
L'article 26 de la *Charte canadienne* : Une négation constitutionnelle du positivisme juridique ?

Karim Benyekhlef*

L'article 26 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a pas été considéré très souvent par la jurisprudence canadienne. L'auteur étudie une disposition qui s'y apparente : le 9^e Amendement à la Constitution des États-Unis d'Amérique. Il étudie la genèse de cet amendement, ainsi que le traitement que lui a réservé la Cour suprême dans l'affaire *Griswold*. Il se penche ensuite sur les diverses théories des droits innommés. Il se demande enfin si ces principes sont applicables au Canada.

Section 26 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has seldom been dealt with in Canadian case law. The author studies a provision akin to it: the 9th Amendment to the U.S. Constitution. He studies its origins as well as its interpretation by the Supreme Court in the *Griswold* case. Having considered various theories of implied rights, he finally addresses the question of whether these principles are applicable in Canada.

* * *

*Professeur-adjoint, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteur tient à remercier particulièrement le professeur André Morel pour ses nombreux et judicieux conseils aussi bien au niveau du fond que de la forme de ce texte.

Sommaire

Introduction

1. L'article 26 de la *Charte canadienne*
2. Le 9^e Amendement
 - 2.1. *La genèse du 9^e Amendement*
 - 2.2. *L'arrêt Griswold*
3. Les théories des droits innommés
4. L'application de l'article 26 de la *Charte canadienne*

* * *

Introduction

L'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'en est plus à ses premiers balbutiements. Toutefois, loin de pouvoir prétendre à un sens défini¹ ou, à tout le moins, délimité, chacune des dispositions (ou des parties de celles-ci) de cet instrument constitutionnel reste encore à découvrir, et ce, malgré les quelques énoncés de principe de la Cour suprême du Canada. Il peut donc paraître futile d'étudier une disposition comme l'article 26, qui prévoit que la garantie par la *Charte* de certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada, alors que son utilité n'est pas encore établie, et que d'autres articles, en raison de la spécificité des droits qu'ils protègent, mériteraient plus d'attention. En effet, il est possible que l'article 26, source éventuelle de droits innommés, n'ait strictement aucune portée réelle. Or, il conviendrait logiquement, à tout le moins, de tenter de mieux cerner ce qui est

¹Le mot « défini » ne signifie pas définitif. En effet, aucune disposition constitutionnelle, particulièrement dans le domaine des droits et libertés, ne peut prétendre, au plan de l'interprétation, à un statut définitif. Celle-ci est, au contraire, appelée à évoluer et à se modeler au contexte social, historique et politique dans lequel elle s'inscrit. Rien n'est donc jamais acquis. Le professeur Tremblay écrit : « Il nous faudra du temps et du talent pour maîtriser le langage et les concepts de la *Charte* », L.B. Tremblay, « Réflexions sur la portée de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* suite à la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, (C.-B.) » (1987) 18 R.D.U.S. 139 à la p. 243.

certain — droits nommés — que ce qui est probable — droits innommés. Ces derniers n'ont peut-être aucun caractère constitutionnel ; néanmoins, nous estimons qu'une interprétation cloisonnée de la *Charte* ne saurait lui rendre justice². Il importe alors de tenter, dès maintenant, de donner un sens à l'article 26 afin de permettre à l'interprète d'en tenir compte dans l'analyse des autres dispositions constitutionnelles garanties par la *Charte*. De plus, en référence à l'expérience américaine quant au 9^e Amendement, une interprétation rapide³ aura peut-être l'avantage d'éviter les analyses aussi multiples que polémiques qui ont cours aux États-Unis.

Nous nous proposons donc d'examiner l'article 26 de la *Charte* à la lumière d'une disposition qui s'y apparente : le 9^e Amendement à la Constitution des États-Unis. Cette incursion en droit américain est le fruit de la nécessité, puisque, jusqu'ici, l'article 26 n'a donné lieu, comme on le verra, qu'à très peu de développements jurisprudentiels ou doctrinaux au Canada.

1. L'article 26 de la *Charte canadienne*

L'article 26 se lit comme suit :

Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada.

The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada.

L'article 26 se retrouve, dans la *Charte*, sous l'intitulé « Dispositions générales » (« General » en anglais) qui suit en fait l'énumération des droits et libertés garantis : libertés fondamentales, droits démocratiques, liberté de circulation et d'établissement, garanties juridiques, droits à l'égalité, langues officielles au Canada, droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Nous aurons l'occasion de revenir sur la position de l'article 26 dans l'ordonnancement textuel de la *Charte canadienne*.

Il est encore trop tôt pour déceler dans la jurisprudence ou la doctrine une tendance ferme quant à l'interprétation de l'article 26. L'un des rares auteurs, à notre connaissance, à avoir abordé, quoique très sommairement, l'article 26 est d'avis qu'il ne s'agit là que d'une disposition dont l'objet a été dicté par la prudence. De plus, l'article 26 ne serait pas une source de droits susceptibles de protection constitutionnelle. Le professeur Hogg écrit :

²Lire *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 155 et s. (voir infra note 139 et texte correspondant) et *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 à la p. 365 et s. Voir *Schmidt c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 500, où le juge La Forest, évoquant l'article 11 de la *Charte*, affirme à la p. 519 : « De surcroît, ces dispositions ne sauraient être prises isolément ». Cet énoncé vaut certes pour le reste des dispositions constitutionnelles.

³Nous visons ici évidemment une interprétation judiciaire.

Section 26 is a cautionary provision, included to make clear that the Charter is not to be construed as taking away existing undeclared rights or freedoms. Rights or freedoms protected by the common law or by statute will continue to exist notwithstanding the Charter. Section 26 does not incorporate these undeclared rights and freedoms into the Charter, or "constitutionalize" them in any other way. They continue to exist independently of the Charter, and receive no extra protection from the Charter. They differ from the rights or freedoms guaranteed in the Charter in that, as creatures of common law or statute, the undeclared rights can be altered or abolished by the action of the competent legislative body. As well, the remedy under s. 24 is not available for their enforcement⁴.

L'auteur avait exprimé la même idée quelques années auparavant, quoique le ton fût moins net, en prétendant que les droits ou libertés protégés par la *Déclaration canadienne des droits*⁵ et non garantis par la *Charte canadienne* demeureraient en vigueur par le jeu de l'article 26⁶. En d'autres termes, l'article 26 serait une disposition par laquelle le constituant préciserait simplement que les droits, autres que ceux consacrés par la *Charte*, continuent à exister et ne sont pas niés ou abrogés. L'objet de l'article 26 apparaît alors fort étroit. Dans un des rares arrêts à traiter de l'article 26, l'affaire *Re MacAusland*, le juge Mitchell adopte cette dernière interprétation :

That section of the Charter [l'article 26] acknowledges that rights guaranteed in the Charter are not in lieu of any other rights that exist in Canada. Therefore, all Canadians continue to enjoy the protection provided for in the *Canadian Bill of Rights* which they had before the Charter as well the rights and freedoms as guaranteed in the Charter. However, while the rights and freedoms as recognized and declared in the *Canadian Bill of Rights* continue to exist, they are not guaranteed by the Charter. Section 26 would have been unnecessary and the words "as guaranteed by this Charter" would not have been used in s. 24(1) of the Charter if s. 24 applied to all rights whatever their source. Section 26 only indicates that the Charter is not limiting or interfering with any additional rights which already existed, but that is quite a different matter from saying the Charter guarantees those rights⁷.

