restrictions aux droits constitutionnels. Elle postule que nulle restriction aux droits garantis n'est constitutionnellement valide, à moins qu'il puisse être démontré, conformément à la norme de la prépondérance des probabilités, que l'équilibre concret qu'elle établit entre les valeurs en conflit, dans le contexte factuel d'une affaire donnée, optimise chacune d'elles de manière proportionnelle. Contrairement aux principales théories qui lui font concurrence, telles que l'originalisme, le textualisme, les approches téléologiques, les théories procédurales ou le droit comme intégrité, cette théorie du contrôle judiciaire ne fait pas de la conformité des restrictions aux droits constitutionnels à un ordre normatif indépendant de valeurs substantielles un critère de validité constitutionnelle. »³⁶

Cette évolution vers le critère de proportionnalité peut s'entendre de deux façons. Dans un **premier sens**, le test se définit selon la raison instrumentale, c'est-à-dire en fonction du rapport entre les moyens et les fins. Selon cette conception instrumentaliste, le droit est compris « as a mean to an end »³⁷. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de limitation des droits et libertés sous le régime de la Charte canadienne a, dès le départ, été conçue à partir d'une telle question de savoir si les restrictions instituées par la législation contestée sont proportionnelles à l'objectif législatif d'intérêt général visé par l'adoption de cette mesure législative ou si, au contraire, les moyens choisis sont trop restrictifs ou sévères pour atteindre le but poursuivi. Le test de l'arrêt

³² Robert ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

³³ David M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

³⁴ Voir aussi Dieter GRIMM, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence », (2007) 57 *U. of T. L.J.* 383.

³⁵ Luc B. TREMBLAY, « Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle », dans Luc B. TREMBLAY et Grégoire C.N. WEBBER, *op. cit.*, note 31, p. 77.

³⁶ *Id.*

³⁷ Brian Z. TAMANAHA, *Law as a Mean to an End*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Oakes avait été fondé à l'origine sur cette base du rapport de proportionnalité qui doit exister entre la restriction au droit et l'objectif législatif :

« En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'« une sorte de critère de proportionnalité » : R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question : R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme " suffisamment important " »³⁸.

Cette « jurisprudence instrumentale », pour reprendre l'idéal-type développé par Michel Coutu³⁹, s'inscrit dans une approche sociojuridique qui a émergé au XXe siècle, en réponse aux insuffisances du positivisme formaliste. À l'encontre du formalisme et du conceptualisme, la jurisprudence constitutionnelle a emprunté à la logique utilitariste, l'intérêt de l'État permettant alors de limiter les intérêts individuels au nom des exigences de l'intérêt général⁴⁰. Au plan de la théorie du droit, cette conception du contrôle judiciaire de constitutionnalité se rattache aux mouvements du « réalisme juridique, tels la « sociological jurisprudence » et le « legal realism » américains, la libre recherche de Gény, en Allemagne la Jurisprudence des intérêts et le Mouvement du droit libre »⁴¹.

³⁸ R. c. *Oakes*, préc., note 7, p. 139.

³⁹ Michel COUTU, « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », (2004) 56-57 *Droit et Société* 233, aux pp. 243-245. Voir aussi Michel COUTU et Marie-Hélène GIROUX, « L'après-11 septembre devant la Cour suprême du Canada : situation exceptionnelle et légitimité », (2003) *Numéro spécial Revue du Barreau* 237, aux pp. 245-247.

⁴⁰ M. COUTU, *Id.*, p. 246.

⁴¹ *Id.*

Comme le souligne Aleinikoff, cette conception judiciaire trouve ses fondements dans la pensée sociologique et réaliste du droit, notamment chez Roscoe Pound⁴². La jurisprudence sociologique s'opposait alors à la conception dominante du droit, en libérant le juge du joug du formalisme et du leurre d'objectivisme qu'il véhiculait jusque-là. Évidemment, il faut mentionner « the risk that balancing's flexibility would be viewed as unprincipled adjudication »⁴³. À cette crainte d'arbitraire, Aleinikoff répond ce qui suit :

« But the manner in which balancing proceeded undercut this criticism. Balancing suggested a particularistic, case-by-case, common law approach that accommodated gradual change and rejected absolutes. The outcome of a case would turn on a careful analysis of the particular interests at stake. Today the plaintiff might win because of the unjustified burden imposed by a governmental regulation; tomorrow, the government could demonstrate an adequate public interest to sustain its legislation. Balancing could keep everyone in the game. It thus provided flexibility without sacrificing legitimacy. »⁴⁴

