

---

## *Le Canada de la Charte : Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste ?*

---

Luc B. Tremblay\*

Cet article porte sur le caractère normatif du principe de neutralité. L'auteur aborde ce principe sous deux angles : d'une part, comme principe conditionnant la nature des arguments qui justifient les principes qui sous-tendent la *Charte* ; d'autre part, comme l'un des principes qui, en vertu de l'article premier, déterminent la légitimité des actions gouvernementales qui dérogent aux droits et libertés garantis.

L'auteur examine d'abord l'hypothèse du principe de neutralité constitutionnelle selon lequel les principes qui sous-tendent la *Charte* devraient reposer sur des valeurs neutres entre les différentes conceptions du bien. L'auteur conclut que la Cour suprême a plutôt interprété et appliqué la *Charte* sur la base d'arguments qui cherchent à promouvoir certains biens qu'elle estime supérieurs dans le dessein de perfectionner les individus et la société. L'auteur reconnaît qu'une théorie constitutionnelle perfectionniste pourrait être acceptable à certaines conditions, notamment lorsque ses valeurs et idéaux moraux s'inscrivent dans le cadre d'une conception libérale du bien. Une telle conception impliquerait la reconnaissance d'un principe, qu'il nomme le principe de la neutralité de l'action gouvernementale.

L'auteur analyse ensuite ce deuxième principe et démontre que la Cour suprême, en général, ne consacre pas le caractère normatif du principe de la neutralité de l'action gouvernementale. Il conclut que ce défaut de le faire expose les individus à une *Charte* qui repose sur des principes incohérents et à une attitude législative perfectionniste qui risque de leur retirer la raison même de l'existence de la *Charte* : la sauvegarde de leurs droits.

This article examines the normative nature of the principle of neutrality. The author views the principle from two perspectives: firstly, as a principle that shapes the arguments that justify the principles underlying the *Charter*; and secondly, as one of the principles which, by virtue of section 1, determines the legitimacy of government action that violates protected rights and freedoms.

The author first examines the crux of the principle of constitutional neutrality according to which the principles upon which the *Charter* is based ought to be neutral with respect to conceptions of the «good». The author concludes that the Supreme Court has rather interpreted and applied the *Charter* on the basis of arguments that seek to promote particular views of the «good». According to the author, the Court has demonstrated a perfectionist approach. The author recognizes that a perfectionist constitutional theory could be acceptable if, for example, its moral ideals stemmed from a liberal conception of the «good». Such a conception would require recognition of what the author terms «the principle of neutrality of government action».

The author then analyzes this second principle and shows that, in general, the Supreme Court accords little value to the normative nature of the principle of the neutrality of government action. He then concludes that the Court's disregard for the principle submits individuals to a *Charter* based upon incoherent principles and a perfectionist legislative attitude which risks to counteract the very purpose of the *Charter*: the protection of the rights of individuals.

---

\* Professeur de droit à l'Université de Sherbrooke. Je dois remercier le professeur Pierre Blache de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke d'avoir lu et commenté pertinemment les versions antérieures de ce texte.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1995

Mode de référence : (1995) 40 R.D. McGill 487

To be cited as : (1995) 40 McGill L.J. 487

---

*Sommaire***Introduction****I. Le principe de neutralité****II. Le principe de la neutralité constitutionnelle****III. Le principe de la neutralité de l'action gouvernementale****Conclusion**

---

## Introduction

En philosophie politique contemporaine, le libéralisme est généralement conçu comme prescrivant que l'État, dans une société libre, démocratique et pluraliste, devrait rester neutre entre les «conceptions concurrentes de la vie bonne» ou «conceptions du bien» qui reposent sur des idéaux moraux et des représentations ultimes controversées comme l'essence ou la nature de l'être humain, le sens et la valeur de la vie, le but de la création, *etc.*<sup>1</sup> Je qualifierai de «perfectionniste» un État qui cherche à promouvoir une conception du bien ou les idéaux moraux controversés d'un groupe particulier, ou qui justifie ses actions sur la base de valeurs qui présupposent la supériorité d'une conception du bien<sup>2</sup>. En prescrivant la neutralité de l'État, le libéralisme contemporain procurerait une solution aux conflits des représentations ultimes concurrentes et controversées des individus dans un État pluraliste et, par le fait même, au problème de la légitimité du droit.

Depuis l'affaire *R. c. Oakes*<sup>3</sup>, plus particulièrement, la Cour suprême du Canada a clairement affirmé que l'objectif fondamental de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>4</sup> est de garantir le caractère libre et démocratique de la société canadienne<sup>5</sup>. Je postulerai donc que la *Charte* constitue un document qui incorpore un ensemble de valeurs et de principes dont la signification doit

<sup>1</sup> Cette conception du libéralisme contemporain est généralement associée aux travaux de John Rawls, Bruce Ackerman et Ronald Dworkin (voir par ex. J. Rawls, *A Theory of Justice*, London, Oxford University Press, 1971 [ci-après *A Theory of Justice*]; R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980). Cette conception est cependant contestée (voir par ex. S.A. Gardbaum, «Why The Liberal State Can Promote Moral Ideals After All» (1991) 104 *Harv. L. Rev.* 1350; B. Barry, «How Not to Defend Liberal Institutions» dans R.B. Douglass, G.R. Mara et H.S. Richardson, dir., *Liberalism and the Good*, London, Routledge, 1990; J. Raz, *The Morality of Freedom*, New York, Oxford University Press, 1986; W. Galston, «Defending Liberalism» (1982) 76:3 *Am. Pol. Sci. Rev.* 621).

<sup>2</sup> Par État perfectionniste, je n'entends pas nécessairement un État totalitaire ou un État qui cherche à promouvoir une conception du bien que John Rawls a qualifié de «générale» (voir J. Rawls, «La priorité du juste et les conceptions du bien» (1988) 33 *Archives de philosophie du droit* 39 aux pp. 40-41 [ci-après «La priorité du juste»]). Il suffit que l'État ne soit pas neutre.

<sup>3</sup> [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 200 [ci-après *Oakes* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>4</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

<sup>5</sup> Le texte pertinent est le suivant :

L'inclusion de ces mots [société libre et démocratique] à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchaînement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique (*Oakes*, *supra* note 3 à la p. 136).

être déterminée à la lumière d'une interprétation du sens de ce qu'on pourrait appeler la «tradition libérale», tant au Canada que dans le monde occidental, elle-même interprétée en fonction de notre compréhension du droit, de la morale politique, de l'histoire des idées, et de l'ensemble des théories et méta-théories d'arrière-plan. Ce postulat est controversé en théorie constitutionnelle canadienne : d'une part, il présuppose une conception particulière de la méthode d'interprétation constitutionnelle que les constitutionnalistes qualifient de «téléologique» ainsi qu'une réponse à la question de la légitimité du processus d'interprétation et, d'autre part, il présuppose que les paramètres généraux du débat juridique, notamment l'objectif de préserver le caractère libre et démocratique de la société canadienne, sont suffisamment justifiés<sup>6</sup>.

J'ai donc voulu vérifier si, et dans l'affirmative, dans quelle mesure, les juges de la Cour suprême du Canada reconnaissent le caractère normatif du principe de neutralité en droit constitutionnel canadien. Alors que ce principe constitue l'un des thèmes centraux de la philosophie politique contemporaine, la théorie constitutionnelle canadienne dominante l'ignore<sup>7</sup>. Le texte même de la *Charte* n'indique pas si le principe doit jouer un rôle quelconque en droit constitutionnel canadien<sup>8</sup> et, à consulter les ouvrages doctrinaux classiques, il faudrait en déduire qu'il n'en fait pas partie. Or, je soutiens que le principe de neutralité pourrait recevoir au moins deux significations juridiques distinctes. Dans une première partie, je présenterai les deux principes qui correspondent à ces deux significations. Ensuite, dans les parties II et III, je vérifierai si ces

---

<sup>6</sup> Ce n'est pas le moment d'exposer et de justifier le bien-fondé de ces assertions. Néanmoins, j'ai approfondi et défendu cette conception de la méthode d'interprétation téléologique dans L.B. Tremblay, «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels» (1995) 29 R.J.T. (à paraître) [ci-après «L'interprétation téléologique»].

<sup>7</sup> Par «théorie constitutionnelle dominante», je pense à la théorie constitutionnelle générale et descriptive qui sous-tend les ouvrages (monographies, recueils de textes) qui sont généralement utilisés dans les facultés de droit pour *décrire* l'état du droit constitutionnel canadien. Pour une clarification des postulats fondamentaux de cette théorie, voir L.B. Tremblay, «La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit» (1994) 39 R.D. McGill 101 aux pp. 103-14. Traditionnellement, le principe de neutralité a pu être ignoré des juristes canadiens puisqu'ils étaient formés dans le cadre de la doctrine constitutionnelle positiviste de la souveraineté du Parlement selon laquelle le Parlement pouvait juridiquement tout faire. Par contre, la théorie critique du droit au Canada et l'analyse féministe, par exemple, font état du principe.

<sup>8</sup> La *Charte* garantit des droits et des libertés aux articles 2 à 23, mais autorise le législateur, par l'article premier, à restreindre ces droits et libertés dans des limites justifiables ou raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique. La *Charte* mentionne aussi l'attachement du Canada au patrimoine multiculturel. Sans plus d'indice, ces dispositions peuvent se comprendre aussi bien comme un élément de la neutralité libérale que comme un ingrédient indispensable au bonheur de chacun ou au bien-être de la société. Par conséquent, une référence au texte pour *fonder* la neutralité ou le perfectionnisme, présumerait la question résolue ou nous engagerait dans un cercle vicieux.

deux principes de neutralité font partie du droit constitutionnel canadien<sup>9</sup>.

Ma thèse générale est la suivante : la Cour suprême semble fonder la *Charte* sur une théorie constitutionnelle perfectionniste qui pourrait, à certaines conditions, être acceptable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cependant, elle a récemment introduit un principe qui, s'il était maintenu, pourrait autoriser les différents législateurs et gouvernements à contrecarrer l'objectif même d'une charte constitutionnelle des droits et à perfectionner la société et les individus qui la composent bien au-delà de ce que tolérerait le libéralisme. Enfin, je suis d'avis que certaines décisions récentes de la Cour suprême ne peuvent être bien comprises que sur la base de ce dernier principe.

## I. Le principe de neutralité

Je propose de faire la distinction entre deux principes de neutralité pour les fins d'une analyse du droit constitutionnel canadien. J'appellerai le premier principe «principe de la neutralité constitutionnelle» et le second «principe de la neutralité de l'action gouvernementale»<sup>10</sup>.

Le principe de la neutralité constitutionnelle exprime l'idée que la *justification* de la *Charte* elle-même ou, plus précisément, celle des principes qui sous-tendent les droits et libertés garantis<sup>11</sup> et celle des principes qui établissent la légitimité des règles de droit qui restreignent les droits et libertés garantis<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> La question de savoir à quelles conditions un principe donné fait partie du droit est controversée en théorie générale du droit. Néanmoins, pour les fins de ce texte, je considérerai comme «juridique» un principe qui exerce une contrainte véritable dans le processus d'interprétation constitutionnelle, soit pour l'interprétation proprement dite de la Constitution, soit pour déterminer la validité d'une conduite gouvernementale. Il se peut, cependant, qu'un principe qui remplit cette condition ne soit pas expressément énoncé. Cela implique que nous devons nous-mêmes nous engager dans un processus d'interprétation du discours juridique relatif à la *Charte*. Si la meilleure interprétation du discours de la Cour suprême du Canada révèle que le principe de neutralité contraint véritablement le processus de décision constitutionnelle, je supposerai que le principe de neutralité est un principe juridique, c'est-à-dire qu'il fait partie du droit constitutionnel canadien.

<sup>10</sup> Il est entendu que d'autres interprétations et applications possibles du principe de neutralité en droit canadien comme, par exemple, le principe de la neutralité des effets ou des conséquences, pourraient être envisagées. Cependant, je n'en traiterai pas ici. D'une part, ces autres conceptions semblent constituer un aspect marginal de la théorie libérale, s'il en est un (voir par ex. «La priorité de juste», *supra* note 2 à la p. 49 et s.). De plus, il y a des raisons de croire qu'en droit constitutionnel canadien cette version de la neutralité se raccrocherait au principe d'anti-discrimination.

<sup>11</sup> Les droits et libertés garantis se retrouvent aux articles 2 à 23 de la *Charte*.