⁴P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1985 à la p. 703 et s. 5.S.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. 1985, app. III.

⁶« Dans la mesure où la *Déclaration canadienne des droits* protège des droits ou libertés autres que ceux que garantit la *Charte*, ces autres droits ou libertés demeurent en vigueur », P.W. Hogg, « Comparaisons entre la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits* » dans G.A. Beaudoin et E. Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989 à la p. 6.

⁷*Re MacAusland and R.*, [1985] 19 C.C.C. (3d) 365 à la p. 375, 52 Nfld & P.E.I. R.349 à la p. 358 (P.E.I.S.C.). La Cour suprême, dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, sous la plume du juge Wilson, fait allusion à la p. 185 à l'article 26 : « There can be no doubt that this statute [la *Déclaration canadienne des droits*] continues in full force and effect and that the rights conferred in it are expressly preserved by s. 26 of the *Charter* ». Le juge Beetz, dans une opinion concurrente à la p. 224, affirme, après avoir cité l'article 26 : « Ainsi, la *Déclaration canadienne des droits* conserve toute sa force et son

Le juge McCarthy, de la Cour d'appel du Québec, s'exprimant dans une opinion concurrente lors d'une autre affaire, était du même avis : « Cet article n'a pas pour effet d'incorporer à la charte des droits et libertés qui n'y sont pas incorporés par d'autres articles »⁸.

Pour sa part, le juge Dickson, de la Cour du banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, donnait à l'article 26, dans *Fisherman's Wharf*, une interprétation plus large. Se prononçant sur une question de droit de propriété et commentant l'article 26, il précisait :

The right to enjoyment of property free from threat of confiscation without compensation has unquestionably been a right traditionally enjoyed by Canadians and may therefore be considered a right embodied in our Constitution, quite regardless of proclamation of the present Charter. Any statute of this Province purporting to destroy such a right must therefore be considered invalid and *ultra vires* in that respect. That interpretation must therefore, if possible, be given to such statute which avoids that result⁹.

Cette constitutionnalisation du droit de propriété a été vivement critiquée par le juge Nunn : « I do not find that property rights are entrenched in the provisions of the Charter, either directly or indirectly, through extension of the notion of personal security »¹⁰. Le juge Nunn conteste cette constitutionnalisation, mais évite de se prononcer sur l'article 26 de la *Charte*. Le professeur Brandt, dans un commentaire sur l'affaire *Fisherman's Wharf*, conteste aussi avec véhémence l'interprétation donnée à l'article 26 par le juge Dickson :

effet, de même que les diverses chartes des droits provinciales ». Ces affirmations relèvent certes de l'*obiter dictum*. Nous ne croyons pas qu'il faille en déduire une quelconque volonté d'imprimer un sens défini à l'article 26. À cet égard, nous reconnaissons d'emblée que l'article 26 a pour effet de consacrer l'existence continue des garanties de la *Déclaration canadienne des droits*. Mais là n'est pas son seul objet.

⁸*Léger c. Ville de Montréal*, (9 juin 1986), Montréal 500-10-000189-850, J.E. 86-722 (C.A.) à la p. 4 des motifs du juge McCarthy.

⁹*R. c. Fisherman's Wharf Ltd* (1982) 135 D.L.R. (3d) 307 à la p. 316, 40 N.B.R. (2d) 42 (B.R., 1re inst.). Notons qu'il s'agit d'un *obiter dictum*, puisque l'affaire semble avoir été entendue avant la promulgation de la Charte canadienne : « I should, in fairness to counsel, point out that the applicability of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not argued before me, the application having been heard before proclamation of the statute incorporating that Charter. Inasmuch as its application has in these reasons been advanced only as a corollary ground for relief sought by the claimants, I have not considered it necessary to hear further argument in that regard » (à la p. 317 et s.). Brandt précise à ce propos : « Since the application had been heard before the proclamation of the Constitution Act 1982, counsel quite properly did not argue its applicability. Nevertheless, the learned judge acted on his own initiative and relied on it in support of his construction of the statute », G.J. Brandt, « Canadian Charter of Rights and Freedoms — Rights to property as an extension of personal security — Status of undeclared rights » (1983) 61 R. du B. can. 398 à la p. 400.

¹⁰*Worker's Compensation Board of Nova Scotia c. Coastal Rentals, Sales and Services Ltd* (1983) 12 D.L.R. (4th) 564 à la p. 566 (N.S.S.C.T.D.).

Section 26 is one of a number of sections which are included in the Charter for the purposes of preventing it from being used to cut down on the scope of those rights which, though they may be enjoyed by virtue of statute or under the common law, do not yet enjoy a constitutional status. [...] However, these sections [articles 25 et 29] of the Charter, and particularly section 26 do not have, and were not intended to have, the effect of expanding upon the scope of those rights not found in the Charter. In effect the Charter freezes them in place with their content as it was defined on April 17th, 1982. Consequently, where those rights do not, as of April 17th, 1982, enjoy any constitutional protection they are as vulnerable to legislative reduction as before. Although section 26 protects them from reduction by way of application of other provisions of the Charter it says nothing concerning the continuing competence of a sovereign legislature to deal with these rights at its pleasure¹¹.

L'auteur va même jusqu'à parler de non-sens¹² lorsqu'il évoque la thèse selon laquelle l'article 26 serait une source de droits non garantis explicitement¹³. L'opinion du professeur Brandt rejoint donc celle du professeur Hogg. L'article 26 ne serait qu'un principe d'interprétation destiné à contrer les éventuels effets négatifs des droits énumérés dans la *Charte* sur les droits non constitutionnels dont jouirait le citoyen en vertu du *common law* ou de la législation¹⁴.

Ce sont là les seules affaires, à notre connaissance, qui présentent un certain intérêt quant à l'interprétation de l'article 26¹⁵. Ainsi que nous le soulignons plus haut, il est, bien entendu, beaucoup trop tôt pour dégager une tendance interprétative. Quoi qu'il en soit, la position du professeur Hogg apparaît séduisante pour certains tribunaux. Elle a, il faut en convenir, le mérite de simplifier le débat, puisqu'elle désamorçe toute velléité de donner à l'article 26 une portée qu'il serait difficile de gérer judiciairement. En effet, prétendre que l'article 26 est une source de droits entraîne l'exercice ardu et hasardeux de la détermination de ces droits innommés. Cette opération de création judiciaire (« judge-made law ») suppose un affranchissement du pouvoir judiciaire de cette tradition de retenue longtemps entretenue par les tribunaux. Or, le pouvoir judiciaire commence à peine à

¹¹Brandt, *supra*, note 9 à la p. 405.

¹²*Ibid.*

¹³Il ajoute : « It is highly unlikely that section 26 was intended to be a catch-all provision that would incorporate into the Charter all undeclared rights and freedoms enjoyed by statute or under the common law », *ibid.* à la p. 406.

¹⁴On pense particulièrement, dans ce dernier cas, aux codes des droits et libertés provinciaux, comme la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., c. C-12.