Dans un **second sens**, la proportionnalité emprunte une logique utilitariste fondée sur les intérêts. Selon cette conception, le contrôle de constitutionnalité se concentre sur la comparaison des effets bénéfiques et des effets préjudiciables. La reformulation du sous-critère de proportionnalité dans l'arrêt *Dagenais* est fondée sur cette approche :

« À mon sens, la qualification de la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* comme concernant uniquement l'équilibre entre l'objectif et les effets préjudiciables d'une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité. À mon avis, même si un objectif est suffisamment important, même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité et même si les effets préjudiciables sont proportionnels aux objectifs, il demeure possible qu'en raison de l'absence de proportionnalité entre ses effets nuisibles et ses effets bénéfiques, une mesure ne soit pas raisonnable

⁴² Roscoe POUND, *The Theory of Social Interests* (1921), publié dans POUND, « A Survey of Social Interests », (1943) 57 *Harr. L. Rev.* 1, p. 39: « Looked at functionally, the law is an attempt to satisfy, to reconcile, to harmonize, to adjust these overlapping and often conflicting claims and demands, either through securing them directly and immediately, or through securing certain individual interests, or through delimitations or compromises of individual interests, so as to give effect to the greatest total of interests or to the interests that weigh most in our civilization, with the least sacrifice of the scheme of interests as a whole. »

⁴³ A. ALEINIKOFF, préc., note 29, p. 961. L'auteur réfère alors en note infrapaginale à : Martin M. SHAPIRO, *Freedom of Speech : The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, 1966, p. 82 (« [I]t was widely felt [in the 1950's] that the Court was using the wonderfully arbitrary capacities of the balancing technique to bestow First Amendment rights on those organizations it liked and to withhold them from those it didn't. »)

⁴⁴ A. ALEINIKOFF, préc., note 29, p. 961.

et que sa justification ne puisse se démontrer dans une société libre et démocratique. Je reprendrais donc la troisième partie du critère *Oakes* comme suit : il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques. »⁴⁵

En théorie constitutionnelle, les analyses ont donc porté, dans un premier temps, sur la proportionnalité entre les effets et l'objectif. C'est ainsi, par exemple, que suivant cette conception de la proportionnalité, l'examen judiciaire empruntait à la rationalité instrumentale – des moyens par rapport aux fins. Dans un tel test, l'évaluation ne porte pas que sur le moyen, mais également sur l'importance de l'objectif poursuivi par l'autorité publique. D'ailleurs, c'est davantage dans l'évaluation de la rationalité des fins visées, plutôt que des moyens utilisés, que s'exprime la fonction éthique des juges⁴⁶. Il est arrivé cependant que l'examen judiciaire n'ait mis l'accent que sur les moyens, perdant ainsi de vue la question de l'objectif législatif. Par exemple, dans l'arrêt *Rodriguez* sur la constitutionnalité de la criminalisation de l'aide au suicide, la juge McLachlin en arrive à ne considérer que les moyens :

« La seule question est de savoir si, ayant décidé d'agir dans ce domaine délicat qui touche l'autonomie des gens sur leur personne, le législateur a agi d'une manière fondamentalement équitable pour tous. L'important n'est pas la raison pour laquelle le législateur a agi, mais la façon dont il a agi. »⁴⁷

Commentant ce passage, Luc Bégin écrit que « [d]ans une telle perspective typiquement positiviste-formaliste qui conduit souvent à une extrême retenue judiciaire, on abandonne donc l'évaluation de la rationalité des fins visées, évaluation devant s'effectuer sur base des normes dont la protection est pourtant l'objectif même de la Charte. Cette attitude a pour conséquence de laisser au législateur une marge importante d'intervention préférentielle dans les questions relatives à notre éthique collective. De gardien des normes, le juge se transformerait alors en gardien des moyens utilisés par le législateur pour inscrire dans l'ordre social ses préférences axiologiques, non questionnées à l'aune des normes. »⁴⁸

⁴⁵ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 1, p. 889.

⁴⁶ Georges A. LEGAULT, « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada », (1989) *Éthica* 95, à la p. 108.

⁴⁷ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 629.

⁴⁸ Luc BÉGIN, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective », dans Georges A. LEGAULT, Alejandro RADA-DONATH et Guy BOURGEOULT (dir.), *Éthique de société*, Sherbrooke, Éditions GGC, 1999, p. 220, pp. 234-235.

2. Misère et grandeur de la pesée des intérêts

a. Les limites de la pondération des intérêts

Il convient maintenant d'examiner les effets de cette transformation de la fonction de juger et de ce passage à un critère de la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables pour établir *in concreto* la hiérarchie entre les droits. Encore une fois, selon l'hypothèse qui sous-tend le présent texte, ce serait principalement à cette étape de l'examen judiciaire que, selon la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada, le raisonnement judiciaire établit une hiérarchie entre les droits.