<sup>12</sup> Ces principes constituent formellement la signification de l'article premier de la *Charte*.

doit être *neutre* entre les diverses conceptions du bien, c'est-à-dire affirmer ou reposer sur des *valeurs neutres*.

L'idée de «valeurs neutres» n'est pas facile à cerner. Néanmoins, on pourrait les regrouper en deux catégories.

- 1- Dans la première, nous pouvons regrouper des valeurs purement *procédurales* ou *formelles* comme, par exemple, la valeur de l'impartialité, les règles du dialogue rationnel, la justice formelle, le principe de la généralité et de l'universalité des normes, *etc.*<sup>13</sup>
- 2- Dans la seconde, nous pouvons regrouper des valeurs *matérielles* qui, de par leur nature ou fonction, sont acceptables pour chacun indépendamment de sa conception particulière du bien. Par exemple, nous pourrions inclure la valeur d'un ou plusieurs intérêts essentiels ou nécessaires à chaque personne (déterminée par la nature, la raison ou autrement) que nul n'oserait contester<sup>14</sup>.

S'il existait en droit canadien, le principe de la neutralité constitutionnelle constituerait l'un des principes les plus fondamentaux de tout l'ordre juridique. Il porterait ultimement sur la justification ou le fondement des *principes* qui, au Canada, établissent, d'une part, l'importance de protéger et de promouvoir certains intérêts individuels fondamentaux et, d'autre part, la nature des raisons valables pouvant justifier les actes gouvernementaux qui portent atteinte à ces intérêts. Il rejoindrait, en quelque sorte, le principe de neutralité qui, en philo-

---

<sup>13</sup> Voir par ex. C.E. Larmore, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987 ; l'idée du contrat social et du «voile de l'ignorance» de Rawls, *A Theory of Justice*, *supra* note 1 et *infra* note 14.

<sup>14</sup> Par exemple, l'idée des *biens premiers* utilisée par Rawls, *ibid.* à la p. 92 et s., semblait indiquer que la protection universelle de certains biens ou intérêts était nécessaire pour l'obtention de tous les autres biens qu'une personne pourrait désirer dans sa vie et, conséquemment, que toute personne rationnelle placée sous le «voile de l'ignorance» y consentirait (*ibid.* à la p. 142 et s.). La théorie de Rawls de 1971 est bien connue. Rawls a construit une *procédure contractuelle* soumise à un certain nombre de contraintes qui postulaient des valeurs (procédurales et matérielles) apparemment neutres : par exemple, 1- la coopération humaine est nécessaire et possible ; 2- les parties sont des personnes rationnelles mutuellement intéressées, mais non égoïstes ; 3- elles désirent toutes le plus de «*biens premiers*» possibles nécessaires à la réalisation de leur plan de vie rationnel ou conception du bien ; 4- les principes choisis doivent être généraux, universels, publics, *etc.* ; 5- les parties sont capables d'un sens de la justice et d'agir en conséquence ; 6- les parties sont capables d'une conception du bien mais ignorent celle qu'elles adopteront dans la vie réelle (le «voile de l'ignorance»). Les *biens premiers* pouvaient alors être conçus comme des biens *universels* instrumentaux neutres. La question de savoir si les *biens premiers* peuvent encore être conçus comme affirmant des valeurs neutres universelles demeure discutable depuis que Rawls a précisé le caractère politique et herméneutique de sa théorie («La priorité du juste», *supra* note 2 à la p. 40).

sophie politique, exige que la *justification* des principes (libéraux) de justice, notamment ceux qui affirment l'importance de protéger et promouvoir certains droits et libertés et ceux qui autorisent une dérogation à ces mêmes principes, soit indépendante d'une conception du bien<sup>15</sup>.

Étant donné l'ordre constitutionnel canadien, le principe de la neutralité constitutionnelle, s'il existait, exercerait une contrainte sur le *pouvoir judiciaire* puisque c'est à lui qu'est conféré le pouvoir d'élaborer, d'interpréter et de justifier les principes constitutionnels qui sous-tendent la *Charte*. Il devrait donc se manifester dans le processus d'interprétation constitutionnelle lors de l'élaboration de la théorie qui sous-tend la *Charte*.

Le *principe de la neutralité de l'action gouvernementale* exprime l'idée négative qu'une institution gouvernementale ne peut pas restreindre un droit ou une liberté garanti uniquement pour des motifs qui cherchent à promouvoir ou favoriser une conception particulière du bien. Si ce principe existait en droit constitutionnel canadien, il concernerait la *justification* (les motifs, le but visé) des lois et des autres règles de droit qui portent atteinte, restreignent ou limitent les droits et libertés garantis. Techniquement, le principe de la neutralité de l'action gouvernementale devrait, au moins lors de l'application de l'article premier de la *Charte*<sup>16</sup>, exercer une contrainte sur l'exercice des pouvoirs législatif et gouvernemental. Pour cette raison, il devrait aussi se manifester dans le processus de décision judiciaire, puisqu'il appartient aux tribunaux de vérifier et décider si, et à quelles conditions, une règle de droit restreignant les droits fondamentaux garantis est légitime.

La relation entre les deux principes de neutralité est complexe. D'une part, alors que le principe de la neutralité constitutionnelle se rapporterait à la justification des *principes* qui sous-tendent la *Charte* elle-même, le principe de la neutralité de l'action gouvernementale constituerait l'*un* de ces principes. D'autre part, si la reconnaissance du principe de la neutralité constitutionnelle

---

<sup>15</sup> Les principes libéraux de justice se rapportent à la juste distribution des ressources disponibles comme, par exemple, l'argent, la richesse, les opportunités (le choix de la carrière, l'éducation, la liberté de circulation), les pouvoirs, les droits juridiques non fondamentaux (contracter, ne pas être importuné) et, dans le contexte du libéralisme contemporain, les libertés et les droits fondamentaux. C'est ici que les thèses de Rawls, Dworkin et Ackerman constituent les para-digmes d'un libéralisme neutre.

<sup>16</sup> L'article premier se lit ainsi :

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

pouvait, à certaines autres conditions, ne pas impliquer le principe de la neutralité de l'action gouvernementale, une justification morale et perfectionniste des principes de la *Charte* pourrait, à certaines conditions, entraîner le principe de la neutralité de l'action gouvernementale<sup>17</sup>.

## II. Le principe de la neutralité constitutionnelle

Le principe de la neutralité constitutionnelle pose donc la question de savoir si, pour la Cour suprême du Canada, la *justification* des principes qui sous-tendent les droits fondamentaux garantis et celle des principes qui permettent d'évaluer si les limites apportées à ces mêmes droits sont légitimes reposent sur des valeurs *neutres* entre les différentes conceptions particulières du bien. La réponse à cette question doit reposer sur une reconstruction du discours judiciaire par lequel la Cour justifie l'*interprétation* et le *sens* des dispositions constitutionnelles<sup>18</sup>. Si ce discours se basait sur des valeurs neutres, alors la *Charte* se fonderait sur une théorie constitutionnelle neutre. Par contre, s'il exprimait des valeurs présupposant la supériorité d'une conception du bien, alors la *Charte* serait fondée sur une théorie constitutionnelle *perfectionniste*<sup>19</sup>.

Bien que certains passages jurisprudentiels semblent équivoques<sup>20</sup>, la justi-

---

<sup>17</sup> Cette deuxième hypothèse pourrait être illustrée par la théorie de John Stuart Mill dans J.S. Mill, *De la liberté*, trad. par L. Lenglet, Paris, Gallimard, 1990 au c. 3, où il justifie une forme de «neutralité» de l'État sur la base d'une théorie morale perfectionniste.

<sup>18</sup> On pourrait penser que la question de la neutralité constitutionnelle ne dépend pas d'une reconstruction du processus d'interprétation constitutionnelle mais des valeurs qui seraient *objectivement* enchâssés dans la *Charte*. Par exemple, on pourrait soutenir que la théorie constitutionnelle qui sous-tend la *Charte* est neutre ou perfectionniste selon les choix politiques qu'a posés le constituant. Notre question de base se réduirait donc à déterminer l'intention du constituant. Le problème, ici, est que la méthode d'interprétation adoptée par la Cour rejette, à bon droit, les conceptions «fondationnalistes» de l'interprétation constitutionnelle. La Cour suprême a établi que l'interprétation de la *Charte* devait procéder conformément à la méthode d'interprétation téléologique, ce qui signifie que les droits et libertés garantis doivent être interprétés en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger. Cela implique, à mon avis, la matérialisation ou concrétisation des *principes* constitutionnels non écrits qui affirment que tel ou tel intérêt est digne d'une protection constitutionnelle («L'interprétation téléologique», *supra* note 6).

<sup>19</sup> Par exemple, si le discours judiciaire révélait que la raison d'être de la liberté d'expression est uniquement de garantir une sphère dans laquelle les individus peuvent former leurs opinions et choisir leur propres fins, indépendamment des raisons fondées sur la croyance que cette liberté contribue au bonheur individuel et au bien de la société, les principes constitutionnels qui justifient cette liberté pourraient, à certaines conditions, être qualifiés de *neutres*.

<sup>20</sup> Certains passages pourraient être interprétés autant comme affirmant des valeurs neutres que des valeurs morales controversées. Par exemple, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 à la p. 395, 38 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 161 [ci-après *Renvoi*



fication des principes qui sous-tendent la *Charte* n'est pas neutre. Elle s'inscrit dans le cadre d'une théorie constitutionnelle *perfectionniste*. Il n'est pas possible, ici, d'énumérer l'ensemble des *valeurs morales substantives* auxquelles les juges réfèrent dans le processus d'interprétation constitutionnelle. Cependant quelques exemples suffiront.

L'interprétation de la liberté d'expression garantie au paragraphe 2(b) de la *Charte*, par exemple, a été justifiée sur la base de valeurs qui prônent une conception du bien controversée que nous pourrions associer à la théorie libérale perfectionniste de John Stuart Mill<sup>21</sup>. La Cour fait grand état des valeurs que constituent la diversité, la libre recherche de la vérité, l'épanouissement personnel et l'autonomie. Par exemple, elle écrit que la protection de la liberté d'expression est justifiée, car «nous attachons une grande valeur à la *diversité* des idées et des opinions qui est *intrinsèquement salutaire* tant pour la collectivité que pour l'individu» [nos italiques]<sup>22</sup>. La justification du droit à la liberté d'expression *commerciale* énonce deux valeurs morales controversées : «elle favorise l'autonomie personnelle et l'épanouissement individuel en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés»<sup>23</sup>. Nous pourrions croire que ce passage est compatible avec une interprétation du principe de la neutralité, puisque la liberté semble simplement offrir une structure qui permet à chacun de faire des choix éclairés en fonction de sa conception du bien sans dire aux citoyens ce qu'ils doivent choisir. Cependant, la question est de savoir si les valeurs de l'*autonomie* et de l'*épanouissement personnel* qui justifient la liberté peuvent elles-mêmes être conçues comme neutres. Or, à mon avis, la réponse est négative. Pour la Cour, agir d'une façon autonome et conformément à ses propres aspirations est un ingrédient essentiel du bonheur<sup>24</sup>. Le caractère perfectionniste de la théorie constitutionnelle qui sous-tend la doctrine de la liberté d'expression est rendu manifeste par l'approbation par la Cour de l'extrait suivant d'un texte classique de Thomas Emerson, publié en 1963 et portant sur la liberté d'expression aux États-Unis :

---

*relatif à la PSERA* avec renvois aux R.C.S.], la majorité a énoncé que la liberté d'association reposait sur une proposition assez simple : «pour l'individu, la réalisation de certains objectifs par l'exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l'aide et la coopération d'autrui».

<sup>21</sup> Mill, *supra* note 17.

<sup>22</sup> *Québec (P.G.) c. Irwin Toy Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 927 à la p. 968, 58 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577 [ci-après *Irwin Toy* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>23</sup> *Québec (P.G.) c. Ford*, [1988] 2 R.C.S. 712 à la p. 767, 54 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577.

<sup>24</sup> Nous pourrions ajouter que la Cour juge qu'une vie dans laquelle un individu exprime librement ses opinions, participe aux délibérations communautaires, s'informe, persuade, *etc.*, ou qu'une communauté qui favorise cette liberté sont intrinsèquement désirables.

[L]a théorie de la liberté d'expression [...] englobe une vision de la société, une foi et tout un mode de vie. [...] Elle envisage un mode de vie qui permettra à l'homme d'exploiter tout son potentiel en favorisant la tolérance, le scepticisme, la raison et l'initiative<sup>25</sup>.