¹⁵D'autres arrêts évoquent, sans le commenter plus avant, l'article 26, voir notamment : *Re Cromer and British Columbia Teacher's Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641 (B.C.C.A.); *British Columbia Government Employees' Union c. A.G. B.C.* (1985), 20 D.L.R. (4th) 399 (B.C.C.A.); *Bhindi c. British Columbia Projectionists, Local 348* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47 (B.C.C.A.); *Hsuen c. Mah* (1986), 31 D.L.R. (4th) 199 (B.C.S.C.); *Groupe des éleveurs de volaille de l'Est de l'Ontario c. Office canadien de commercialisation des poulets* (1984), [1985] 1 C.F. 280, 14 D.L.R. (4th) 151 (1re inst.); *Osborne c. R.*, [1988] 3 C.F. 219 (C.A.).

comprendre son nouveau rôle de gardien des droits et libertés¹⁶. Il est donc tout à fait compréhensible qu'il réagisse avec prudence, voire avec crainte, lorsqu'on lui propose de consacrer constitutionnellement des droits non garantis dans la *Charte canadienne*.

2. Le 9e Amendement

Le 9e Amendement à la Constitution américaine énonce :

The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage other rights retained by the people.

La similarité entre le 9e Amendement et l'article 26 de la *Charte canadienne* apparaît dès la première lecture. Cela explique ce qui suit.

Le 9e Amendement a longtemps été ignoré par la jurisprudence et la doctrine américaines¹⁷. En 1965, la Cour suprême des États-Unis allait redonner vie à cet amendement à la Constitution dans l'affaire *Griswold*¹⁸. Avant de commenter cet arrêt, il nous semble opportun de dresser un rapide portrait historique de la situation ayant entouré l'élaboration du 9e Amendement¹⁹.

2.1. La genèse du 9e Amendement

L'adoption de la Constitution américaine ne fut pas une tâche aisée. Les divers états, jaloux de leurs prérogatives et de leur souveraineté, craignaient la mise en place d'un gouvernement central trop fort, qui n'aurait pas été sans rappeler l'autorité métropolitaine britannique²⁰. Cette méfiance à l'égard d'un centralisme exacerbé dont on croyait le fédéralisme porteur,

¹⁶Le professeur Tremblay écrit justement : « En particulier, il faudra du temps avant que les tribunaux saisissent la portée de leur « nouveau » rôle », Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 243.

¹⁷« Long ignored by the courts as well as by legal and political scholars, the ninth amendment to the United States Constitution has recently attracted considerable attention in the federal courts », B. Gaughan, « The Ninth Amendment in the Federal Courts, 1965-1980 : From Desuetude to Fundamentalism? » (1983-84) 61 *Denver L.J.* 25 à la p. 25.

¹⁸*Griswold c. Connecticut* (1965), 381 U.S. 479.

¹⁹« The ninth amendment cannot be properly understood without an appreciation of the historical circumstances which gave rise to its adoption », C.R. Massey, « Federalism and Fundamental Rights : The Ninth Amendment » (1987) 38 *Hastings L.R.* 305 à la p. 307.

²⁰« The Articles of Confederation reflected revolutionary America's deep distrust of centralized authority and strong predilection to retain separate sovereignty for each of the newly independent former colonies », *ibid.* à la p. 307. Berger écrit d'ailleurs : « The Founders were deeply attached to their local governments : these were the tried and true whereby they had resisted the impositions of royal governors and judges. That attachment constituted a formidable obstacle to the adoption of the Constitution ; there was widespread distrust of the remote newcomer, a federal government removed by vast distances from the governed, wherein large states might outvote the small, and in which there would be clashing sectional interests », R. Berger, « The Ninth Amendment » (1980) 66 *Cornell L.R.* 1 à la p. 3 et s.

doublée d'une foi régionaliste quasi inébranlable ont été à l'origine du *Bill of Rights*. Ainsi, la ratification des états à la nouvelle constitution était-elle conditionnelle à la promulgation rapide d'un « bill of rights » :

In all probability, apart from Delaware, Rhode Island, and New Jersey, which regarded the new Constitution as a way of achieving enhanced economic and political leverage, public opinion throughout the original states was substantially opposed to adoption of the new document. Opposition to the Constitution's adoption was rooted in a deep fear of national power. This sentiment pervasive throughout the early American states, ultimately compelled proposal and adoption of the first ten amendments to the Constitution. Indeed, ratification was obtained in part by the promise that a bill of rights would be promptly appended to the newly adopted Constitution²¹.

À cet égard, le *Bill of Rights* a été adopté pour restreindre les pouvoirs du Congrès (fédéral) et non ceux des états²². En effet, le *Bill of Rights* ne visait pas originairement les états²³. En 1868, le 14^e Amendement a eu pour effet de rendre applicable les dix premiers amendements aux états²⁴.

La rédaction du *Bill of Rights* fut une entreprise difficile. Ainsi, certains croyaient qu'une énumération de droits, en raison de son caractère forcément incomplet, ne pouvait que mener à une situation dangereuse par laquelle les droits non énumérés seraient, par hypothèse, dénués de protection. Par conséquent, le législateur se verrait octroyer les pouvoirs correspondant à ces sphères de droits non énumérés :

²¹Massey, *supra*, note 19 à la p. 308 et s.

²²Elbridge Gerry, un des pères de la Constitution, disait à propos du *Bill of Rights* : « [t]his declaration of rights, I take it, is intended to secure the people against the mal-administration of the [federal] Government », cité dans Berger, *supra*, note 20 à la p. 5. De plus, ainsi que le note le professeur Tribe, l'adoption d'un *Bill of Rights* était perçue comme complémentaire au principe de la séparation des pouvoirs : « First, a Bill of Rights directed against federal abuses was thought necessary in addition to the separation and division of powers [. . .]. », L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2^e éd., Mineola, N.Y., Foundation Press, 1988 à la p. 4.

²³Tribe explique ainsi cette non-application : « But also implicit in the refusal to extend the Bill of Rights against the states seems to have been a view that, just as the states were by and large adequately represented in the Congress, so individuals were likely for most purposes to be sufficiently represented in their own states, whose obliteration or serious erosion would leave individuals exposed to oppression by private violence and national tyranny alike », *ibid.* à la p. 3. Tribe cite Hamilton à la p. 3, note 6 : « The state governments will, in all possible contingencies, afford complete security against invasions of the public liberty by the national authorities ». Les états allaient donc protéger, croyait-on, les droits de leurs citoyens contre le gouvernement central.

²⁴Cette question fait l'objet d'une polémique aux États-Unis. Berger, pour sa part, ne croit pas en cette incorporation des garanties du *Bill of Rights* dans le 14^e Amendement : « Let me therefore reiterate that the argument that the Bill of Rights was incorporated in the fourteenth amendment is without historical warrant [. . .] », Berger, *supra*, note 20, p. 12. Consulter Tribe, *supra*, note 22 aux pp. 772-74.

The federalist's second argument was that an enumeration of rights, necessarily incomplete, could give rise to the presumption that all rights left unspecified would be forfeited to the federal government. Wilson reasoned that, because a bill of rights constitutes "*an enumeration of the powers reserved* [...] ... every thing that is not enumerated is presumed to be given. The consequence is, that an imperfect enumeration would throw all implied power into the scale of the government, and the rights of the people would be rendered incomplete"²⁵.