Pour évaluer cette façon de hiérarchiser les droits, il importe de porter attention aux présupposés épistémologiques qui se situent en arrière-plan de cette opération de la raison judiciaire. Telle qu'elle est conçue jusqu'à présent, la pesée des intérêts propre au critère de la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables s'appuie sur une logique de la raison utilitariste que les philosophes ont souvent critiquée. L'objectif n'est certes pas de reprendre cette longue discussion, qu'il suffise pour l'instant de rappeler à cet égard les critiques de Kant, Rawls et Sandel, parmi plusieurs autres.

La balance des intérêts peut s'effectuer selon différentes conceptions de l'opération d'évaluation comparative des intérêts en présence. Selon une conception classique, où les intérêts sont soupesés les uns par rapport aux autres, la principale difficulté réside dans la détermination d'un étalon permettant de mesurer le poids des intérêts de chaque partie. Il est également difficile d'établir la valeur des intérêts en présence si ceux-ci sont formulés de manière trop particulière.

Dans son étude révélatrice du paradigme du « balancing », Aleinikoff a bien exprimé qu'un jugement de cette nature consiste à accorder une valeur aux intérêts :

« By a “balancing opinion”, I mean a judicial opinion that analyzes a constitutional question by identifying interests implicated by the case and reaches a decision or constructs a rule of constitutional law by explicitly or implicitly assigning values to the identified interests. »⁴⁹

Comme l'exprime Aleinikoff, la méthode du « balancing » exige d'abord d'identifier les intérêts en cause et de décider en leur accordant, implicitement ou explicitement, une valeur respective. C'est précisément de l'évaluation de la valeur de chaque intérêt que découlera la décision finale.

⁴⁹ A. ALEINIKOFF, préc., note 29, p. 945.

La pondération des intérêts, dans laquelle l'opération de juger tenterait d'évaluer les préjudices ou de calculer les coûts et bénéfices, se buterait au même problème que l'utilitarisme dans sa recherche d'un étalon de mesure à l'aune duquel pourraient se chiffrer les bienfaits et les inconvénients. De la même façon, déterminer les préjudices pour chaque partie comporte une part importante d'incertitude rendant impossible le calcul prétendument scientifique que l'utilitarisme cherche à établir.

Il demeure possible de considérer que cette tâche consistant à attribuer une valeur aux intérêts ne relève pas d'une rationalité utilitariste, mais d'une éthique du bien commun ou de la vertu au sens aristotélicien⁵⁰. Sur cette base, l'interrogation relative à la valeur d'un intérêt soulève la question de la vertu que l'on veut honorer. Elle oblige à un dépassement de la logique des intérêts propre à l'utilitarisme.

Quoi qu'il en soit, le jugement emprunte bien souvent au calcul utilitariste. Il s'avère alors pour le moins difficile de déterminer si l'intérêt public l'emporte sur un droit ou un intérêt individuel. Comme l'a exprimé le juge Scalia, une telle interrogation n'a pas plus de sens que la question de savoir si telle pierre est plus lourde que telle ligne est longue⁵¹. L'incommensurabilité⁵² constitue un obstacle épistémologique insurmontable pour le jugement juridique pensé comme un calcul utilitariste.

À titre d'exemple de la difficulté que pose cette opération du jugement, il est possible de se référer à l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, dans lequel la mise en œuvre du critère de proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques a pour effet de minimiser la sévérité de l'atteinte à la liberté de religion⁵³. Ainsi, la mise en œuvre du troisième sous-critère du test de l'article premier consiste à vérifier « la pondération de l'atteinte à la liberté de religion des plaignants » :

« Reste la question de savoir si, dans l'ensemble, les effets de la loi sur les plaignants sont disproportionnés par rapport à l'objectif gouvernemental. La pondération de l'atteinte à la liberté de religion

⁵⁰ Michael J. SANDEL, *Justice. What's the Right Thing to Do?*, New York, FSG, 2009.

⁵¹ *Bendix Autolite c. Miswesco Enters.*, 486 U.S. 888, 897 (1988) : « Having evaluated the interests on both sides as roughly as this, the Court then proceeds to judge which is more important. This process is ordinarily called "balancing", *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. 137, 397 U.S. 142 (1970), but the scale analogy is not really appropriate, since the interests on both sides are incommensurate. It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy. »

⁵² Cass SUNSTEIN, « Incommensurability and Valuation in Law », (1994) 92 *Mich. L. Rev.* 779; Cass SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1993, chap. 3.