Pour justifier le droit à la liberté garanti à l'article 7 de la *Charte*, M<sup>me</sup> le juge Wilson, dans une opinion minoritaire (mais non contredite par la majorité), s'est référée à la théorie de Neil MacCormick pour qui la liberté est «une condition du respect de soi et de la satisfaction que procure la capacité de réaliser sa propre conception d'une vie bien remplie, qui vaille la peine d'être vécue.»<sup>26</sup> Pour MacCormick,

[c]e respect de soi et cette satisfaction sont [...] des biens fondamentaux [*fundamental goods*] pour l'être humain, la vie elle-même ne valant la peine d'être vécue qu'à la condition de les éprouver ou de les rechercher. L'individu auquel on refuserait délibérément la possibilité de parvenir au respect de lui-même et à cette satisfaction se verrait privé de l'essence de son humanité.<sup>27</sup>

Certains juges sont parfois plus spécifiques. Par exemple, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, où il s'agissait de décider si le droit de négocier collectivement et le droit de grève étaient inclus dans la liberté d'association<sup>28</sup>, deux juges dissidents ont répondu par l'affirmative en se fondant sur des arguments qui postulent la supériorité de certaines conceptions ultimes controversées. Par exemple, ils écrivent qu'en tant «qu'êtres sociaux, notre liberté d'agir collectivement est une condition première de la vie communautaire, du progrès humain et d'une société civilisée»<sup>29</sup>. La liberté d'association est un bien, car elle favorise le civisme, les sentiments généreux et la véritable justice et égalité<sup>30</sup>. Puis, abordant la question spécifique que soulevait le litige, ils expriment une conception de la vie bonne qui favorise la valeur du travail dans la vie humaine. Pour eux, la liberté d'association devait comprendre le droit de s'associer afin de défendre les «conditions de vie» et la «dignité des individus au travail» :

<sup>25</sup> T.I. Emerson, «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963) 72 Yale L.J. 877 à la p. 886, tel que cité dans *Irwin Toy*, *supra* note 22 aux pp. 970-71.

<sup>26</sup> N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, New York, Oxford University Press, 1982 à la p. 39, tel que cité dans *Morgentaler c. R.*, [1988] 1 R.C.S. 30 à la p. 164, 44 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385 [ci-après *Morgentaler* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>27</sup> MacCormick, *ibid.* à la p. 41, tel que cité dans *Morgentaler*, *ibid.* aux pp. 164-65.

<sup>28</sup> Il s'agissait de décider si certaines activités collectives à des fins *économiques* étaient incluses dans la notion de liberté d'association.

<sup>29</sup> *Renvoi relatif à la PSERA*, *supra* note 20 à la p. 365.

<sup>30</sup> *Ibid.* Ils s'appuient sur J.S. Mill, *Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy*, vol. 2, New York, Appleton, 1893 à la p. 352.

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel<sup>31</sup>.

Ce bien explique,

pourquoi [...] les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même<sup>32</sup>.

Les juges approuvent la thèse de Paul Weiler<sup>33</sup> selon laquelle la « négociation collective », en matière de droit du travail, rehausse la dignité du travailleur en tant que personne humaine ; elle est « intrinsèquement valable comme expérience en matière d'autonomie »<sup>34</sup>. Or, puisque le droit de grève est nécessaire à l'efficacité du système de négociation collective, la liberté d'association doit inclure le droit de grève. Le droit fondamental à la grève est donc justifié sur la base d'une conception selon laquelle il est désirable qu'au cours de sa vie, l'individu travaille et participe aux discussions et décisions sociales qui concernent ses conditions de vie : elle permet de réaliser certaines fins, par exemple, la dignité humaine, l'identité, le bien-être, l'autonomie.

Je ne multiplierai pas les exemples. Pour les juges, la théorie constitutionnelle qui sous-tend la *Charte* postule la supériorité de certains biens humains et sociaux, et ils essaient de les promouvoir et les réaliser en conséquence. La Constitution est donc conçue comme un agent de perfection pour la société et les individus.

Il ne faudrait pas déduire de cela, cependant, que les juges ont réussi, à ce jour, en tant que corps collégial, à élaborer une conception cohérente du bien. Des passages tirés de la jurisprudence de la Cour pourraient indiquer que la

---

<sup>31</sup> *Renvoi relatif à la PSERA, ibid.* à la p. 368. Ils approuvent l'opinion d'un juriste, David Beatty, pour qui l'emploi est « le moyen par lequel la plupart des membres de notre collectivité peuvent prétendre à un droit égal au respect et à la considération des autres » (D. Beatty, « Labour is not a Commodity » dans B.J. Reiter et J. Swan, dir., *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 313 à la p. 324, tel que cité dans *Renvoi relatif à la PSERA, ibid.*).

<sup>32</sup> *Renvoi relatif à la PSERA, ibid.*

<sup>33</sup> P. Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*, Agincourt (Ontario), Carswell, 1980.

<sup>34</sup> *Ibid.* à la p. 369.

*Charte* repose sur une pluralité de valeurs et de conceptions ultimes dont la compatibilité n'est pas évidente *a priori*. Par exemple, si nous tentions aujourd'hui de comprendre la conception de l'*être humain* qui guide les juges dans le processus de détermination des biens humains fondamentaux, nous découvririons des arguments militant en faveur d'au moins trois conceptions ultimes. D'abord, en mettant l'accent sur la valeur de l'autonomie et de l'épanouissement personnel, la Cour semble s'inscrire dans le cadre d'une conception libérale de l'individu (quel que soit, par ailleurs, le contenu précis de cette conception). Ensuite, pour justifier le droit à la liberté d'association garanti au paragraphe 2(d) de la *Charte*, la Cour a cité le célèbre passage d'Aristote selon lequel l'homme est un «animal social façonné par la nature pour vivre en groupe»<sup>35</sup>. Bien qu'il ne soit pas facile d'évaluer le rôle réel que joue la philosophie d'Aristote en théorie constitutionnelle canadienne, ce passage constitue un argument en faveur d'une conception «communautariste» de l'individu. Enfin, d'autres passages pourraient justifier la thèse selon laquelle l'individu doit être conçu dans le cadre d'une théorie «communautariste» à «saveur» ethnique. Dans l'affaire *R. c. Keegstra*<sup>36</sup>, discutant de l'article 27 de la *Charte* qui porte sur le multiculturalisme, la Cour a semblé approuver la thèse de Joseph Magnét<sup>37</sup> selon laquelle il faut «prévenir les attaques contre les liens qu'un individu entretient avec sa culture»<sup>38</sup>, car l'épanouissement de chacune des personnes qui composent une communauté ethnique passe par la protection du patrimoine culturel qui permet l'identification volontaire du sujet (le moi individuel) aux traditions et à l'histoire de son groupe. L'identité de la personnalité individuelle est incomplète tant que le sujet ne s'intègre pas à son groupe ethnique.

Bien entendu, le pluralisme de la théorie constitutionnelle qui sous-tend la *Charte* n'est peut-être qu'un phénomène apparent ou provisoire pouvant cacher une cohérence plus profonde qui s'expliquerait par notre manque de recul (la *Charte* n'a pas encore quinze ans). Par contre, certains pourraient aussi croire que ce pluralisme est inévitable, voire même souhaitable, dans le contexte de la société canadienne. Je reviendrai sur *un* aspect de cette question plus bas.

On pourrait critiquer l'approche judiciaire — qui consiste à élaborer une théorie constitutionnelle perfectionniste — sur la base d'au moins deux straté-

---

<sup>35</sup> *Ibid.* à la p. 395. La théorie d'Aristote, s'il en est une, constitue l'archétype d'une théorie perfectionniste selon laquelle l'État doit promouvoir la vie bonne et un bien commun moral.

<sup>36</sup> [1990] 3 R.C.S. 697, 61 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 1 [ci-après *Keegstra* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>37</sup> J.E. Magnét, «Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27» dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, 819 à la p. 840 et s.

<sup>38</sup> *Keegstra*, *supra* note 36 à la p. 757.

gies. La première est fondée sur la *thèse de la neutralité* proprement dite. Elle soutient qu'une théorie constitutionnelle perfectionniste dans une société pluraliste est fondamentalement *illégitime*, puisqu'elle ne peut pas être acceptée par tous les citoyens. La seconde stratégie constitue ce qu'on pourrait appeler la *critique perfectionniste*. Elle accepte l'idée qu'il est nécessaire ou désirable d'élaborer une théorie constitutionnelle perfectionniste, mais rejette ou critique la conception particulière (ou plurielle) du bien que la Cour suprême cherche à promouvoir par le biais du processus de décision constitutionnelle.

Mon objectif n'est pas de démontrer que la première stratégie est mal fondée. Je vais me limiter à énoncer sommairement deux raisons que j'ai de croire qu'elle risque d'échouer. Mon objectif est plutôt de suggérer, conformément à la seconde stratégie, qu'une théorie constitutionnelle perfectionniste pourrait, à certaines conditions, être acceptable en droit canadien.

La première stratégie pourrait énoncer une raison valable militant à l'encontre d'une théorie perfectionniste si, et seulement si, le principe de neutralité pouvait lui-même être justifié par des arguments *neutres*. Autrement, la *thèse de la neutralité* serait elle-même *illégitime*, puisqu'elle ne pourrait pas être acceptée par tous les citoyens. Toutefois, quelle que soit la forme que devraient prendre de tels arguments, le fait même d'être attiré par l'idée de «neutralité entre les conceptions concurrentes du bien» révèle (et ne peut être adéquatement compris que si l'on accepte) l'existence d'un présupposé implicite soutenant le bien-fondé d'une conception particulière de la légitimité morale du droit et des arrangements sociaux. Or, à mon avis, cette conception n'est pas neutre. Elle présuppose, ultimement, une représentation controversée de l'être humain, notamment la conception selon laquelle il est un être *autonome*, doté de raison, capable de déterminer et réviser sa conception du bien et d'agir conformément à son plan de vie ainsi qu'aux normes qu'il se donne à lui-même et qui, en tant que tel, mérite le respect. Cette théorie, que nous pouvons certainement associer à la théorie *libérale* de la légitimité<sup>39</sup>, fait du respect de l'autonomie individuelle un impératif moral fondamental qui, dans un certain sens, précède l'interprétation même de la Constitution<sup>40</sup>. Elle permet donc de comprendre les raisons fondamentales pour lesquelles, devant le «fait du pluralisme», l'incommensurabilité des valeurs, le scepticisme moral ou les autres

---

<sup>39</sup> J. Waldron, «Theoretical Foundations of Liberalism» (1987) 37 *Philosophical Q.* 127.

<sup>40</sup> La théorie de Kant pourrait illustrer ce point. Pour Kant, la *perfection* de l'être humain consiste à déterminer soi-même ses fins conformément à sa conception de la vie bonne. L'autonomie est érigée en valeur suprême et la légitimité de l'État dépend de sa conformité avec elle, d'où la neutralité de l'État. La justification de la neutralité n'est donc pas neutre (Galston, *supra* note 1 aux pp. 622-23).

phénomènes auxquels la thèse de la neutralité propose d'apporter une solution, on voudrait que la justification des principes qui sous-tendent la *Charte* repose sur des valeurs neutres. Bien entendu, si tous les citoyens reconnaissaient le bien-fondé de cette théorie de la légitimité, la première stratégie pourrait être acceptable. Cependant, dans une société radicalement pluraliste et multiculturelle comme le Canada, il est raisonnable de croire qu'elle est elle-même fondamentalement controversée<sup>41</sup>.

Ma seconde raison de croire que la première stratégie est vouée à l'échec repose sur la difficulté de concevoir des valeurs *neutres* qui soient suffisamment *pratiques* pour guider concrètement le processus d'interprétation constitutionnelle. D'une part, il devrait être admis que des valeurs *procédurales* ou *formelles* ne sauraient constituer, en elles-mêmes, des contraintes suffisamment pratiques pour guider l'interprétation concrète des dispositions constitutionnelles. Ces valeurs peuvent certainement fournir une structure rationnelle par laquelle le processus de décision judiciaire peut évoluer formellement, mais elles ne sauraient guider l'aspect *matériel* de cette décision. Or, la justification rationnelle d'une interprétation judiciaire donnée a besoin de s'appuyer sur des valeurs *substantives* contraignantes.