Ces adversaires de la rédaction d'un *bill of rights* croyaient qu'il valait mieux énumérer les pouvoirs dévolus au gouvernement. Cette énumération sous-tendait que les pouvoirs non énumérés restaient dévolus au peuple²⁶. Cette thèse s'inspire directement des travaux de John Locke²⁷ :

Constitutional limitations upon the federal government's power and express diffusion of its exercise were intended to guarantee the liberties of the individuals forming the society by dividing the potential power of the state to seize those liberties for itself. The Constitution specifies precise measures to divide and check the exercise of power but is generally silent about protection of individual substantive rights. The elaborate devices created to limit power were, of course, intended to serve some substantive end. The procedural safeguards in the original Constitution implicitly protected against encroachments upon individual entitlements. It was for this reason that Hamilton and Wilson opposed adoption of the Bill of Rights²⁸.

²⁵R.L. Caplan. « The History and Meaning of the Ninth Amendment » (1983) 69 Virginia L.R. 223 à la p. 240. Massey écrit sur ce point : « Those who preferred the unamended version of the Constitution argued that any enumeration of rights would necessarily be imperfect and would create the inference that no rights existed except those itemized. The federal government possessed only certain enumerated powers, according to this argument, and thus could have no valid claim to interfere with the exercise of the citizen's rights », Massey, *supra*, note 19 à la p. 309.

²⁶« Adherents to this view, including Alexander Hamilton and James Wilson of Pennsylvania, contended that it was better to imperfectly enumerate the powers of the federal government with the implication that powers not enumerated were reserved to the people, than to attempt an imperfect enumeration of rights reserved to the people, with the implication that rights not so reserved were impliedly delegated to the federal government », Massey, *supra*, note 19 à la p. 309.

²⁷« The colonists premised their fight for independence, when the time came, on the natural law-social contract theory expounded by numerous writers, foremost among them John Locke. Under that theory, individuals are born into a "state of nature", that is, without organized government, and agree out of "strong Obligations of Necessity, Convenience, and Inclination" to live in political communities. In so contracting, individuals must give up some of their natural rights so that the rest of those rights may be more effectively secured. The sole legitimate purpose of government therefore, is the good of the contracting parties — the public. Accordingly, government has a right only to act for the benefit of the governed, to protect its citizens from rebellion within and invasion without. As a part or consequence of this right to govern in pursuance of the public good, then, the government preserves individual rights », Caplan, *supra*, note 25 à la p. 230.

²⁸Massey, *supra*, note 19 à la p. 316.

Devant cette forte opposition, Madison, tenant de l'inclusion d'un *bill of rights* dans la constitution, proposa une résolution²⁹ qui devait finalement devenir le 9e Amendement.

Ce court exposé historique ne rend cependant pas plus clair le sens et la portée du 9e Amendement. En effet, il existe une certaine controverse quant à la juste interprétation de cette disposition, et l'exégèse historique se module aux conclusions recherchées par chacun. Avant de faire état de ces polémiques doctrinales, il convient d'évoquer l'arrêt *Griswold* de la Cour suprême américaine.

2.2. L'arrêt *Griswold*

Dans cette affaire, *Griswold*, directeur d'un centre de planning familial, est poursuivi pour avoir conseillé et prescrit l'utilisation de contraceptifs à un couple marié. Or, une loi de l'état du Connecticut sanctionne l'utilisation de contraceptifs. Quiconque conseille l'utilisation de contraceptifs commet aussi une infraction. Le juge Goldberg, dans une opinion concurrente à laquelle ont souscrit le juge en chef et le juge Brennan, fonde son jugement sur le 9e Amendement. Le juge Goldberg reconnaît, dans un premier temps, que la formulation du 9e Amendement découle des craintes de certains constituants à l'égard d'une énumération de droits qui pourrait sous-tendre une négation des droits non énumérés³⁰. Puis, le juge Goldberg précise que le droit à la vie privée matrimoniale, bien que non reconnu explicitement par les huit premiers amendements, est garanti par le 9e Amendement³¹.

²⁹« The exceptions here or elsewhere in the Constitution, made in favor of particular rights, shall not be so construed as to diminish the just importance of other rights retained by the people, or as to enlarge the powers delegated by the Constitution ; but either as actual limitations of such powers, or as inserted merely for greater caution », cité dans Massey, *supra*, note 19 à la p. 310. Il importe de noter que le 9e Amendement, comme le souligne Massey, traite des droits du peuple (*rights retained by the people*) et non des pouvoirs (*powers*) du législateur. Cette dernière partie de la résolution se retrouve dans le 10e Amendement qui restreint les pouvoirs du législateur fédéral. Le 10e Amendement stipule : « The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people ».

³⁰« It was proffered to quiet expressed fears that a bill of specifically enumerated rights could not be sufficiently broad to cover all essential rights and that the specific mention of certain rights would be interpreted as a denial that others were protected », *Griswold, supra*, note 18 à la p. 488 et s. Après avoir cité Madison et Story, le juge Goldberg commente ainsi ces extraits : « These statements of Madison and Story make clear that the Framers did not intend that the first eight amendments be construed to exhaust the basic and fundamental rights which the Constitution guaranteed to the people », *ibid.* à la p. 490.

³¹« To hold that a right so basic and fundamental and so deep-rooted in our society as the right of privacy in marriage may be infringed because that right is not guaranteed in so many words by the first eight amendments to the Constitution is to ignore the Ninth Amendment and to give it no effect whatsoever », *ibid.* à la p. 491.

Une interprétation contraire violerait le libellé du 9^e Amendement³². C'est là une application concrète du dispositif constitutionnel étudié. Par la suite, le juge Goldberg donne dans la prolepse en réfutant les critiques de ceux qui suggèrent que son interprétation du 9^e Amendement élargit grandement les pouvoirs de la Cour³³. Cette réfutation est cependant source de confusion puisque, d'une part, le juge Goldberg écrit que le 9^e Amendement ne constitue pas une source indépendante de droits, et d'autre part, il affirme que le 9^e Amendement consacre des droits non énumérés dans les huit premiers amendements à la Constitution. Qu'on en juge :

Nor do I mean to state that the Ninth Amendment constitutes an independent source of rights protected from infringement by either the States or the Federal Government. Rather, the Ninth Amendment shows a belief of the Constitution's authors that fundamental rights exist that are not expressly enumerated in the first eight amendments and an intent that the list of rights included there not be deemed exhaustive. [...] The Ninth Amendment simply shows the intent of the Constitution's authors that other fundamental personal rights should not be denied such protection or disparaged in any other way simply because they are not specifically listed in the first eight constitutional amendments³⁴.