⁵³ José WOEHLING, « 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, p. 22.

des plaignants et des effets bénéfiques de la photo obligatoire universelle pour les titulaires d'un permis de conduire révèle-t-elle que la restriction au droit est proportionnée à l'avantage qu'elle procure à l'ensemble de la population? »⁵⁴

Commentant cet arrêt, le constitutionnaliste José Woehrling fait observer certaines limites du critère de la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables, qui « amène les juges à se prononcer sur la valeur de l'objectif lui-même, ce qui relève d'un jugement politique plutôt qu'instrumental. Ensuite, et surtout, le critère de proportionnalité oblige les juges à poser des jugements de valeur hautement subjectifs, car ils doivent nécessairement « pondérer » eux-mêmes les éléments à comparer, lesquels n'ont pas de « poids » ou de « valeur » spécifique en dehors de l'opinion de celui qui effectue la « pesée des intérêts ». Cela ressort de la lecture des arrêts de jurisprudence, dans lesquels les juges qui appliquent le troisième critère de proportionnalité se contentent habituellement d'affirmer que les effets préjudiciables l'emportent sur les effets bénéfiques, ou inversement, sans le plus souvent chercher à expliquer leur jugement à cet égard »⁵⁵.

« Par conséquent, le fait de déplacer le moment crucial, pour le contrôle de la validité du refus de l'exemption, de l'étape de l'atteinte minimale à celle de la proportionnalité au sens strict a également pour effet de laisser jouer plus librement la subjectivité judiciaire. À cette étape, le juge est en quelque sorte libéré de l'obligation de présenter une démonstration et la subjectivité de la « balance des intérêts » qu'il effectue ne peut lui être reprochée puisqu'elle est inévitable. »⁵⁶

Afin de contourner l'obstacle épistémologique que représente le subjectivisme, le juge devrait dès lors se « mettre à la place » de l'individu dont les droits sont limités afin d'apprécier les effets préjudiciables à son égard, ce qui constitue une autre opération épistémologiquement impossible. Comment le juge peut-il connaître le préjudice que subit chaque partie? José Woehrling a bien expliqué cette limite de la raison judiciaire :

⁵⁴ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 19, par. 73.

⁵⁵ J. WOEHRLING, préc., note 53, pp. 26-27.

⁵⁶ *Id.*, p. 27. Pour une critique semblable du processus de mise en balance des intérêts privés et publics, dans le contexte toutefois du contre-terrorisme, voir Bruce ACKERMAN, *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven & London, Yale University Press, 2006, pp. 30-31 : « In defining due process in these areas, the Court has engaged in a freewheeling process of balancing public against private interests – calibrating the degree of due process on a sliding scale, depending on a host of disparate factors. This is plausible when it comes to deciding how much administrative process is required, say, to revise the pollution permit granted a business operation, but it is chilling to see the same approach applied in a case involving human freedom. »

« Le troisième critère de proportionnalité est d'application particulièrement problématique en matière de liberté de religion, puisqu'il s'agit de mettre en balance les fins d'utilité sociale recherchées par le législateur avec une croyance ou une prescription religieuse dont l'importance ne tient ni à sa « vérité », ni à son utilité, mais à sa signification subjective pour le croyant. Dès lors, comment les membres du tribunal, s'ils ne partagent pas les croyances du plaignant, pourraient-ils apprécier l'importance des effets préjudiciables que subit celui-ci? »⁵⁷

Pour éviter ce mentalisme judiciaire, où l'appréciation est supposée possible par la seule opération de l'esprit du juge, il convient, selon une approche pragmatique et contextuelle, de s'en remettre aux parties intéressées afin qu'elles évaluent elles-mêmes les inconvénients et les préjudices qu'elles subissent, en fonction de leur propre conception du bien et du juste. Elles seules peuvent déterminer la signification de leurs intérêts et valeurs en cause, et surtout pas le juge à leur place. Il existe donc une seconde conception, plus délibérative ou procédurale, voire réflexive, de l'opération de balance des intérêts, qui exige une capacité de transformation des intérêts en présence à travers l'épreuve de la discussion, ce qui pourrait permettre d'opérer une « transformation du contexte qui contribue à créer le conflit »⁵⁸. L'opération du juge consiste alors moins à peser les intérêts, qu'à leur permettre de se transformer par la délibération. La rationalité se fait ici procédurale et s'accompagne d'un gain de réflexivité. C'est cette conception qu'il faut maintenant examiner.

b. Au-delà des conceptions instrumentale et utilitariste

L'émergence, ou plutôt la réémergence, de la technique de la pondération des intérêts témoigne d'une transformation importante du contrôle de constitutionnalité et du jugement juridique en matière de droits et libertés, qui s'inscrivent dans des mouvements de déformalisation et de contextualisation du droit⁵⁹. La proportionnalité comme pesée des intérêts insiste à la fois sur l'importance de l'atteinte aux droits individuels et aux intérêts particuliers, d'un côté, et, de l'autre, sur l'importance de l'objectif poursuivi par l'autorité publique, le plus souvent le législateur, au nom de l'intérêt général. L'évaluation judiciaire consiste alors à établir l'équilibre entre les intérêts en jeu.