D'autre part, on peut se demander si des *valeurs matérielles neutres*, c'est-à-dire acceptables pour chacun indépendamment de sa conception substantielle du bien, pourraient constituer des contraintes suffisamment pratiques pour guider l'interprétation constitutionnelle. D'abord, rappelons que la *Charte* elle-même n'est pas acceptée par tous comme un instrument légitime de régulation sociale et politique<sup>42</sup> et que, même si les partisans de la *Charte* s'entendent sur certaines propositions abstraites et générales comme, par exemple,

---

<sup>41</sup> Il est raisonnable de croire que, dans une société radicalement pluraliste comme la nôtre, certaines personnes (par exemple, un intégriste religieux) n'accepteront jamais la théorie de la légitimité qui sous-tend la thèse de la neutralité. Une telle acceptation contredirait leurs convictions les plus profondes et leurs représentations ultimes. Bien entendu, il ne suffit pas de dire que ceux qui n'acceptent pas notre point de vue ne sont pas rationnels ou raisonnables ; nous risquerions alors de définir la personne rationnelle ou raisonnable en fonction de son adhésion ou pas aux valeurs morales et politiques controversées que nous postulons comme vraies.

<sup>42</sup> Pour un exemple récent, voir J. Legault, «Les dangers d'une charte des droits enchâssée pour un Québec indépendant» (1992) 19:2 *Philosophiques* 145. On pourrait soutenir que le désaccord qui porte sur l'enchâssement d'une charte des droits ne constitue pas une raison suffisante pour soutenir qu'il existe un désaccord réel sur les valeurs qui justifient ses principes fondamentaux, puisque celui-là pourrait porter sur autre chose comme par exemple, sur le fait qu'une telle charte, en constitutionnalisant le contrôle judiciaire des lois, est anti-démocratique. Néanmoins, il n'est pas déraisonnable de penser que ces autres objets de désaccords révèlent un désaccord raisonnable plus profond sur les valeurs fondamentales qui sous-tendent les chartes des droits, notamment la valeur qui affirme la prépondérance des droits fondamentaux sur l'action législative.

l'importance de protéger la liberté d'expression, les valeurs substantives qui devraient fondamentalement justifier ces propositions «neutres» sont controversées. Ainsi, il est difficile de voir comment les juges, engagés dans le processus pratique d'interprétation constitutionnelle, pourraient se fonder sur des *valeurs matérielles neutres*. Le «fait du pluralisme» semble justifier l'idée que de telles valeurs, le cas échéant, ne pourraient être formulées qu'à un niveau très élevé de généralisation et d'abstraction qui risquerait de les vider de tout contenu matériel significatif au plan pratique. Par exemple, la justification de la liberté d'expression fondée sur l'idée qu'elle vise à garantir à chacun une sphère dans laquelle les individus peuvent agir librement pourrait, à certaines conditions, être conçue comme «neutre». Cependant, pour cette même raison, elle ne pourrait constituer une raison pratique suffisante contraignant la décision judiciaire quant au sens de cette liberté dans un cas concret et quant à son poids par rapport à, notamment, la réputation d'autrui, le caractère public des procès, l'humiliation, l'offense à autrui ou le droit à l'égalité. Le processus de décision judiciaire a besoin de se fonder sur des raisons pratiques plus raffinées ou plus substantielles. Or, je ne vois pas comment on pourrait déterminer le sens de ces raisons pratiques sans faire appel à des arguments, conceptions ou valeurs controversés comme le but, la raison d'être et les intérêts que cherche à promouvoir la *Charte* lesquels, à leur tour, ne peuvent être bien conçus que dans le cadre d'une théorie constitutionnelle postulant que certaines *fins* particulières controversées sont désirables (ou bonnes) pour les individus et la société. Les tribunaux ne peuvent échapper à l'élaboration d'une conception du bien<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Il est intéressant de noter que, pour John Rawls, la théorie de la justice ne permet pas de définir et d'ajuster *en détail* les diverses libertés de base. La théorie constitue seulement la première étape d'un processus de raffinement qui devrait impliquer la rédaction d'une constitution, de lois et de décisions judiciaires. Or, Rawls a abandonné l'idée selon laquelle, aux étapes ultérieures, la définition et l'ajustement des libertés de base les unes aux autres doivent procéder conformément au critère qui consiste à maximiser les libertés. Dans J. Rawls, «Les libertés de base et leur priorité» (1989) 45 *Critique* 423 aux pp. 455-56, il propose le critère plus substantiel qui consiste à définir et ajuster les libertés de base «de façon à permettre le développement adéquat et l'exercice complet et informé des deux facultés morales» de la personne (la capacité d'avoir un sens de la justice et la capacité d'avoir une conception du bien) dans le contexte social pertinent. Ainsi, pour Rawls,

une liberté est plus ou moins importante selon qu'elle est plus ou moins essentiellement impliquée dans l'exercice complet, informé et efficace des facultés morales dans l'une des deux applications fondamentales (ou dans les deux), ou qu'elle est un moyen institutionnel plus ou moins nécessaire pour protéger cet exercice (*ibid.* à la p. 458).

Ce critère exprime une valeur *substantive* qui pourrait peut-être guider pratiquement les tribunaux dans le processus d'interprétation constitutionnelle. Néanmoins, contrairement à ce que certains pourraient croire, je doute que cette valeur «politique» soit «neutre». À mon avis, le fait

La seconde stratégie, que j'ai nommée la *critique perfectionniste*, accepte l'approche qui consiste à élaborer une théorie constitutionnelle perfectionniste, mais rejette ou critique la conception particulière du bien reconnue par la Cour suprême. Cette stratégie, qui pourrait sous-tendre un spectre très large de critiques (s'inscrivant dans le cadre de diverses idéologies : marxisme, socialisme, féminisme, égalitarisme, libertarisme, et même libéralisme), nous propose en fait de participer à un dialogue constructif et rationnel par lequel diverses théories constitutionnelles perfectionnistes sont mesurées, comparées et évaluées<sup>44</sup>.

Je suis d'avis qu'une théorie constitutionnelle perfectionniste pourrait être acceptable dans le cadre du processus d'interprétation de la *Charte*, à la condition que les idéaux moraux et les conceptions du bien qu'elle cherche à promouvoir reposent sur une conception *libérale* du bien. Plusieurs philosophes ont tenté de cerner quelques-uns des aspects centraux ou fondamentaux de cette conception et leurs travaux devraient, pour cette raison, constituer des sources pertinentes<sup>45</sup>. Pour les fins de ce texte, il suffit de noter que, quelle que soit la conception particulière du bien que les tribunaux élaboreraient, elle devrait être articulée autour d'une interprétation des valeurs substantives controversées qui, dans notre culture politique, sont traditionnellement associées au libéralisme. Parmi ces dernières, on devrait retrouver les valeurs suivantes :

- 1- la dignité humaine, c'est-à-dire le respect des capacités humaines «essentielles» comme l'autonomie et la capacité d'agir en tant qu'agent moral responsable, le respect de l'intégrité physique et psychologique des êtres humains, et le respect de la liberté individuelle ;
- 2- l'épanouissement personnel ;
- 3- la diversité ;
- 4- la tolérance ;
- 5- la libre recherche de la vérité ;
- 6- une certaine forme d'égalité (certainement l'égalité devant et dans le

---

que cette valeur soit une reconstruction de certains intuitions et idéaux fondamentaux latents au sein de la culture politique d'une société démocratique et qui seraient implicitement partagés par tous les citoyens qui acceptent cette culture constitue une raison de croire qu'elle est fondamentalement controversée (voir P. da Silveira, «Quel avenir pour le principe de la neutralité?» (1993) 3 *Lekton* 64 à la p. 88). En tout état de cause, Rawls, *ibid.* à la p. 463, a souligné que «la théorie de la justice comme équité ne s'adresse pas tant aux spécialistes du droit constitutionnel qu'aux citoyens d'une démocratie constitutionnelle».

<sup>44</sup> Cette assertion présuppose que, *d'une certaine manière*, les conceptions du bien puissent être mesurables et comparables (voir Gardbaum, *supra* note 1).

<sup>45</sup> Parmi ces libéraux, il faut inclure Mill, *supra* note 17 ; R. Dworkin, «Foundations of Liberal Equality» dans G.B. Peterson, dir., *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 11, Salt Lake City, University of Utah Press, 1990, 1 ; W. Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, New York, Oxford University Press, 1989 au c. 2 ; Galston, *supra* note 1.



- droit, et l'égalité d'opportunité) et de justice sociale ;
- 7- la paix sociale (des institutions politiques et juridiques qui permettent la délibération rationnelle au sujet des désaccords et revendications légitimes de chacun) ;
  - 8- la primauté du droit<sup>46</sup>.

À mon avis, si la Cour se fondait sur ces valeurs libérales afin d'interpréter la *Charte*, elle devrait élaborer une conception du bien substantielle et morale que nous pourrions qualifier, à défaut d'autres termes, de *minimaliste* et ce, pour au moins deux raisons. D'abord, une conception libérale du bien ne proposerait pas de normes, standards ou valeurs qui procureraient une réponse uniforme à toutes les questions morales fondamentales que soulève la vie quotidienne<sup>47</sup>. Elle proposerait une réponse uniquement à l'égard de certaines questions morales comme, par exemple, que doit-on faire devant une expression ou une conduite excentrique ou marginale ? Comment doit-on régler les conflits avec autrui ? Mais ensuite, et surtout, la conception libérale du bien serait fondamentalement incompatible avec l'idée que l'État puisse imposer aux citoyens ses propres vues sur une multitude de questions morales. Les valeurs de l'autonomie, de la liberté, de la responsabilité morale, de la diversité, de la tolérance, de l'épanouissement personnel, *etc.* se conjuguent pour exiger une retenue gouvernementale relativement à l'idée d'inclure dans la sphère publique une grande variété de sujets se rapportant à la vie bonne, à la vertu et au caractère. Cette conception requiert l'existence et la reconnaissance d'une sphère *privée* dans laquelle l'individu peut agir en tant qu'agent moral autonome et responsable de sa vie. Pour cette raison, une constitution libérale perfectionniste devrait reconnaître ce que j'ai appelé le *principe de la neutralité de l'action gouvernementale*.

Par conséquent, dans la mesure où la signification des principes qui soutiennent la *Charte* provient d'une conception libérale du bien, les tribunaux ont le devoir de reconnaître, au moins à l'article premier de la *Charte*, le *principe de la neutralité de l'action gouvernementale*. Ce dernier principe serait plus étroit que le principe contemporain de la neutralité libérale selon lequel le gou-

---

<sup>46</sup> Dans l'affaire *Oakes*, la Cour suprême a énuméré quelques valeurs et principes «essentiels» à une société libre et démocratique qui recourent cette liste non-exhaustive :

le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société (*Oakes, supra* note 3 à la p. 136).

Voir aussi la liste proposée par Galston, *ibid.* à la p. 628.

<sup>47</sup> Elle ne constitue pas une conception «générale» au sens employé par Rawls dans «La priorité du juste», *supra* note 2 à la p. 40.

vement ne peut jamais restreindre la *liberté* individuelle uniquement pour des motifs qui postulent la supériorité d'une conception du bien. Il ne concernerait que les restrictions aux droits et libertés fondamentaux garantis. En outre, sa justification morale fondamentale n'aurait rien de neutre ni de «purement» politique au sens proposé par Rawls (en supposant que ce dernier type de justification puisse se concevoir indépendamment d'une conception du bien implicitement présupposée)<sup>48</sup>.

Ce qui précède peut attirer diverses critiques. Néanmoins, je voudrais formuler trois commentaires. *Premièrement*, une interprétation de la tradition politique canadienne telle qu'elle se manifestait avant 1982, dans la mesure où cette tradition constitue une source pertinente pour l'interprétation des valeurs qui sous-tendent la *Charte*, ne justifierait pas un argument en faveur du principe de la neutralité constitutionnelle. D'une part, cette tradition révèle que la justification des principes qui sous-tendent les droits et libertés fondamentaux et des principes qui justifient les restrictions à ces mêmes droits semble avoir été généralement conçue comme reposant sur des valeurs et des idéaux moraux controversés, traditionnellement associés au libéralisme et tels qu'interprétés dans le cadre spécifique de la société canadienne. D'autre part, il est difficile de démontrer que les théories libérales contemporaines «neutralistes» ont été, à quelque moment, dominantes au Canada<sup>49</sup>.

*Deuxièmement*, si le caractère perfectionniste de la *Charte* semble poser un problème quant à sa *légitimité*, j'estime également que si les juges articulaient clairement la conception du bien qui, selon eux, sous-tend la *Charte*, celle-ci pourrait éventuellement gagner l'adhésion des récalcitrants. Les décisions judiciaires pourraient devenir un *corpus*, exprimant une conception du bien de

---

<sup>48</sup> Voir *infra* note 50 ; voir aussi ci-dessus le texte de la note 43.