Il est possible de concilier ces deux assertions apparemment contradictoires : le 9^e Amendement protégerait des droits non énumérés qui auraient un lien avec les droits garantis aux huit premiers amendements³⁵. Ainsi le 9^e Amendement ne serait pas une source autonome de droits, mais protégerait des droits non spécifiquement énumérés. La nature de ce lien reste à déterminer. Par hypothèse, un droit innommé ne saurait avoir un lien trop étroit avec un droit garanti, puisqu'il serait alors plus commode, et plus logique surtout, de prétendre que ce droit innommé forme, en fait, une partie intégrante du droit spécifié. Quoi qu'il en soit, cette interprétation du 9^e Amendement est loin d'être partagée par tous. Mitchell, quant à lui, estime que « [t]here is no textual basis for reading the ninth amendment this way »³⁶. Il ajoute : « [t]he better view is that the ninth amendment

³²« Moreover, a judicial construction that this fundamental right is not protected by the Constitution because it is not mentioned in explicit terms by one of the first eight amendments or elsewhere in the Constitution would violate the Ninth Amendment, which specifically states that « [t]he enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others than retained by the people » (emphasis added.) », *ibid.* à la p. 491 et s.

³³*Ibid.* à la p. 492.

³⁴*Ibid.* Voir *infra*, notes 95 à 98 et texte correspondant.

³⁵« As Justice Goldberg, and indeed much of the modern Court, see it the ninth amendment protects only those rights that are arguably related to those that are enumerated », L.E. Mitchell, « The Ninth Amendment and the « Jurisprudence of Original Intention » (1986) 74 Georgetown L.J. 1719 à la p. 1731.

³⁶*Ibid.*

« incorporates » certain unenumerated rights into the Constitution and directly protects those rights from state action »³⁷.

Le juge Goldberg poursuit en précisant que le 9e Amendement aurait aussi pour effet d'étendre la portée du mot « liberté » aux 5e et 14e Amendements en ne le restreignant pas aux droits spécifiquement énumérés :

In sum, the Ninth Amendment simply leads strong support to the view that the "liberty" protected by the Fifth and Fourteenth Amendments from infringement by the Federal Government or the States is not restricted to rights specifically mentioned in the first eight amendments³⁸.

Ainsi, la notion de « liberté », garantie par une disposition spécifique, acquerrait une portée plus importante que celle que laisse entendre le dispositif dans lequel elle s'inscrit, en raison de l'influence des droits innommés que garantirait le 9e Amendement. Le 9e Amendement aurait alors une double fonction : d'une part, il garantirait certains droits innommés de caractère fondamental, et d'autre part, il influencerait sur la notion de liberté, par ailleurs garantie, par une sorte d'effet amplificateur³⁹.

L'identification de ces droits innommés n'est pas une tâche laissée au hasard, si l'on s'en reporte à l'opinion du juge Goldberg. Elle obéit à des critères précis qui font que l'exercice n'est pas un travestissement des goûts subjectifs du magistrat :

In determining which rights are fundamental, judges are not left at large to decide cases in light of their personal and private notions. Rather, they must look to the "traditions and [collective] conscience of our people" to determine whether a principle is "so rooted [there] ... as to be ranked as fundamental." [...] The inquiry is whether a right involved « is of such a character that it cannot be denied without violating those "fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions' ..." [...]»⁴⁰.

C'est là l'essentiel de l'opinion du juge Goldberg relativement à l'interprétation du 9e Amendement. Depuis l'arrêt *Griswold*, la Cour suprême

³⁷*Ibid.*

³⁸*Griswold, supra*, note 18 à la p. 493.

³⁹Cette double fonction peut parfois se confondre. Ainsi, dans *Griswold*, bien que ne faisant pas référence au 9e Amendement, le juge Harlan, dans une opinion concurrente, estime que la loi attaquée attente à la notion de liberté garantie par le 14e Amendement : « In my view, the proper constitutional inquiry in this case is whether this Connecticut statute infringes the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment because the enactment violates basic values "implicit in the concept of ordered liberty" [. . .]. For reasons stated at length in my dissenting opinion in *Poe v. Ullman, supra*, I believe that it does. While the relevant inquiry may be aided by resort to one or more of the provisions of the Bill of Rights, it is not dependent on them or any of their radiations. The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment stands, in my opinion, on its own bottom », *ibid.* à la p. 500. Voir *infra*, note 136.

⁴⁰*Ibid.* à la p. 493.

des États-Unis a eu l'occasion de traiter la question du 9^e Amendement, mais chaque fois elle a évité de se prononcer clairement⁴¹. Les cours inférieures ont aussi eu à interpréter cette disposition constitutionnelle. Il n'existe cependant pas d'uniformité jurisprudentielle sur ce sujet : certains tribunaux reconnaissent le 9^e Amendement comme une source de droits innommés ; d'autres estiment que la portée du 9^e Amendement est limitée, comme source de droits, au droit à la vie privée matrimoniale et familiale⁴². Quoi qu'il en soit, le 9^e Amendement n'est pas ignoré par la jurisprudence. La doctrine, pour sa part, apparaît nettement plus divisée, comme nous le verrons à la prochaine section.

3. Les théories des droits innommés

Le professeur Berger ne croit pas que les droits innommés du 9^e Amendement soient susceptibles de sanction⁴³. En fait, le professeur Berger craint par-dessus tout que le 9^e Amendement ne devienne « a bottomless well in which the judiciary can dip for the formation of undreamed of "rights" in their limitless discretion, a possibility the Founders would have rejected out

⁴¹« After *Griswold*, only seven majority opinions in the cases decided refer to the ninth amendment. Not one of these uses the ninth amendment as a constitutional source for protecting unenumerated rights. In each the Court declined opportunity to explicitly accept or to reject the ninth amendment as a source of authority for identifying unenumerated rights », Gaugush, *supra*, note 17, à la p. 26 et s.

⁴²Consulter Gaugush, *supra*, note 17. Dans cette étude, l'auteur recense toutes les décisions relatives au 9^e Amendement rendues après *Griswold*, et ce jusqu'en 1980, afin d'y déceler une tendance. Il conclut de cette étude : « The courts have been willing to recognize that constitutional claims may be based on the ninth amendment. The courts are more willing to give ninth amendment protection, however, to matters that fall within the marital-familial aspects of privacy. Because of this hesitancy to push *Griswold* beyond the family, a complete view of the breadth and depth of the ninth amendment in the federal courts has yet to develop. The overwhelming number of lower federal court cases examined lend themselves to the following general assesment : A ninth amendment claim is more likely to receive favorable judicial recognition when it is used in asserting the marital-familial form of the right to privacy. The further the ninth amendment claim is from the marital-familial axis, the less acceptance it will receive », *ibid.* à la p. 39.

⁴³« A right "retained" by the people is not embodied in the Constitution, and a suit brought on such a right does not "arise" thereunder, as Madison made plain in stressing judicial protection for "particular" rights "expressly stipulated". It does violence to the historical record to construe the ninth amendment to give the courts a roving commission to enforce a catalog of unenumerated rights against the will of the states », Berger, *supra*, note 20 à la p. 9. L'auteur ajoute à la p. 20 : « To my mind, a right "retained" by the people and not described has not been embodied in the Constitution. Madison made clear that the retained rights were not "assigned" to the federal government : to the contrary, he emphasized that they constitute an area in which the "Government ought not to act". This means, in my judgment, that the courts have not been empowered to enforce the retained rights against either the federal government or the states ».

of hand »⁴⁴. Interpréter le 9e Amendement comme une source de droits innommés reviendrait à confier au pouvoir judiciaire un rôle créateur de la règle de droit⁴⁵, ce que ne peut admettre Berger, littéraliste quant à l'interprétation constitutionnelle⁴⁶. Le professeur Berger décrit ainsi la juste interprétation que doit recevoir le 9e Amendement :

In "retaining" the unenumerated rights, the people reserved to themselves power to add to or subtract from the rights enumerated in the Constitution by the process of amendment exclusively confided to them by article V. If this be deemed supererogatory, be it remembered that according to Madison the ninth amendment itself was "inserted merely for greater caution"⁴⁷.