Pour expliquer la déformalisation que cette transformation manifeste, mentionnons que la montée de cette technique de pondération des intérêts dans la jurisprudence

⁵⁷ *Id.*, p. 28, note 38.

⁵⁸ Olivier De SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 17.

⁵⁹ *Id.*, pp. 5 et suiv.

relative aux droits et libertés « constitue la trace d'une impossibilité : celle qu'éprouve l'auteur de la règle appliquée à prévoir par avance l'ensemble des cas d'application, et ainsi à envisager sa formulation avec à l'esprit toutes les hypothèses de conflit que la situation d'application pourrait faire surgir. L'évolution du droit ne fait que refléter les limites d'une conception formaliste de la rationalité, devenue aujourd'hui d'autant moins défendable que s'est complexifiée la société dont il prétend régir les interactions »⁶⁰. Cette déformalisation signifie ainsi l'échec du modèle de la règle.

Quant à la nécessaire contextualisation du jugement juridique qu'appelle ce recours à la pondération des intérêts, elle signifie d'abord que les droits et libertés ne sont pas absolus, qu'ils ne jouissent pas d'une priorité, comme l'a proposé le modèle libéral des droits comme des atouts⁶¹, mais que leur application exige qu'ils soient mis en balance avec les intérêts légitimes de la société. Comme le rappelle Olivier De Schutter dans son ouvrage sur la question⁶², lors de l'introduction du « balancing test » par la Cour suprême des États-Unis, le juge Black exprimait la crainte que les droits soient alors considérés comme étant conditionnels, puisqu'ils seraient alors « dependent upon the accuracy of the scales upon which this Court weighs the respective interests of the Government and the people »⁶³. L'article premier de la Charte canadienne mentionne que les droits peuvent être restreints dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'article 9.1. de la *Charte québécoise*, qui énonce également une disposition limitative, prescrit que les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

Suivant l'approche contextuelle, la signification et la portée d'un droit ou d'une liberté varient en fonction des particularités du contexte d'application. Cette contextualisation du jugement juridique s'oppose au conceptualisme qui a longtemps prévalu en théorie du droit appliqué.

« De fait, plusieurs décisions des tribunaux de droit commun favorisèrent une approche qu'on peut qualifier de formaliste, en ce que le contexte d'énonciation de la norme (l'influence du droit international, par exemple, ou la cohérence et la spécificité d'ensemble de la Charte québécoise), le contexte juridique évolutif déterminant le contenu de la norme (l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême en particulier), et le contexte social dans lequel s'inscrit la norme ainsi que les conséquences pratiques susceptibles de résulter du

⁶⁰ *Id.*, p. 9.

⁶¹ Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977.

⁶² O. De SCHUTTER, préc., note 58, p. 10.

⁶³ *Koninsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36, 68 (1961).

choix d'une interprétation déterminée, ne furent guère pris en considération. »⁶⁴

Bien que l'interprétation contextuelle des droits et libertés ait été affirmée dès 1990 dans l'affaire *Edmonton Journal*⁶⁵ par la juge Wilson, et réaffirmée à plusieurs reprises depuis, la signification de la méthode contextuelle demeure néanmoins à être précisée⁶⁶.

Bien que le processus de « balancing » ne constitue pas, comme nous l'avons déjà vu, une innovation récente du raisonnement judiciaire, la montée de ce modèle dans l'évaluation constitutionnelle, et plus précisément, lorsque deux droits sont en opposition, demeure plus récente en matière d'application des droits constitutionnels. Le critère de la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables constitue une certaine forme de simplification de l'exercice complexe consistant à établir si les limites aux droits et libertés sont raisonnables et justifiables dans une société libre et démocratique. Cette transformation du contrôle constitutionnel trouve néanmoins des fondements dans les approches réaliste, instrumentale et utilitariste du droit, inspirées du pragmatisme philosophique⁶⁷.