<sup>49</sup> Le libéralisme associé à Rawls, Ackerman et Dworkin, par exemple, n'était pas dominant au Canada en 1982. Charles Taylor a soutenu que le libéralisme «neutraliste» ou «procédural» semble caractériser le Canada anglais d'aujourd'hui alors qu'un libéralisme plus perfectionniste caractériserait le Québec contemporain (C. Taylor, «Shared and Divergent Values» dans R.L. Watts et D.M. Brown, dir., *Options for a New Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, 53 à la p. 68 et s.). J'ai quelques raisons de douter de la validité d'une telle opposition entre le Québec et le «reste du Canada», d'une part, et de l'adhésion du Canada anglais au libéralisme procédural contemporain, d'autre part. Ce n'est toutefois pas le moment de débattre à fond de la validité de cette interprétation des conceptions libérales qui sous-tendent les cultures politiques canadienne et québécoise. Voir *contra* D.J. Elkins, «Facing Our Destiny: Rights and Canadian Distinctiveness» (1989) 22 Rev. can. de sc. pol. 699 ; P. Monahan, *Politics and the Constitution*, Toronto, Carswell, 1987 aux pp. 91-96. Pour une discussion de la tradition libérale au Canada, voir par ex. G. Grant, *Lament For a Nation*, Toronto, McClelland and Stuart, 1965 ; G. Horowitz, «Conservatism, Liberalism and Socialism in Canada: An Interpretation» (1966) 32 Can. J. Econ. & Pol. Sc. 141 à la p. 148 et les débats qu'ont suscités ces textes.

l'être humain et de la société, à propos duquel tous les citoyens pourraient discuter et évaluer le caractère acceptable des représentations et valeurs morales ultimes qui le constituent. En attendant, pour tous ceux qui ne partagent pas les postulats libéraux de la *Charte*, cette dernière semble condamnée à exprimer ce que Rawls a qualifié de «doctrine sectaire parmi d'autres»<sup>50</sup>. Par ailleurs, il n'est pas acquis qu'une *Charte* interprétée conformément au principe de la neutralité constitutionnelle résoudrait le problème de la légitimité. En effet, pour celui qui n'adhère pas au libéralisme, une *Charte* qui ne favoriserait aucun idéal moral ou conception du bien ne pourrait fournir aucune raison morale de l'accepter.

*Troisièmement*, il faut tout de même admettre qu'une conception libérale du bien (quel que soit son contenu particulier) demeure la seule idéologie qui soit compatible avec un nombre aussi important et aussi diversifié de conceptions du bien. Le caractère «minimaliste» de cette conception ne peut pas justifier les interventions de l'État qui s'insinueraient dans toutes les sphères de l'activité humaine, cherchant à imposer une conception détaillée du bien, une façon de vivre, de penser, de concevoir et de représenter le monde, organisées autour d'une ou plusieurs valeurs morales postulées comme vraies. La cohérence interne d'une conception libérale du bien, je le répète, exige le respect du *principe de la neutralité de l'action gouvernementale* au nom du respect de l'autonomie, de la liberté, de la tolérance, etc. L'État libéral se distinguerait donc, il est vrai, de toutes les autres formes d'État en ce qu'il demeurerait le seul qui peut et qui doit tolérer les activités et les idéologies non libérales qui ne le menacent pas d'une façon sérieuse et probable<sup>51</sup>.

### III. Le principe de la neutralité de l'action gouvernementale

Le *principe de la neutralité de l'action gouvernementale* exprime l'idée qu'une action gouvernementale (une *règle de droit*, une loi, un règlement<sup>52</sup>) qui restreint un droit fondamental garanti par la *Charte* doit, autant que possible,

---

<sup>50</sup> J. Rawls, «La théorie de la justice comme équité: une théorie politique et non pas métaphysique» dans C. Audard, J.P. Dupuy et R. Sève, dir., *Individu et justice sociale: Autour de John Rawls*, Paris, Éditions du Seuil, 1988, 279 à la p. 303.

<sup>51</sup> Un État nazi ou communiste ne pourrait pas tolérer la propagande libérale. En principe, l'État libéral peut tolérer la propagande communiste ou nazie. Le libéralisme se distinguerait de toutes les autres idéologies sur ce point et non pas, comme on l'a cru, sur la neutralité de sa justification ultime.

<sup>52</sup> Ce pourrait aussi inclure une règle de *common law* (voir *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, 40 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 411). Dans ce cas, les juges devraient aussi agir conformément au principe de la neutralité de l'action gouvernementale.

rester neutre entre les diverses conceptions du bien. Techniquement, la question que pose ce principe est de savoir si une *règle de droit* qui restreint les droits et libertés garantis aux articles 2 à 23 de la *Charte* constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*, lorsque, pour des *motifs* qui postulent la supériorité d'une conception du bien, elle cherche à promouvoir cette conception et à l'imposer aux citoyens qui ne la partagent pas. La question n'est pas de savoir si les droits fondamentaux sont absolus. Elle est uniquement de savoir si certaines *raisons* invoquées pour restreindre les droits fondamentaux garantis devraient être exclues du processus de justification législative et, en conséquence, considérées *illégitimes*.

La méthode analytique élaborée par la Cour suprême pour déterminer si une loi est compatible avec la *Charte* est constituée de deux étapes. D'abord, la Cour vérifie si une règle de droit porte atteinte à l'un des droits ou libertés garantis aux articles 2 à 23. Le cas échéant, elle doit se demander si cette restriction constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier. À cette fin, la Cour a établi deux critères formels fondamentaux que l'on nomme généralement le «test de *Oakes*»<sup>53</sup>. Le premier critère se rapporte à la légitimité de l'*objectif* de la règle de droit : l'objectif doit être «suffisamment important» et ne pas être contraire «aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique»<sup>54</sup>. Le second critère se rapporte aux *moyens* choisis pour réaliser l'objectif : les moyens doivent être proportionnés à l'objectif visé, c'est-à-dire, premièrement, qu'ils doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif ; deuxièmement, qu'ils doivent être de nature à porter atteinte le moins possible aux droits ou libertés garantis ; et troisièmement, qu'ils ne doivent pas restreindre les droits ou les libertés à un degré qui ne saurait être compensé par le bénéfice obtenu par la loi<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Ce test porte le nom de l'affaire dans laquelle il a été établi (voir *supra* note 3).

<sup>54</sup> *Ibid.* à la p. 138. La Cour parle de «préoccupations urgentes et réelles» (*ibid.* à la p. 139) et d'«objectifs sociaux fondamentalement importants» (*ibid.* à la p. 136).

<sup>55</sup> *Ibid.* aux pp. 139-40. Ce dernier aspect du second critère est le plus difficile à justifier du point de vue de la légitimité du processus de décision constitutionnelle. On voit mal, par exemple, comment la Cour pourrait mesurer ou évaluer l'importance suffisante d'un objectif législatif par rapport à l'effet de la loi sur un droit autrement qu'en fonction de critères *ad hoc* imprévisibles qui ne manqueraient pas de transformer les préférences personnelles et subjectives des juges en normes constitutionnelles. À mon avis, ce dernier aspect du critère ne permet pas, en général, l'élaboration de principes suffisamment abstraits, significatifs et cohérents avec le droit dans son ensemble qui permettraient à la décision judiciaire d'être fondée sur des considérations qui s'élèveraient au-dessus des conceptions du bien personnelles des juges.

En théorie, le principe de la neutralité de l'action gouvernementale pourrait exercer une contrainte aux deux étapes du processus de contrôle judiciaire<sup>56</sup>. Néanmoins, on ne peut être véritablement fixé sur la question de savoir si les juges reconnaissent le caractère normatif de ce principe dans la *Charte* qu'en analysant l'article premier et, en particulier, le premier aspect du «test de *Oakes*» selon lequel l'*objectif* même de la loi doit être compatible avec les «principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique»<sup>57</sup>.

La Cour suprême du Canada a semblé reconnaître le caractère normatif du principe de la neutralité de l'action gouvernementale. Je n'analyserai pas en détail ces décisions. Deux exemples, se rapportant à deux sphères d'activités humaines, suffiront.

Dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour devait décider si la *Loi sur le dimanche*<sup>58</sup> qui prohibait le travail et le commerce le dimanche était compatible avec la liberté de religion garantie au paragraphe 2(a) de la *Charte*. Cette loi fut édictée par le Parlement fédéral en 1906, mais s'inspirait directement de la loi anglaise sur le Dimanche (*Sunday Observance Act*) édictée en 1677<sup>59</sup>. Conformément à la première étape de la méthode analytique, la Cour conclut que la *Loi sur le dimanche* portait atteinte à la liberté de religion puisque son but principal était d'imposer à tous l'observance du sabbat chrétien. Cette loi «fait appel à des valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne et les transforme, grâce au pouvoir de l'État, en droit positif applicable aux croyants comme aux incroyants». Or, la liberté de religion implique qu'«[u]ne majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue»<sup>60</sup>. Il s'ensuit que la liberté de religion signifie non seulement que chacun a la possibilité de croire, pratiquer et propager sa religion *sans contrainte*, mais aussi que la religion, en tant que

---

<sup>56</sup> Par exemple, une règle de droit qui se fonderait sur une conception religieuse du bien ou qui aurait pour objet d'en promouvoir une pourrait, pour ce motif, dès la première étape, constituer une violation du droit de chacun à la *liberté de religion* garantie à l'alinéa 2(a) de la *Charte* (voir par ex. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 18 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 321 [ci-après *Big M* avec renvois aux R.C.S.]). De même, une loi qui prohiberait une expression sur la base du fait que son contenu est moralement mauvais pourrait contrevenir à la *liberté d'expression* dès la première étape (voir par ex. *Irwin Toy*, *supra* note 22).

<sup>57</sup> *Oakes*, *supra* note 3 à la p. 138.

<sup>58</sup> L.R.C. 1970, c. L-13.

<sup>59</sup> *Act for the Better Observation of the Lord's Day Commonly Called Sunday [Sunday Observance Act]*, 29 Car. 2, c. 7.

<sup>60</sup> *Big M*, *supra* note 56 à la p. 337.

sphère où s'affrontent plusieurs doctrines concurrentes, ne constitue pas une source appropriée pour aller puiser les *motifs* qui justifient les politiques sociales et les actions gouvernementales.

Une règle de droit peut néanmoins restreindre la liberté de religion si elle se conforme aux critères de l'article premier. En l'espèce, le Procureur général du Canada a soutenu, entre autres motifs, que la *Loi sur le dimanche* pouvait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique, puisqu'elle favorisait un congé hebdomadaire commode fondé sur le jour de congé de la majorité. Pour la Cour, cet argument est répugnant : il tente de justifier la *Loi sur le dimanche* par le motif même pour lequel elle affirme qu'elle viole la liberté de religion<sup>61</sup>. Il s'ensuit que la sphère religieuse est exclue du champ des motifs légitimes justifiant les actions gouvernementales<sup>62</sup>.

Dans l'affaire *R. c. Butler*<sup>63</sup>, rendue en 1992, l'une des questions posées à la Cour suprême était de savoir si l'État pouvait chercher à imposer une norme conventionnelle de moralité sexuelle. Le litige portait sur l'article 163 du *Code criminel* qui prohibait, sous peine de sanction criminelle, la production, la publication, la diffusion et la vente de matériel obscène<sup>64</sup>. Conformément à la première étape de la méthode analytique, la Cour jugea que l'article 163 portait atteinte à la liberté d'expression garantie au paragraphe 2(b), puisqu'il n'observait pas la «neutralité» relativement au contenu. En effet, le matériel était prohibé précisément à cause de son contenu.

La question essentielle était donc de savoir si cette restriction à la liberté d'expression était néanmoins justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le gouvernement a soutenu que la loi visait deux objectifs, dont l'un était de «maintenir, dans l'intérêt du public, une société décente»<sup>65</sup>. Pour la Cour, cet objectif est illégitime :

Imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu'elle reflète les conventions d'une société donnée, va à l'encontre

---

<sup>61</sup> *Ibid.* à la p. 352.

<sup>62</sup> La reconnaissance du principe de la neutralité de l'action gouvernementale relativement à la sphère religieuse n'est pas étonnante. Le principe même de la «neutralité libérale», tel qu'on le conçoit aujourd'hui, constitue une généralisation de l'idée de tolérance religieuse qui, au moins depuis les écrits de John Locke, constitue l'une des valeurs centrales du libéralisme.