La thèse de Berger se fonde essentiellement sur une interprétation stricte de la Constitution américaine, selon laquelle le pouvoir judiciaire ne saurait, par création judiciaire, usurper le pouvoir législatif⁴⁸. À cet égard, il doit se cantonner dans son rôle de simple interprète des textes constitutionnels, et toute velléité créatrice ou novatrice doit être occultée au profit d'une interprétation fidèle aux intentions originaires des rédacteurs, et ce, malgré l'évolution que peut connaître la société⁴⁹.

⁴⁴*Ibid.* à la p. 2.

⁴⁵« That power of creation equally was withheld from the courts ; the Founders did not regard the courts as "creators", or lawmakers, but as discoverers of law », *ibid.* à la p. 20.

⁴⁶Berger peut se décrire, dans le jargon juridique américain, comme un « interpretivist ». Le professeur Hogg définit ainsi cette méthode d'interprétation constitutionnelle : « Interpretivism is the theory that holds that judicial review of legislation must be based on the language of the constitution. According to this theory, the role of the courts in reviewing legislation should not go beyond the interpretation of the text », P.W. Hogg. « The Charter of Rights and American Theories of Interpretation » (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 87 à la p. 91.

⁴⁷Berger, *supra*, note 20 à la p. 14. Berger ajoute à la p. 23 : « The ninth amendment demonstrably was not custom-made to enlarge federal enforcement of "fundamental rights" in spite of state law ; it was merely declaratory of a basic presupposition : all powers not "positively" granted are reserved to the people. It added no unspecified rights to the Bill of Rights ; instead it demarked an area in which the "General Government" has no power whatsoever ».

⁴⁸*Ibid.* à la p. 13.

⁴⁹Berger fonde l'essentiel de son argumentation sur des déclarations écrites ou verbales faites par certains pères de la Constitution américaine. Cette méthode a ses limites, comme le souligne le professeur McIntosh, dans une réplique à l'article du professeur Berger : « However it is the intention as expressed in the text, and not the author's declarations of intention, that we seek to uncover in interpretation. Such declarations, I have elsewhere argued, may have great evidentiary value, but is not conceptually compelling for the reader to accept them », S.C.R. McIntosh, « On Reading the Ninth Amendment : A Reply to Raoul Berger » (1985) 28 *Howard L.J.* 913 à la p. 936. L'auteur ajoute un peu plus loin : « Above all, to make the validity of an interpretation depend on its being confirmed by the author's declarations of intention is to deny that interpretation is an act of critical inquiry, for instead of engaging in this critical task, we may simply refer to the author's declarations as though we were consulting the "Oracle", *ibid.* à la p. 937. Il faut bien préciser que le droit américain se caractérise par une polémique incessante quant à la meilleure manière (méthode) d'interpréter la constitution, lire à ce propos L.H. Tribe, *Constitutional Choices*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

Cet aspect rigoriste de l'adjudication judiciaire nous semble mal adapté aux principes de l'interprétation constitutionnelle. Particulièrement au Canada où la Cour suprême a dès le départ indiqué que l'interprétation de la *Charte* devait être large et libérale. L'évocation, par la Cour, de l'arbre vivant (« living tree ») illustre métaphoriquement l'approche à adopter dans l'analyse constitutionnelle des droits et libertés⁵⁰. De plus, un document constitutionnel doit être susceptible d'évoluer, au risque de devenir rapidement un instrument sans valeur parce que sclérosé. Or, cette évolution ne peut se faire que par une actualisation des garanties constitutionnelles, afin de les faire correspondre aux valeurs du moment, qui entraîne inéluctablement un retrait par rapport aux intentions étroites⁵¹ entretenues au moment de l'édiction de celles-ci. En d'autres termes, les droits constitutionnels doivent pouvoir s'adapter à la modernité, et cela oblige parfois à les dénaturer de leur sens originnaire. Sur ce plan, une constitution aurait un caractère quasi immortel :

Legislation, both statutory and constitutional, is enacted, it is true, from an experience of evils, but its general language should not, therefore, be necessarily confined to the form that evil had theretofore taken. Time works changes, brings into existence new conditions and purposes. Therefore a principle to be vital must be capable of wider application than the mischief which gave it birth. This is peculiarly true of constitutions. They are not ephemeral enactments, designed to meet passing occasions. They are, to use the words of Chief Justice Marshall, "designed to approach immortality as nearly as human institutions can approach it". [...] In the application of a constitution, therefore, our contemplation cannot be only of what has been but of what may be. Under any other rule a constitution would indeed be as easy of application as it would be deficient in efficacy and power. Its general principles would have little value and be converted by precedent into impotent and lifeless formulas. Rights declared in words might be lost in reality⁵².

Cette évolution est d'autant plus nécessaire qu'une constitution ne peut énoncer tous et chacun des droits humains requérant protection⁵³. Cette

⁵⁰Lire à ce propos Marc Gold. « La rhétorique des droits constitutionnels » (1988) 22 R.J.T. 1. Voir également Hogg, *supra*, note 46 aux pp. 97-99.

⁵¹Les intentions larges — assurer l'épanouissement de l'individu et son droit à la poursuite du bonheur dans le cadre d'une société libre et démocratique — demeurent, par hypothèse, inchangées. Ce sont les mécanismes bruts chargés d'assurer ces intentions larges qui réclament une actualisation.

⁵²*Weems c. United States* (1910), 217 U.S. 349 à la p. 373.

⁵³Le juge en chef Marshall, de la Cour suprême des États-Unis, écrivait : « A constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would probably be never understood by the public. Its nature, therefore, requires, that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects, be deduced from the nature of the objects themselves. [...] In considering this question, then, we must never forget, that it is a *constitution* we are expounding », *McCulloch c. Maryland* (1819), 17 U.S. (4 Wheat.) 316 à la p. 407.

actualisation, dont la nécessité s'impose par le passage du temps, a le défaut d'étendre le sens de dispositions constitutionnelles explicites au-delà de la logique initiale qui a contribué à leur élaboration. Autrement dit, le pouvoir judiciaire se trouve obligé de donner aux mots d'une garantie une extension qui, outre le fait qu'elle est parfois difficilement justifiable aux plans logique et sémantique, complique singulièrement l'interprétation ultérieure que doit recevoir cette garantie⁵⁴. Les défauts occasionnés par un tel exercice peuvent être évités ou, à tout le moins, atténués par une clause constitutionnelle du type de celle du 9^e Amendement ou de l'article 26. Mitchell écrit justement : « The ninth amendment is an acknowledgment by the framers of these problems [l'évolution, la modernité] and suggests that the Constitution is capable of adapting to societal change »⁵⁵.