Fondamentalement, une telle contextualisation du jugement juridique s'inscrit dans une théorie pragmatiste et génétique du droit, en vertu de laquelle le choix d'une norme est le choix d'une forme de vie jugée rationnellement plus acceptable⁶⁸. Cependant, pour instaurer une telle forme de vie, il importe de faire retour sur les formes de vie existantes :

« Toute norme vise à instaurer une forme de vie jugée rationnellement plus acceptable. [...] La norme ne peut s'inscrire dans le réel et y prendre « sens » qu'en s'appuyant, en mobilisant, en « faisant retour » (réflexivité) sur les perceptions de formes de vie vécues et effectivement acceptées par les destinataires de la règle. »⁶⁹

Le contexte doit être construit par les acteurs, à moins de supposer que le contexte « constitue une contrainte objectivement imposée, de l'extérieur si l'on veut aux parties dont les intérêts s'opposent »⁷⁰. Il reste bien sûr à réfléchir comment s'effectue la

⁶⁴ Michel COUTU et Pierre BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, volume 2, Études, Montréal, CDPDJ, 2003, p. 247, à la p. 251.

⁶⁵ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

⁶⁶ Danielle PINARD, « La méthode contextuelle », (2002) 81 *Revue du Barreau canadien* 323.

⁶⁷ A. ALEINIKOFF, préc., note 29, pp. 955 et suiv.

⁶⁸ Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, p. 119.

⁶⁹ *Id.*, p. 119. Voir aussi p. 352.

⁷⁰ O. De SCHUTTER, préc., note 58, pp. 1116-1117.

réception par le droit comme institution de la construction du contexte par l'action collective des acteurs.

La transformation à l'œuvre en matière de droits et libertés est ainsi notamment fondée sur l'examen de proportionnalité, qui a d'abord consisté en une exigence de proportionnalité entre l'objectif poursuivi et la restriction au droit ou à la liberté en cause.

« Cette exigence se voudrait attentive seulement au rapport entre les moyens mis en œuvre et la fin poursuivie. Pourtant, elle-même doit s'inscrire dans le cadre d'une épreuve plus large, qui consiste à vérifier si un équilibre a été respecté entre l'ensemble des intérêts en présence. Cette épreuve déborde une conception purement instrumentale de la proportionnalité. Elle en renouvelle la signification. »⁷¹

La jurisprudence, tant de la Cour suprême des États-Unis, de la Cour européenne des droits de l'homme que de la Cour suprême du Canada, a montré l'insuffisance de la conception instrumentale du contrôle de constitutionnalité concentré en « une épreuve essentiellement instrumentale, portant sur la légitimité du but poursuivi, le caractère approprié des moyens choisis et la nécessité d'y recourir »⁷². Comme le souligne Olivier De Schutter, « l'abandon de la conception instrumentale de l'examen de proportionnalité, et l'évolution vers un contrôle juridictionnel qui prend la forme d'une pondération entre les intérêts en présence », a été causé, notamment, par « l'extension du champ d'applicabilité des droits fondamentaux aux rapports dits interindividuels, noués entre des particuliers plutôt qu'entre le particulier et l'autorité publique »⁷³. C'est ainsi, en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, que le fameux test de l'arrêt *Oakes* qui avait été conçu au départ dans le contexte où la constitutionnalité d'une loi était en cause a montré ses limites lorsque le raisonnement ne pouvait pas s'établir à partir d'un objectif législatif précis. Le litige est alors plutôt posé au départ comme un conflit de droits. Il en fut ainsi dans *Dagenais* (conflit entre la liberté d'expression des médias et le droit de l'accusé à un procès équitable), dans *Amslem* (liberté de religion vs droit à la sécurité et à la libre jouissance des biens), dans *Multani* (droit à la sécurité vs liberté de religion), dans *Braker c. Marcovitz* (liberté de religion vs droit à l'égalité), etc.

L'approche préconisée par la Cour suprême des États-Unis en matière d'avortement, de *Roe v. Wade*⁷⁴ jusqu'à *Casey*⁷⁵, constitue un exemple de pondération des intérêts, en

⁷¹ Olivier De SCHUTTER, « Les cadres du jugement juridique », (1998) 2 *Annales de Droit de Louvain* 177, p. 178.

⁷² *Id.*, pp. 178-179.

⁷³ *Id.*, p. 179.

⁷⁴ 410 U.S. 113 (1973).

fonction des stades ou des trimestres de grossesse, entre les intérêts de la femme et l'intérêt de l'État dans la protection du fœtus et de la santé de la femme.

En prenant la forme d'une pondération des intérêts en présence, le jugement juridique prend un autre sens, il se contextualise et passe « du syllogisme à la pondération des intérêts »⁷⁶ (*balancing of interests*). C'est pourquoi la pondération des intérêts doit, à tout le moins, signifier une transformation « des conditions procédurales dans lesquelles s'exerce la fonction de juger, sous l'influence de l'exigence d'effectivité »⁷⁷.