<sup>63</sup> [1992] 1 R.C.S. 452, 89 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 449 [ci-après *Butler* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>64</sup> L'obscénité est définie, au paragraphe 150(8) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 [ci-après C. cr.], comme tout matériel dont «une caractéristique dominante est l'exploitation quelconque indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence».

<sup>65</sup> *Butler*, *supra* note 63 aux pp. 491-92.

de l'exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social<sup>66</sup>.

Il s'agit d'une forme de *moralisme juridique* (*legal moralism*) «d'une majorité qui décide quelles sont les valeurs qui devraient guider la vie de chacun, pour ensuite imposer ces valeurs aux minorités»<sup>67</sup>. Il s'ensuit qu'au moins un aspect de la sphère relative à la moralité sexuelle est exclu du champ des motifs légitimes justifiant les politiques gouvernementales<sup>68</sup>.

Il serait aisé de déduire de ces affaires que la Cour suprême a reconnu le principe de la neutralité de l'action gouvernementale<sup>69</sup>. Cependant, ce serait se méprendre sur la portée de l'affaire *Butler*. Dans cette affaire, la Cour a aussi énoncé un principe (sous forme d'*obiter*) qui, si on le comprend bien, ne peut pas être justifié sur la base d'une conception libérale du bien. La Cour propose de faire une distinction entre, d'une part, une conception *particulière* et, d'autre part, une conception *fondamentale* de la moralité. La conception *particulière* de la moralité inclurait des valeurs particulières ou individuelles comme celles relatives à la moralité sexuelle. La conception *fondamentale* de la moralité comprendrait les valeurs fondamentales de la société canadienne, celles qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique, c'est-à-dire, *grosso modo*, les valeurs de la *Charte*. Selon la Cour, l'État ne pourrait pas imposer les valeurs d'une conception particulière de la moralité à ceux qui ne la partagent pas, mais pourrait, légitimement, restreindre un droit fondamental si son action se fondait «sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocrati-

---

<sup>66</sup> *Ibid.* à la p. 492.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Tout comme pour la neutralité religieuse de l'État, la reconnaissance du principe de la neutralité de l'action gouvernementale appliqué à la sphère de la moralité sexuelle n'est pas tout à fait étonnante. Elle constitue un aspect central du libéralisme, au moins depuis les conclusions du rapport *Wolfenden*, en 1957, en Grande-Bretagne, sur la décriminalisation de l'homosexualité et de la prostitution et le célèbre débat Hart-Devlin qui s'ensuivit (Grande-Bretagne, Committee on Homosexual Offences and Prostitution, *The Wolfenden Report*, New York, Stein and Day, 1963 ; P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, London, Oxford University Press, 1965 ; H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford (Californie), Stanford University Press, 1977). Le principe sous-tend de plus l'évolution du *droit criminel* canadien depuis une trentaine d'années (voir par ex. Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal*, Rapport n° 3, Ottawa, Information Canada, 1976 ; Canada, *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1982).

<sup>69</sup> La Cour a certes reconnu, à l'article premier de la *Charte*, le principe autonome selon lequel l'État doit rester neutre entre les diverses conceptions religieuses et conceptions de la moralité sexuelle, *indépendamment* du droit à la liberté d'expression. Cela a eu pour effet de reconnaître, à l'article premier, une sphère de liberté individuelle ou un droit à l'indépendance individuelle relativement à la religion et à la sexualité.

que»<sup>70</sup>. Approuvant une thèse de David Dyzenhaus<sup>71</sup>, la Cour énonce que la «désapprobation morale est reconnue comme appropriée lorsqu'elle repose sur les valeurs de la *Charte*»<sup>72</sup>. D'ailleurs, «une bonne partie du droit criminel repose sur des conceptions morales de ce qui est bon et de ce qui est mauvais»<sup>73</sup>.

D'une façon générale, et sans plus de raffinement, les libéraux devraient admettre qu'il puisse être légitime pour le gouvernement de promouvoir les valeurs qui sous-tendent la *Charte*. Comment pourrait-on, abstraitement, s'opposer à une loi qui viserait à protéger le droit à la vie, à promouvoir le droit à l'avocat ou l'égalité ? De même, ils devraient admettre le pouvoir du gouvernement d'aménager l'exercice des droits fondamentaux garantis (et, dans certaines limites, les restreindre) afin de protéger un autre droit garanti qui, dans certains contextes, pourrait être bafoué<sup>74</sup>, ou afin d'exercer ou distribuer un même droit plus équitablement ou plus également<sup>75</sup>.

Cependant, le principe énoncé par la Cour va beaucoup plus loin. Il énonce la proposition selon laquelle le seul fait qu'une conduite, publique ou privée, soit jugée immorale du point de vue des valeurs constituant la conception fondamentale de la moralité pourrait être suffisant pour justifier une loi qui, afin de prohiber une telle conduite, restreindrait les droits fondamentaux garantis. Il ne serait donc pas nécessaire pour l'État de démontrer que la conduite prohibée cause ou risquerait de causer un préjudice sérieux à d'autres individus ou à la société dans son ensemble. Il suffirait qu'elle soit immorale du point de vue des valeurs propres à une société libre et démocratique<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> *Butler*, *supra* note 63 à la p. 493.

<sup>71</sup> D. Dyzenhaus, «Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality» (1991) 1 C.R. (4<sup>e</sup>) 367 à la p. 376.

<sup>72</sup> *Butler*, *supra* note 63 à la p. 493.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> C'est d'ailleurs l'une des interprétations possibles du passage suivant tiré de l'affaire *Butler* : «[C]riminaliser la prolifération du matériel qui porte atteinte à un autre droit fondamental garanti par la *Charte* peut bien constituer un objectif légitime» (*ibid.* à la p. 493). Par exemple, le législateur pourrait aménager la liberté d'expression si, dans certains contextes, son exercice portait atteinte au droit à un procès impartial, juste et équitable.

<sup>75</sup> Par exemple, une loi pourrait légitimement limiter les temps d'antenne dans les médias pendant les périodes électorales ou référendaires de façon à permettre à tous les points de vues et idéologies de diffuser et d'expliquer leur option.

<sup>76</sup> Certains pourraient soutenir que le seul fait qu'une conduite heurte les valeurs fondamentales de la société canadienne constitue *ipso facto* un préjudice à la société. Cette thèse intuitive pose cependant de difficiles questions : Qu'entend-on, dans ce contexte, par «société» ? Une communauté intégrée qui constitue une personne morale distincte de ses membres ou un agrégat d'individus ? Dans la première hypothèse, l'argument se réduit à une version du *moralisme juridique* défendue par Lord Devlin, *supra* note 68. L'argument est peut-être cohérent, mais n'est certes pas libéral. Dans la seconde hypothèse, l'argument ne tient pas. Il n'y a de préjudice que si



Cette proposition est inacceptable dans le cadre d'une société libre et démocratique qui a enchâssé une charte des droits afin de *garantir* des droits fondamentaux. Elle consacre le principe juridique selon lequel l'État peut radicalement *perfectionner* tous les citoyens agissant d'une façon qu'il désapprouve en se fondant sur une interprétation, susceptible d'être profondément controversée, de la conception fondamentale de la moralité. Cela pourrait conduire à un perfectionnisme total et général, c'est-à-dire à une forme de tyrannie que le libéralisme ne saurait accepter.

Trois aspects caractérisent les valeurs de la société libre et démocratique canadienne. D'abord, du moins à ce moment-ci de l'histoire de la *Charte*, elles sont conçues à un *degré très élevé d'abstraction et de généralité*. Ensuite, en conséquence de ce qui précède, les valeurs de la *Charte* sont largement *contestées*. Enfin, comme je l'ai mentionné plus haut, la Cour tend à fonder la *Charte* sur une *pluralité de valeurs* qui, à ce jour et à leur face, ne semblent pas pouvoir se réduire à une conception cohérente du bien<sup>77</sup>. Cette pluralité de valeurs s'infère généralement des fondements distincts des diverses dispositions constitutionnelles et, quelquefois, des diverses conceptions des fondements d'une même disposition.

Deux conséquences s'ensuivent. *Premièrement*, pour deux raisons, les valeurs de la *Charte* peuvent justifier, sur ce qu'on pourrait appeler un plan *horizontal*, à peu près tous les objectifs législatifs possibles et contradictoires, dont certains pourraient être incompatibles avec les postulats libéraux<sup>78</sup>. D'une part, leur caractère abstrait et général en fait des objectifs lointains et ultimes auxquels toute sorte d'objectifs législatifs plus spécifiques peuvent se raccrocher. En ce sens, ils ne sont pas distincts d'autres objectifs lointains et ultimes plus

---

les individus subissent un dommage sérieux et réel à certains intérêts individuels importants. Il faut donc maintenir la distinction entre une conduite immorale qui heurte une valeur fondamentale *sans causer* de préjudice réel, sérieux et direct à un nombre suffisant d'individus et une conduite immorale qui *cause* un tel préjudice. Quoiqu'il en soit, la Cour a semblé faire cette distinction (*Butler, supra* note 63 à la p. 493).

<sup>77</sup> Cela ne veut pas dire que ce soit quelque chose d'impossible, bien que plusieurs auteurs exprimeraient des réserves sur la légitimité ou la possibilité d'une approche qui consisterait à élaborer une conception cohérente du bien pour les fins d'une interprétation de la *Charte* (voir par ex. Elkins, *supra* note 49 ; F.L. Morton, «Group Rights Versus Individual Rights in the Charter: The Special Cases of Natives and Quebecois» dans N. Nevitte et A. Kornberg, dir., *Minorities and the Canadian State*, Oakville (Ontario), Mosaic Press, 1985, 71).

<sup>78</sup> Bien entendu, tous les objectifs ne pourraient pas être justifiés. Voir ci-dessus le texte correspondant aux notes 58 et s. et 63 et s. pour la discussion sur l'imposition d'une conduite religieuse et d'une conduite sexuelle respectivement. Cependant, les lois pourraient toujours trouver un objectif qui se raccroche aux valeurs de la *Charte*.

traditionnels, comme le «bien commun», «l'intérêt général», le «bien-être», *etc.* D'autre part, leur caractère contesté et pluriel permet au législateur de restreindre les droits et libertés garantis en se fondant soit sur une conception ou une interprétation particulière d'une valeur fondamentale, soit sur l'une ou l'autre des valeurs concurrentes, voire contradictoires qui sous-tendent la *Charte*.

*Deuxièmement*, les valeurs de la *Charte* peuvent aussi justifier, sur ce qu'on pourrait appeler un plan *vertical*, des règles de droit qui s'insinuent dans la vie privée des citoyens de façon à leur imposer les vues de l'État à propos de leur façon de vivre et de penser. Dans un texte célèbre<sup>79</sup>, Isaiah Berlin avait bien montré que le concept abstrait de la liberté avait autorisé deux conceptions, la liberté négative et la liberté positive, qui, à première vue, semblaient complémentaires. Cependant, pour diverses raisons, elles ont fini par entrer en conflit au point que, aux mains de démagogues (dictatures, États totalitaires), la liberté positive a pu justifier la destruction de la liberté négative et s'insinuer dans la vie privée des citoyens<sup>80</sup>. La valeur de la liberté, en tant que notion abstraite et contestée sur laquelle tous les libéraux s'accordent, a justifié des propositions aussi étonnantes que celle selon laquelle un État pourrait légitimement «forcer quelqu'un à être libre». Il pourrait en être de même avec d'autres valeurs comme le droit à la vie, l'égalité et le multiculturalisme.

La valeur abstraite de l'égalité illustre bien les deux conséquences que nous venons d'énoncer. La première conséquence est particulièrement manifeste dans les décisions de la Cour suprême qui, à ce jour, oscillent entre diverses conceptions de la valeur de l'égalité. On y trouve, par exemple, les justifications suivantes :

1- L'égalité vise «l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales»<sup>81</sup>.

2- Le droit à l'égalité énoncé à l'article 15 de la *Charte* a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la *loi*. Favoriser l'égalité comporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la *loi* les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération [nos itali-ques]<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> I. Berlin, *Éloge de la liberté*, trad. par J. Carnaud et J. Lahana, Paris, Calmann-Lévy, 1988 au c. 3.

<sup>80</sup> *Ibid.* aux pp. 179-82.

<sup>81</sup> *Big M*, *supra* note 56 à la p. 336.

<sup>82</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 à la p. 171, [1989] 2 W.W.R. 289.

3- L'objectif du droit à l'égalité est de «corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne»<sup>83</sup>.

4- Le droit à l'égalité vise l'égalité sociale ou «l'égalité de tous dans la société canadienne»<sup>84</sup> (égalité d'opportunités ou de résultats ?)<sup>85</sup>.