Le professeur McIntosh justifie l'utilité du 9^e Amendement sur une base plus large que la simple question de l'actualisation. La Constitution, selon lui, consacre la justice comme valeur fondamentale ayant un effet régulateur sur toute action légale et politique. Ceci ressort du préambule⁵⁶ de la Constitution américaine et des idéaux politiques ayant mené à son élaboration :

Above all, I would simply assert without intention of further clarification, that justice enjoys a primacy among the other political ideas of the Constitution, because it has a deep intuitive moral appeal that no other political value can boast. This also suggest its moral epistemological importance : it is the standard by which we assess and evaluate the basic structure of society and institutions, which include the Constitution, that comprise it. In this respect, justice is more than just another value. It is the fundamental constitutive idea of social organization and the ultimate regulative idea of legal and political action. It provides the framework that regulates the play of competing values and ends. Consequently, it has a sanction independent of those ends. In sum, then, the Constitution, read as a whole, expresses a moral and political vision. It is a

⁵⁴Le professeur Tribe rapporte cette anecdote au sujet de l'affaire *Griswold* qui illustre notre propos : « Justice Douglas had originally drafted an opinion relying squarely on the first amendment, arguing that the Connecticut law violated freedom of association by intruding on marriage, which "flourishes on the interchange of ideas". B. Schwartz, *The Unpublished Opinions of the Warren Court* 235 (1985). At conference, Justice Black had caustically replied that, for him, associational rights stem from the "right of assembly", and the married couple's right "to assemble in bed is . . . new . . . to me". *Id.* at 237. Justice Brennan was similarly unpersuaded that the freedom of assembly clause was of much relevance. *Id.* Justice Douglas was eventually persuaded to adopt a privacy rationale. *Id.* at 238. How any of the Justices would have reacted to an argument equating sexual intimacy and "expression" with "freedom of speech" is unclear, but there is basis for skepticism », Tribe, *supra*, note 22 à la p. 776, note 13.

⁵⁵Mitchell, *supra*, note 35 à la p. 1723. L'auteur ajoute à la p. 1729 : « The ninth amendment enshrines the Constitution's flexibility and requires that that flexibility be used to protect against majoritarian domination by the legislature, the fear of which motivated the Framers ».

⁵⁶« What is of immediate importance for the thesis of this article, however, is that, according to its preamble, the Constitution has set as its agenda the establishment of justice as a first and primary value », McIntosh, *supra*, note 49 à la p. 928.

liberal vision that gives pride of place to justice, fairness, and individual rights, including rights against the State. The various amendments may be seen as attempts intended to promote the realization of the ideal of justice⁵⁷.

Ayant ainsi défini l'objet primordial du document constitutionnel⁵⁸, l'auteur précise que cet objet — la justice — se traduit ultimement par le principe de l'égalité⁵⁹. Ce dernier principe oblige moralement l'État à traiter ses citoyens avec une égale attention dans l'exercice de ses attributions politiques⁶⁰. Évidemment, cela soulève la question fondamentale, poursuit le professeur McIntosh, des inégalités dans les biens, les opportunités et les libertés qui sont acceptables dans le cadre du principe général de l'égalité⁶¹. À cet effet, l'égalité morale des citoyens constitue une valeur essentielle non susceptible de compromission au regard d'autres valeurs qui peuvent parfois autoriser une dérogation au principe de l'égalité. Cette égalité morale semble se traduire en un droit à l'autonomie qui formerait apparemment l'essence du 9^e Amendement :

A society, of which equality is its moral foundation, is one that takes seriously the premise of moral equality of its citizens. It is a society that gives credence to the fundamental principle of respect for dignity of individuals, coupled with

⁵⁷*Ibid.* à la p. 929.

⁵⁸Le professeur McIntosh réfute ainsi les critiques voulant que la notion de justice soit trop vague, trop ambiguë : « Justice is an open, essentially contested concept, and the charge has often been levied against it that it does not have and cannot be given sufficient intrinsic structure and content to control the logical inferences and the practical directives that are to be drawn from it ; it is so ambiguous, so vague and variable in meaning, as to be useless as a rational tool. Still, the concept has a normative basis, even though it does not pretend to yield any detailed and final delineation of either the goals it posits or the tasks it imposes. It remains, then, a principal task of constitutional interpretation to render an analysis of the concept of justice and the derivation of its basis normative principle. Otherwise stated, constitutional adjudication ultimately involves the question of what conception(s) of justice best captures and explains the nature of the Constitution and the political order that it informs », *ibid.* à la p. 929.

⁵⁹« I read Professor Ronald Dworkin's work as an attempt to articulate this ultimate principle of justice that gives meaning to the Constitution. That principle which is one of political justice (to be distinguished from private justice), consists in *equality*, in its deep and fundamental sense of the State's moral obligation to treat all those in its charge as equals, as entitled to equal concern and respect », *ibid.* à la p. 929 et s. (nos italiques). Michel Coutu reconnaît cet objet de la justice, mais demeure sceptique quant au sens à lui attribuer : « Cette impuissance de la science à déterminer les fins dernières vaut pour toutes les sphères de l'activité humaine [. . .] Il n'en va pas différemment dans l'ordre de la justice. Celle-ci a pour objet la réalisation de l'égalité entre les personnes. Mais les conceptions de l'égalité demeurent fort diverses », M. Coutu, « L'idée du droit naturel à la lumière de la sociologie juridique de Max Weber » (1988) 29 C. de D. 121 à la p. 141.

⁶⁰« This principle gives rise to a second principle which requires that, in the appropriate circumstances, the government treat all those in its charge equally in the distribution of some resource or opportunity », McIntosh, *supra*, note 49 à la p. 930.

⁶¹*Ibid.* à la p. 929.

belief about how individuals are capable of making their choices. It is a society that takes seriously the moral right to autonomy⁶².

Massey, pour sa part, estime que le 9e Amendement est une illustration de la vision politique de Locke. L'auteur rappelle que cette conception imprègne tout le texte de la Constitution⁶³. Cette conception, comme nous le savons⁶⁴, veut que l'individu soit son propre maître : « [i]n the Lockean state of nature, no political control of any kind is exerted upon the individual »⁶⁵. Lors de la formation d'une entité politique collective, l'individu lui cède certains de ses droits « [...] for the purpose of more fully securing the liberty of all »⁶⁶. L'État ne possède alors que des droits limités à l'égard des individus et ne peut réglementer le comportement humain que dans la mesure de ces droits octroyés :

Because the state possesses only limited rights derived entirely from individual constituents, it cannot regulate individual behavior in any greater fashion than could the individual members of society regulate the behavior of their fellows⁶⁷.

Par conséquent, l'État ne saurait intervenir dans certains domaines où l'autonomie — droit à l'autonomie — de l'individu est appelée à jouer. Ces sphères d'autonomie seraient imperméables à toute intervention législative. Il existerait alors des limites implicites à l'action législative⁶⁸. Massey pour-

⁶²*Ibid.* à la p. 932.

⁶³Massey, *supra*, note 19 à la p. 342. Voir au même effet Caplan, *supra*, note 25 à la p. 230 et s. Sur les diverses théories politiques du pouvoir, lire G. Mairet, *Les doctrines du pouvoir. La formation de la pensée politique*, Paris, Gallimard, 1978.

⁶⁴Voir *supra*, note 27.