« Il s'agissait par conséquent de compenser un doute, lié à la transformation de la méthode du contrôle juridictionnel, par une réflexion portant sur les cadres de ce contrôle. Ce déplacement requérait de substituer, à l'étude des formules par lesquelles s'exprime l'épreuve de la balance des intérêts, une étude portant sur les dimensions procédurales de la fonction de juger – et de s'intéresser ainsi, plutôt qu'à ce qu'énonce le juge, à ce qu'il réalise en fait. »⁷⁸

Pour bien concevoir l'opération de pondération des intérêts, il convient donc, au départ, d'élargir la notion de conflit afin de rendre compte de la pluralité des objets du conflit, par opposition à une vision du litige qui ne considère comme unique objet du litige que la violation d'un droit subjectif. C'est ainsi, par exemple, que le litige dans l'affaire *Rodriguez*⁷⁹ sur le suicide assisté avait eu tendance à ne poser le problème que dans la perspective subjectiviste de la philosophie de la conscience. La question a été pensée dans le cadre de la philosophie de la conscience sans que la distinction entre le suicide et l'aide au suicide soit suffisamment prise en compte⁸⁰. Contrairement à l'aide au suicide, le Parlement canadien a aboli du *Code criminel* l'infraction de tentative de suicide. Sur cette base, c'est-à-dire pour tenir compte de la différence entre ces deux

⁷⁵ *Planned Parenthood v. Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992).

⁷⁶ J. van COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », dans *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 495.

⁷⁷ O. De SCHUTTER, préc., note 71, p. 182.

⁷⁸ *Id.*, p. 182.

⁷⁹ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, préc., note 47.

⁸⁰ Bjarne MELKEVIK, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, Harmattan : Presses de l'Université Laval, 1998, à la p. 88 : « C'est précisément ce principe qui s'applique dans le cas de M^{me} Rodriguez, car cette dernière a introduit sa conscience existentielle comme un objet, en se rapportant à elle-même comme à n'importe quel objet. Ceci nous permet d'expliquer l'instrumentalisation de la conscience mise au service d'un simple choix, d'une simple liberté de choisir, qui équivaut à celle dont dispose toute autre personne. Pourquoi? Parce que le choix comme objet, réalisé par la conscience, ne sert qu'à empêcher tout retour de la conscience sur elle-même. En fait, un tel modèle n'amène nullement la conscience devant la conscience en soi, mais la projette plutôt sur le plan de l'attitude objectivante où le sujet se supprime, conformément à sa propre instrumentalisation. »

actes, la question du suicide assisté doit être reformulée dans le cadre de la philosophie de l'intersubjectivité. Alors que madame Rodriguez « réclamait la liberté de choisir de se suicider et de le faire au moment où elle serait physiquement impotente, impliquant ainsi l'habilitation d'une tierce personne pour réaliser ce souhait »⁸¹, cette façon de formuler la question est « fallacieuse »⁸² :

« Car il faut comprendre que le problème se situe bien au-delà du droit réclamé par M^{me} Rodriguez; il se situe en effet à l'échelle de la construction d'un droit pour la personne censée servir d'aide au suicide. Il nous semble que c'est précisément cette dimension qui n'a pas été suffisamment débattue dans le cadre de ce jugement. [...]

C'est donc dans l'attribution de ce droit que réside l'essence même de la demande de l'aide au suicide. »⁸³

Pour dépasser la conception traditionnelle de la balance des intérêts, De Schutter propose de substituer « une discussion visant à délimiter les objets du litige » « au mythe d'une balance, qui réaliserait pour le juge la pesée dont il serait dispensé de devoir rendre compte lui-même »⁸⁴. Par exemple, « l'action que le travailleur introduit contre son syndicat réclame la garantie de son droit subjectif; en même temps, elle réclame du syndicat qu'il respecte pleinement les obligations que lui impose le droit objectif, et elle est ainsi non seulement au bénéfice du seul travailleur individuel, mais dans l'intérêt collectif des travailleurs, affiliés comme lui audit syndicat »⁸⁵ : « Ce simple déplacement constitue déjà un gain de réflexivité. Il permet en effet d'envisager l'obstacle perspectiviste comme un conflit qui oppose les représentations différentes que les parties entretiennent de l'enjeu du litige. »⁸⁶

« L'obstacle perspectiviste a sa source dans la difficulté de régler le conflit qui oppose différentes façons de cadrer l'enjeu du litige. Mais le gain que représente l'idée de la pluralité des objets du litige va au-delà de cette seule lucidité supplémentaire. Car elle introduit en outre une exigence de réflexivité, dans l'identification des intérêts eux-mêmes. La métaphore de la balance des intérêts prend ces intérêts comme donnés, et comme lestés d'avance d'un poids qu'il suffirait au juge de reconnaître. Au contraire, si l'on se représente le litige comme comprenant plusieurs objets, dont chacun intéresse un cercle différent de personnes, l'on est conduit à une conception délibérative de l'opération de pesée des intérêts. Une telle conception prend acte de la

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

⁸³ *Id.* aux pp. 88-89.