Toutes ces propositions ne sont peut-être pas incompatibles et je n'ai pas pour objectif de proposer une critique du droit à l'égalité. Néanmoins, il est suffisant de réaliser qu'elles peuvent justifier, sur un plan horizontal, une gamme très étendue d'objectifs législatifs dont la compatibilité avec le libéralisme pourrait ne pas être évidente.

La seconde conséquence pourrait être illustrée par l'argument féministe voulant que l'État puisse censurer la pornographie afin de promouvoir l'égalité. La pornographie, soutient-on, contribue à maintenir (et institutionnaliser) une culture patriarcale dans laquelle les femmes sont *représentées* comme des êtres subordonnés et inférieurs qui prennent plaisir à être violentés, exploités et humiliés. La pornographie exprime l'idée politique de l'infériorité des femmes qui constitue l'essence d'une pratique sociale sexiste<sup>86</sup>. Une loi qui censure ce type d'expression est donc légitime, puisqu'elle contribue à réaliser l'objectif d'égalité<sup>87</sup>. Nous pouvons admettre qu'une telle loi vise l'égalité. Néanmoins, cet objectif louable est lointain et ultime. Les objectifs plus immédiats, soit le but et les effets de la loi, sont radicalement *perfectionnistes*. Ils cherchent à transformer les aspects de la culture ainsi que les représentations de la femme et de la sexualité jugées moralement mauvaises ou inacceptables que ces aspects favorisent, reproduisent et «institutionnalisent». Les objectifs ont donc tout à voir avec la façon de penser et de vivre correctement. Puisque la trans-

<sup>83</sup> R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933 à la p. 992, 63 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 481.

<sup>84</sup> Keegstra, *supra* note 36 à la p. 756.

<sup>85</sup> De plus, alors que le paragraphe 15(1) de la Charte semble considérer comme *illégitimes* les lois qui se fondent sur la race, le sexe, la religion, *etc.* pour distribuer les ressources, le paragraphe 15(2) admet l'action positive et, de ce fait, *légitime* exactement les lois qui, pour distribuer les ressources, se fondent sur les motifs prohibés au paragraphe 15(1).

<sup>86</sup> Voir par ex. C.A. MacKinnon, «Not a Moral Issue» (1984) 2 Yale L. & Pol. Rev. 321 à la p. 335.

<sup>87</sup> Cet argument féministe prend plusieurs formes. En particulier, on a tenté d'identifier la notion de «préjudice» que peut causer la pornographie. Certains types de préjudices semblent compatibles avec le libéralisme comme, par exemple, le préjudice bien *réel* que la pornographie peut causer aux femmes (violence physique, cruauté mentale, discrimination, harcèlement sexuel, *etc.*). D'autres sont plus difficiles à réconcilier : par exemple, le caractère offensant et insultant de l'expression pornographique, le caractère discriminatoire de l'expression elle-même ou des représentations constitutives de la pratique sociale et culturelle qu'elle contribue à perpétuer, le fait qu'elle réduit les femmes au *silence*, le simple fait que son contenu heurte l'égalité, *etc.*

formation étatique de la culture ne peut se réaliser en pratique que par un contrôle de tout ce qui se voit, se lit, circule ou s'entend, en public comme en privé, et qui est susceptible de nuire à l'objectif lointain qu'est la construction d'un ordre social non sexiste, la distinction entre les domaines public et privé n'a plus de pertinence.

Plusieurs personnes, d'accord avec cet argument, voudraient peut-être en limiter la portée à la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes. Pourtant, les principes qui l'animent s'appliquent avec autant de cohérence à la promotion de l'égalité entre tous les groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne : l'argument est donc aussi valable pour justifier la transformation, d'une façon coercitive, des aspects de la culture qui institutionnalisent la «suprématie blanche» ou qui sont autrement incompatibles avec l'idéal d'égalité que l'État préconise<sup>88</sup>. Le point fondamental, cependant, est que la promotion des valeurs abstraites, contestées et plurielles de la société libre et démocratique canadienne pourrait justifier autant de lois perfectionnistes. Par exemple, le droit à la sécurité physique pourrait justifier des lois dont l'objet serait de censurer tous les films et les romans qui exploitent de façon indue la violence et qui, de ce fait, contribuent au maintien d'une culture violente<sup>89</sup>. Le droit à la vie (ou la valeur de la vie) pourrait, quant à lui, justifier des lois coercitives interdisant le suicide ou l'aide au suicide de personnes autonomes et responsables, puisque de tels actes dévalorisent la vie et peuvent, en conséquence, servir de modèle, appuyer la croyance selon laquelle le suicide ou l'aide au suicide est moralement acceptable et, de ce fait, l'encourager<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Voir *Keegstra*, *supra* note 36.

<sup>89</sup> Ce même droit pourrait-il justifier la prohibition du hockey ou la modification de ses règles (ce sport est devenu violent ces dernières années et pourrait encourager, chez les jeunes, une culture violente) ?

<sup>90</sup> Dans l'affaire *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 107 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 342 [ci-après *Rodriguez* avec renvois aux R.C.S.], le juge Sopinka, au nom de la majorité, écrit un passage qui semble rejoindre cette proposition :

S'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée et nous devons nous garder de miner les institutions qui la protège [*sic*]. Ce consensus trouve son expression dans notre système juridique, qui interdit la peine capitale. Cette prohibition est fondée en partie sur le fait que permettre à l'État de tuer dévaloriserait la vie humaine et qu'ainsi l'État sert d'une certaine façon de modèle pour les individus de la société. L'interdiction de l'aide au suicide sert un objectif semblable. En maintenant le respect de la vie, elle est susceptible de dissuader du suicide ceux qui, à un moment particulier, considèrent que la vie est intolérable, ou se perçoivent comme un fardeau pour les autres. Permettre à un médecin de participer légalement à la suppression de la vie indiquerait qu'il existe des cas où l'État approuve le suicide (*ibid.* à la p. 608).

Le terrain est glissant. Revenons à l'égalité. Serait-il légitime d'interdire à un commerçant ou à un individu d'afficher le drapeau nazi dans sa fenêtre pour le motif que cet objet symbolise une idéologie que la majorité ou l'État désapprouve conformément aux valeurs fondamentales de la *Charte*<sup>91</sup> ? Dans l'affirmative, l'État pourrait-il légitimement prohiber la publication ou la diffusion du *Mein Kampf* d'Hitler ? La publication de l'ancienne constitution d'Afrique du Sud ? La représentation du *Marchand de Venise* de Shakespeare ? La vente des *Versets Sataniques* de Salman Ruslîdie ? La diffusion de certains vidéoclips de Madonna ? Où devrait-on tirer la ligne de démarcation entre les lois légitimes et illégitimes et en vertu de quels principes ? L'État pourrait-il légitimement interdire les expressions qui associent les problèmes sociaux et économiques à l'immigration ? Celles qui insistent pour promouvoir l'immigration francophone ou judéo-chrétienne, ou encore l'intégration des immigrants par le biais d'un contrat social ? Que dire des expressions qui impliquent que les femmes ne devraient pas être admises dans l'armée ou occuper un poste élevé dans une compagnie, ou qu'elles devraient rester à la maison afin de s'occuper des enfants ? Finalement, que dire des expressions qui proposent un amendement constitutionnel ayant pour but l'abrogation de l'article 15 de la *Charte* ?

La proposition de la Cour suprême dans *Butler* est incohérente et inacceptable. *Premièrement*, elle postule la possibilité de faire la distinction entre une conception *particulière* et une conception *fondamentale* de la moralité. Or, pour les raisons qui précèdent, cette distinction est artificielle. L'objectif de promouvoir une valeur de la *Charte* peut justifier, en pratique, des règles de droit qui se préoccupent plus de la façon de vivre et de penser des citoyens, c'est-à-dire, de leur conception *particulière* de la moralité, que de la valeur ultime et lointaine sur laquelle elles reposent.

*Deuxièmement*, la question de savoir si le fait qu'une conduite porte atteinte aux valeurs fondamentales de la *Charte* suffit pour justifier une loi restreignant des droits fondamentaux *est* une question qui relève de la conception *fondamentale* de la moralité. S'il est vrai, comme je l'ai suggéré plus haut, que l'objectif de la *Charte* (faire du Canada une société libre et démocratique) pré-

---

<sup>91</sup> La question s'est posée cette année à Sherbrooke. Un commerçant affichait le drapeau nazi dans la vitrine de son magasin. Pouvait-on le lui interdire sur la base du droit à l'égalité (le drapeau nazi, en symbolisant une idéologie raciste, heurte ou menace une valeur fondamentale de la société) indépendamment de la question de savoir si l'affichage causait ou pouvait causer un préjudice à des individus ou à la société (le fondement législatif étant, en l'occurrence, l'article 11 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12) ?

suppose l'élaboration d'une conception libérale du bien, alors le droit constitutionnel doit inclure le principe de la neutralité de l'action gouvernementale. Or, ce principe est incompatible avec la proposition de la Cour : il exprime l'idée selon laquelle le fait qu'une majorité, ou une législature à sa demande, juge qu'une conduite est immorale ou inacceptable, en vertu des normes d'une conception particulière ou fondamentale de la moralité, est *insuffisant* pour justifier une loi qui, afin de prohiber cette conduite, restreindrait un droit fondamental garanti. Il faut autre chose comme, par exemple, la prévention d'un préjudice sérieux, direct et réel à autrui ou à la société dans son ensemble. Ce principe n'a rien d'arbitraire : il est requis par les valeurs constitutives du libéralisme : l'autonomie, la responsabilité morale, la tolérance, la diversité, etc.

*Troisièmement*, la proposition de la Cour implique qu'à peu près toutes les restrictions juridiques aux droits fondamentaux peuvent se rattacher et être ultimement justifiées par un objectif qui constitue l'une des interprétations possibles des valeurs d'une société libre et démocratique. En conséquence, à peu près toutes les restrictions juridiques peuvent passer le test de l'article premier de la *Charte*. Or, si tous (ou presque tous) les objectifs législatifs peuvent potentiellement se raccrocher à un objectif légitime plus lointain, alors les droits et les libertés fondamentaux énoncés dans la *Charte* ne sont plus *garantis*. Au-delà de sa forme, le contrôle judiciaire ne consiste plus qu'à mesurer si les *moyens* choisis par le législateur pour rencontrer l'objectif visé sont *proportionnels* à cet objectif<sup>92</sup>. Or, si le contrôle judiciaire des moyens législatifs peut effectivement invalider une disposition législative, il ne produit, généralement qu'une invalidité *provisoire* : le législateur demeure toujours libre de mieux cibler son objectif (en fonction d'une interprétation d'une valeur abstraite et contestée de la *Charte*) et atteindre, d'une façon proportionnelle, la conduite antérieurement protégée. Par ailleurs, lorsque la Cour suprême juge que certains objectifs législatifs précis sont illégitimes (comme chercher à imposer une conduite religieuse ou un comportement sexuel), le législateur peut toujours recibler son objectif en fonction d'une des interprétations d'une valeur de la *Charte* et atteindre exactement la même conduite que celle qui fut provisoirement protégée<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Lorsque la Cour juge que les moyens législatifs ne sont pas proportionnels à l'objectif visé, elle invalide la disposition législative. Par exemple, une loi, dont l'objectif est X, pourrait avoir une portée excessive et atteindre une conduite (protégée par un droit fondamental) dont la prohibition n'est pas nécessaire pour rencontrer cet objectif X. Dans ce cas, la Cour pourrait invalider la loi.

<sup>93</sup> Par exemple, dans l'affaire *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 75 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 449 [ci-après *Zundel* avec renvois aux R.C.S.] la majorité des juges de la Cour suprême invalidait l'article 181 C. cr., édictée en 1892 mais dont le fondement historique remontait au *Statut de Westminster* de 1275, qui prohibait la diffusion délibérée de fausses nouvelles susceptibles de causer un tort à

Cette conséquence est incompatible avec le sens que possède l'acte politique d'enchâsser une charte des droits fondamentaux dans la constitution *supra-législative* d'un pays, lorsqu'on l'interprète à la lumière de la tradition politique et juridique libérale. En outre, elle est incompatible avec l'idée que nous avons des droits fondamentaux *garantis*. La proposition de la Cour dans *Butler* transforme le processus de contrôle judiciaire en une étape purement formelle qui complexifie le processus législatif et le rend indûment onéreux<sup>94</sup>.

*Quatrièmement*, il y a quelque chose de pervers dans l'idée de reconnaître une proposition qui pourrait amener les tribunaux à soutenir que des lois tyranniques, selon les normes libérales, sont néanmoins justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique. Lorsque la théorie constitutionnelle canadienne était fondée sur le principe de la souveraineté parlementaire, les tribunaux devaient déclarer que les lois «déraisonnables» ou «injustes» étaient valides<sup>95</sup>. Désormais, ils peuvent «décréter» qu'elles sont *légitimes*. Ils peuvent ainsi devenir des agents de légitimation des lois contre lesquelles la *Charte* devait pourtant nous prémunir. Nous aurions tort de négliger la force symbolique des décisions judiciaires fondées sur la *Charte*.

La proposition de la Cour suprême dans *Butler* permet enfin de mieux comprendre un certain nombre de décisions récentes qui pourraient, autrement,

---

l'intérêt public. Cette invalidation était due au fait que cette disposition restreignait la liberté d'expression sans viser un objectif suffisamment important aujourd'hui (l'objectif était de prévenir les «déclarations diffamatoires délibérées contre la haute noblesse du royaume» (*ibid.* à la p. 761)). Pour les juges de la minorité, l'objectif était maintenant de prévenir les «atteintes contre les minorités religieuses, raciales ou ethniques [...] susceptibles de menacer l'intégrité du tissu social» (*ibid.* à la p. 820). Les désaccords entre les juges de la majorité et de la minorité, bien que nombreux du point de vue de la technique juridique, pourraient bien finalement ne porter que sur la question de savoir si, au moment de l'adoption d'une disposition qui prohibe la publication de fausses nouvelles, le législateur voulait protéger la noblesse, auquel cas l'objectif se fonderait sur une conception fondamentale inacceptable de la moralité (les valeurs aristocratiques), ou protéger les minorités raciales, religieuses ou ethniques, auquel cas l'objectif se fonderait sur une conception fondamentale acceptable de la moralité, notamment la démocratie, l'égalité et le multiculturalisme (voir l'opinion des juges de la minorité, *ibid.* aux pp. 807-24). Il s'ensuit que le législateur pourrait prohiber exactement la même conduite, la publication délibérée de fausses nouvelles, à la condition de mieux cibler son objectif ultime. Si cette interprétation est correcte, la protection de la liberté d'expression offerte par l'affaire *Zundel* est provisoire.

<sup>94</sup> Une commission parlementaire ou tout autre forum créé par les diverses législatures pourrait tout aussi bien évaluer, et à meilleur coût pour les parties, la rationalité et la proportionnalité des moyens utilisés par le législateur pour rencontrer les objectifs visés.

<sup>95</sup> C'était du moins la théorie dominante au Canada. Je laisse aussi de côté la question de l'interprétation des lois injustes ou déraisonnables.

demeurer difficilement explicables<sup>96</sup>. Comme je l'ai mentionné plus haut, dans l'affaire *Butler*, le gouvernement avait soutenu que la règle de droit sur l'obscénité visait deux objectifs distincts dont l'un fut jugé illégitime. L'autre objectif, selon la Cour, visait «non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société»<sup>97</sup>. Cet objectif est légitime : «[L]e préjudice causé par la prolifération de matériel qui va sérieusement à l'encontre de valeurs fondamentales de notre société constitue une préoccupation réelle qui justifie la restriction du plein exercice de la liberté d'expression»<sup>98</sup>.

Rappelons que le fait qu'une conduite risque de causer un préjudice sérieux, direct et défini aux intérêts importants (fondamentaux ou non) d'autrui ou de la société est généralement considéré, dans la tradition libérale, comme *suffisant* pour justifier une règle de droit qui la prohibe. Il n'est donc pas nécessaire de prouver que le matériel ou la conduite portent aussi atteinte à l'une des valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique. Cependant, la juxtaposition des deux critères (la prévention d'un préjudice et le fait que la conduite porte atteinte aux valeurs de la *Charte*) a pour effet de banaliser et corrompre le sens que donnent généralement les libéraux au principe du «préjudice» à autrui ou à la société.

Dans l'affaire *Butler*, le «préjudice à la société» réfère au préjudice causé principalement aux femmes à la suite des changements d'attitude des individus (principalement des hommes)<sup>99</sup>, changements qui sont eux-mêmes causés par le «changement subtil des opinions»<sup>100</sup>, lui-même causé par la «corruption morale»<sup>101</sup>, qui est elle-même causée par le fait d'être exposé au matériel pornographique. Si le préjudice causé ou qui risque d'être causé aux individus résulte, par exemple, de la violence, de la discrimination ou du harcèlement sexuel, il serait assurément légitime de tout mettre en œuvre pour le prévenir. Cependant, le lien de causalité entre la consommation de la pornographie et ce type de préjudice demeure très indirect. Il rappelle le préjudice que John Stuart

---

<sup>96</sup> Elle permet de comprendre les affaires *Butler*, *supra* note 63 ; *Keegstra*, *supra* note 36 ; *Rodriguez*, *supra* note 90 ; *Zundel*, *supra* note 93 (opinion minoritaire). Pour les fins de ce texte, je ne discuterai que de l'affaire *Butler*.

<sup>97</sup> *Butler*, *ibid.* à la p. 493.

<sup>98</sup> *Ibid.* à la p. 496.

<sup>99</sup> *Ibid.* aux pp. 491, 493 (les «tendances malsaines»), 496.

<sup>100</sup> *Ibid.* à la p. 496.

<sup>101</sup> *Ibid.* à la p. 494 : «[L]es notions de corruption morale et de préjudice causé à la société constituent non pas des notions distinctes, comme le prétend l'appelant, mais plutôt des notions inextricablement liées. C'est la corruption morale d'un certain type qui entraîne l'effet nocif sur la société.»



Mill qualifiait de «purement contingent ou, pour ainsi dire, constructif qu'une personne cause à la société par une conduite qui ne viole aucun devoir spécifique envers le public, ni n'occasionne de dommage perceptible à nul autre qu'elle-même»<sup>102</sup> et qui ne saurait justifier une restriction à la liberté individuelle qu'au prix d'abandonner l'idée même d'une sphère de liberté protégée.

Cependant, étant donné la proposition de la Cour critiquée plus haut, la prévention du préjudice n'est pas une condition nécessaire à la légitimité d'une loi qui restreint les droits fondamentaux énoncés dans la *Charte*. Il suffit que l'expression que l'on cherche à censurer porte atteinte aux valeurs d'une société libre et démocratique. Par conséquent, le préjudice n'a pas besoin d'être une conséquence *directe* de l'expression prohibée ni d'être sérieux ou probable. La simple appréhension qu'un dommage quelconque pourrait découler du fait d'être exposé à une telle expression suffit.

Par ailleurs, la Cour a tenté de formuler la notion du préjudice qui découle et pourrait découler de l'exposition au matériel obscène. Le préjudice heurterait le principe de l'égalité :

[L]'exploitation des femmes et des enfants, dans les publications et les films [...] [pourrait] conduire à une «victimisation abjecte et servile» [...] [et pourrait avoir] une incidence négative sur «la valorisation personnelle et l'acceptation de soi»<sup>103</sup>.

Il n'est pas facile d'évaluer la suffisance de ces préjudices. Dans une certaine mesure, ils se rapprochent de l'offense causée par le dégoût, la sensibilité personnelle ou les convictions morales particulières des personnes. Il est clair que certaines personnes croient que la prévention d'une offense à autrui est une raison suffisante pour prohiber une expression<sup>104</sup>. La question, cependant, est de savoir si une telle raison justifiant l'interdiction d'une forme d'expression garantie est compatible avec les valeurs du libéralisme. Elle pourrait peut-être, à certaines conditions, justifier une mesure législative restreignant l'exposition non désirée de matériel offensant en public<sup>105</sup>. Néanmoins elle ne saurait pas justifier la prohibition de matériel jugé offensant par une majorité de la population, mais qui ne choque ni ne répugne ceux qui s'y exposent volontairement en

---

<sup>102</sup> Mill, *supra* note 17 aux pp. 187-88.

<sup>103</sup> Butler, *supra* note 63 à la p. 497.

<sup>104</sup> Voir par ex. J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 2, New York, Oxford University Press, 1985.

<sup>105</sup> Je ne suis pas convaincu que le seul fait qu'une conduite posée en public soit offensante ou choquante pour la majorité puisse justifier une restriction à un droit considéré comme fondamental.

privé<sup>106</sup>. Quoiqu'il en soit, comme je l'ai dit, en vertu de la proposition de la Cour, la nature et la suffisance du préjudice sont secondaires. Si l'État peut légitimement prohiber une conduite qui porte atteinte aux valeurs de la *Charte*, il peut légitimement prohiber une telle conduite, qui de surcroît, est offensante, choquante ou insultante.

De plus, puisque la prévention d'un préjudice n'est pas une condition nécessaire à la légitimité de la loi, la *preuve* que l'exposition au matériel pornographique cause ou risque de causer un préjudice (sérieux ou pas, direct ou pas, défini ou pas) n'a pas à répondre à une norme sévère. Dans *Butler*, en effet, la Cour admet que la preuve d'un lien de causalité entre le fait d'être exposé à la pornographie et certaines attitudes malsaines est «non concluante»<sup>107</sup>. Qu'à cela ne tienne, pour la Cour il demeure «raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance»<sup>108</sup>. Il suffit que le «choix du mode d'intervention du Parlement soit raisonnablement fondé»<sup>109</sup>. L'absence de preuve d'un lien causal «ne constitue pas un facteur déterminant»<sup>110</sup>. En conséquence, selon la Cour,

il existe un lien suffisamment rationnel entre l'objectif et la sanction pénale, qui, d'une part, montre la désapprobation de notre société à l'égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et, d'autre part, restreint l'influence négative que ce genre de matériel risque d'avoir sur les changements d'attitude et de comportement<sup>111</sup>.

Cette position de la Cour est clairement incompatible avec certaines propositions centrales de l'affaire *Oakes* dans laquelle il avait été établi à l'unanimité que la norme de preuve devait être très sévère :

---

<sup>106</sup> Comme le soutenait H.L.A. Hart :

The fundamental objection surely is that a right to be protected from the distress which is inseparable from the bare knowledge that others are acting in ways you think wrong, cannot be acknowledged by anyone who recognises individual liberty as a value. [...] If distress incident to the belief that others are doing wrong is harm, so also is the distress incident to the belief that others are doing what you do not want them to do. To punish people for causing this form of distress would be tantamount to punishing them simply because others object to what they do; and the only liberty that could coexist with this extension of the utilitarian principle is liberty to do those things to which no one seriously objects. Such liberty plainly is quite nugatory (Hart, *supra* note 68 aux pp. 46-47).

<sup>107</sup> *Butler*, *supra* note 63 à la p. 502.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.* à la p. 503.

<sup>111</sup> *Ibid.* à la p. 504.

Compte tenu du fait que l'article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera [...] «proportionné aux circonstances». Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être *forte et persuasive* et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction [nos italiques]<sup>112</sup>.

Cette discussion montre que la théorie constitutionnelle qui, de l'avis des juges, sous-tend la *Charte*, pourrait reconnaître la légitimité de lois dont l'objectif est de perfectionner la société et les individus qui la composent en s'attaquant aux idées, documents, publications, films, et conduites qui heurtent les valeurs de la conception fondamentale de la moralité et qui sont susceptibles de modifier les opinions et les attitudes des gens, indépendamment de la question de savoir si ces opinions ou attitudes produisent des *comportements* qui, eux, causent un dommage aux intérêts d'autrui ou de la société.

## Conclusion

La théorie constitutionnelle qui sous-tend la *Charte* semble actuellement être construite sur la base de principes incohérents. D'une part, la Cour suprême du Canada affirme que la *Charte* a pour objectif fondamental la promotion du caractère libre et démocratique du Canada. Cette proposition, si elle n'entraîne pas nécessairement la reconnaissance du principe de la neutralité constitutionnelle, devrait au moins entraîner la reconnaissance du principe de la neutralité de l'action gouvernementale. D'autre part, la Cour suprême ne reconnaît pas le caractère normatif de ce dernier principe (sauf à l'égard de la religion et de la moralité sexuelle) puisque le législateur est constitutionnellement autorisé à perfectionner les individus en fonction des valeurs abstraites, contestées et plurielles de la *Charte*. Le Canada de la *Charte* est donc un État perfectionniste et il est à craindre que ses principes de perfection, tels que conçus par la Cour suprême du Canada, puissent formellement «légitimer» des lois injustifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique.

---

<sup>112</sup> Oakes, *supra* note 3 à la p. 138.