⁸⁴ O. De SCHUTTER, préc., note 71, p. 187.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

capacité qu'ont ces intérêts de se réviser, une fois mis en contact dans le cadre du procès. »⁸⁷

Évidemment, une telle conception délibérativiste est fondée sur un double présupposé, soit que le procès permet l'opération de la réflexivité et que les acteurs ont la capacité réflexive nécessaire pour qu'opère une telle transformation des identités. Les travaux plus récents ont bien montré que cette réflexivité ne peut opérer sans porter davantage attention aux dispositifs institutionnels à mettre en place⁸⁸. Le constitutionnaliste américain Frank Michelman a également souligné certains mérites de cette approche, en insistant notamment sur sa signification contextuelle :

« Adoption of the balancing standard is, all the same, a significant act of commitment on Justice O'Connor's part. Its formula commits her, in the first place, to the Court's and the country's project of resolving normative disputes by conversation, a communicative practice of open and intelligible reason-giving, as opposed to self-justifying impulse and ipse dixit. The test's open categories invite the expression and examination of doubts and disagreements, not just about formulation of a standard for cases like this, but about *this case* and how its resolution will, given the context, affect the meanings of the whole complex of governing standards. The balancing test, with its contextual focus, solicits future conversation, by allowing for resolution of this case without predetermining so many others that one « side » experiences large-scale victory or defeat. Justice O'Connor's use of such balancing displays both its reconciliatory spirit and its dialogic force: she can acknowledge as « unquestionably » real and legitimate the major interests asserted by the losing party, while enforcing on that party a standard of dialogic good faith. »⁸⁹

En opposition à la conception classique de la balance des intérêts, où « la mise en balance des intérêts ne saurait prétendre à l'objectivation, dès lors qu'elle oppose des intérêts relevant chacun de sphères d'évaluation différentes, et dès lors dépourvues d'une norme commune d'évaluation », il convient d'opter plutôt pour une réappropriation, par les parties, de la norme à adopter⁹⁰ : sur cette base, « il ne va plus s'agir tant de *découvrir* lequel des intérêts en conflit a le poids le plus important, que d'*énoncer* explicitement l'aune à partir de laquelle ce poids sera déterminé, et le motif de

⁸⁷ *Id.*, p. 188.

⁸⁸ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 68. Voir aussi Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *Démocratie, droit et gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011.

⁸⁹ Frank I. MICHELMAN, « The Supreme Court, 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government », (1986) 100 *Harv. L. Rev.* 4, 34. L'auteur commente l'arrêt *Goldman v. Weinberger*, 106 S. Ct. 1310 (1986), dans lequel la juge O'Connor exprime une opinion dissidente.

⁹⁰ O. De SCHUTTER, préc., note 71, p. 190.

préférer cette aune à une infinité d'autres possibles »⁹¹. Une telle approche « assigne aux parties dont les intérêts sont en conflit la mission de définir activement la norme sous laquelle, pour l'avenir, leurs rapports vont se placer »⁹².

Conclusion

Dans ce texte, il s'est d'abord agi de démontrer que le refus de la Cour suprême du Canada de reconnaître une hiérarchie formelle entre les différents droits s'est aussitôt transformé dans l'application des chartes en une hiérarchisation contextuelle entre ces droits. C'est d'ailleurs dans la reformulation du sous-critère de proportionnalité qu'opère principalement cette hiérarchisation contextuelle, alors qu'il s'agit de pondérer les effets bénéfiques et les effets préjudiciables, ou de pondérer les inconvénients. La théorie constitutionnelle a érigé le principe de proportionnalité en véritable conception du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

Cette opération de balance entre les effets peut se concevoir dans la logique de l'utilitarisme, ce qui soulève certaines difficultés. La raison judiciaire est confrontée à des obstacles épistémologiques, tant dans l'appréciation des effets pour chaque partie que dans la recherche d'un standard permettant une telle évaluation. La pondération entre les intérêts et les droits peut, par conséquent, être reconceptualisée sur la base d'une approche contextuelle qui renvoie davantage la responsabilité aux parties de reconstruire le contexte et d'opérer « la transformation effective de ce contexte en vue d'y inscrire la forme de vie idéalisée »⁹³.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.*

⁹³ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 68, p. 112.