⁶⁵Massey, *supra*, note 19 à la p. 342. Mairet écrit à propos de la vision politique de John Locke : « Le droit naturel est donc un effet de la droite raison qui impose des devoirs dont le tout premier est la *conservation de soi*. Si la conservation de soi est un devoir c'est que j'ai un droit fondamental, *originaire* : j'ai le droit de m'appartenir à moi-même, autrement dit *je suis propriétaire de ma propre personne*. », Mairet, *supra*, note 63 à la p. 149.

⁶⁶Massey, *supra*, note 19 à la p. 342.

⁶⁷*Ibid.* à la p. 342. Locke écrivait à propos de l'exercice du pouvoir législatif : « first, it is not, nor can possibly be, absolutely arbitrary over the lives and fortunes of the people. For it being but the joint power of every member of society given up to that person or assembly which is legislator, it can be no more than those persons had in a state of Nature before they entered into society, and gave it up to the community. For nobody can transfer to another more power than he has in himself, and nobody has absolute arbitrary power over himself, or over any other, to destroy his own life, or to take away the life or property of another », J. Locke, *Two Treatises of Civil Government*, London, George Routledge and Sons, 1884, livre 2 au no 135 à la p. 261.

⁶⁸« The notion that governmental authority has implied limits which preserve *private autonomy* predates the establishment of the American republic. During the 17th and 18th centuries, there evolved an American tradition of "natural law", postulating that "certain principles of right and justice. . . are entitled to prevail of their own intrinsic excellence". It was widely believed that these principles effectively reconciled governmental power with individual liberty by identifying their respective roles in society. In particular, each level and branch of government was thought to be confined to a sphere of authority defined by the nature and function

suit en affirmant que l'État n'intervient dans ces sphères qu'au mépris de la théorie politique lockéenne, fondement de la Constitution⁶⁹. Le 9e Amendement, par la théorie des droits innommés qu'il véhicule, lesquels sont le propre de chaque individu, constitue donc un élément fondamental du dispositif constitutionnel rappelant les limites législatives imposées à l'État :

The ninth amendment, in current constitutional jurisprudence, is an ill-tented sentry post on the frontier of representative government. Restoration of its intended function would serve as a welcome reminder that "[t]he state is not the source of individual rights or of social community" but, rather, that the state merely possesses private rights of action which it can exercise for the community benefit. [...] That fundamental nugget of political theory is at the heart of any conception of unenumerated natural rights. It is that vision of representative government that the ninth amendment serves and imposes as an outer boundary upon government action⁷⁰.

Puisque, d'une part, les individus ne cèdent qu'une partie de leurs droits à la collectivité politique et que, d'autre part, une énumération des droits dans un document constitutionnel est par essence incomplète⁷¹, les droits innommés résiduels ne se voient pas accaparés par l'État, mais demeurent sous la tutelle individuelle, et ce en vertu du pacte social, fondement de l'ordonnement politique de la société⁷². Cette théorisation du 9e Amen-

of that level or branch and by the inherent rights of citizens. Just as each of the three branches of the federal government was bound to remain within its proper jurisdiction, so the state or federal government as a whole had no power to act outside its rightful jurisdiction to intrude upon the "natural rights" reserved to the people within the private domain or to trench upon the prerogatives of other governmental departments. Rights belonging to citizens by virtue of their very citizenship, including personal security, personal liberty, and private property, would thus be preserved not only by decentralization of power and mutually checking forces [...] but by rules enforceable in the proper tribunals at the behest of threatened citizens », Tribe, *supra*, note 22 à la p. 560 (nos italiques).

⁶⁹« Only by ignoring the fundamental political theory embodied in the Constitution can the state be ceded power to intervene in this private arena », Massey, *supra*, note 19 à la p. 343.

⁷⁰*Ibid.*

⁷¹Voir *supra*, note 53.

⁷²Prélot et Boulouis définissent ainsi ces « droits publics » qui formeraient sans doute les droits cédés à l'autorité publique : « *Les droits publics* ne peuvent être conçus hors de l'État social, non seulement faute de garantie, mais parce que, dans l'isolement, le développement des facultés qu'il suppose ne pourrait avoir lieu. « Ce sont des droits dont le germe est dans la nature humaine, mais dont le développement demande une société plus ou moins avancée et c'est pour cela qu'on pourrait les appeler des droits sociaux. . . Ils sont la liberté même, garantie dans ses diverses manifestations par la loi fondamentale du pays ». *Les actes intérieurs n'étant pas du ressort du pouvoir social*, la liberté humaine s'exprime dans trois catégories d'actes extérieurs : a) « Les actes extérieurs proprement dits : les actes physiques quel que soit leur but, le bien-être ou le plaisir ou une simple manifestation de la liberté : la liberté d'action, la liberté locomotrice, la liberté qu'on a appelée sécurité. b) « Les actes qui ont rapport au développement de la pensée et des sentiments moraux : les discours, les publications par la presse et autrement. . . , notre culte, la religion de chacun. Ils prennent aussi la forme de l'enseignement. c) « Les actes par lesquels nous approprions les choses à notre bien-être matériel :

dement, qui rejoint en fin de compte celle proposée par le professeur McIntosh et qui s'articule autour du concept de l'autonomie individuelle, séduit, car elle a l'avantage de poser le débat en termes fondamentaux. Il ne s'agit plus de tergiverser indéfiniment sur le sens d'un mot ou d'une expression, mais bien, conformément à l'esprit menant à l'élaboration d'un document constitutionnel, de tenter d'appréhender dans sa globalité le sens et la portée d'un texte consacré. Ces conclusions sont tout aussi applicables à l'article 26 qui n'échappe pas, et ce en raison de son inclusion dans un instrument constitutionnel, au raisonnement analytique dont le 9e Amendement fait l'objet. En effet, rien ne distingue le *Bill of Rights* américain de la *Charte canadienne* au plan des principes intrinsèques et de l'essence même des motivations politico-philosophiques qui ont mené à leur rédaction⁷³. L'antériorité chronologique du *Bill of Rights* par rapport à la *Charte canadienne* n'est pas un facteur justifiant une distinction principielle. Les énoncés programmatiques quant aux droits et libertés de ces deux instruments relèvent de la même source⁷⁴. Ceci ne signifie pas, comme nous le verrons, que les droits innommés aient une nature absolue. Le pouvoir judiciaire remplit alors une tâche d'équilibration.

La détermination des droits innommés constitue un aspect particulièrement polémique de la question. Ce point est à l'origine de craintes quant à l'étendue des pouvoirs des juges. En effet, Berger, pour sa part, appréhende

la liberté appliquée à la propriété, à l'industrie, au commerce, à nos moyens d'existence, » etc. » (nos italiques sauf les trois premiers mots), M. Prélot et J. Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10e éd., Paris, Dalloz, 1987 à la p. 60.

⁷³Nous faisons évidemment ici référence aux idéaux relatifs aux droits de la personne. Ceux-ci ont une perennité et une importance que n'ont pas les motivations politiciennes qui entourent inévitablement l'adoption d'un document constitutionnel. Celles-ci ont tôt fait d'être oubliées au gré des tourbillons politiques qui alimentent la vie publique. Lire *infra*, note 121 et 122 et texte correspondant.

⁷⁴Nous présumons en effet que la démocratie, au Canada, procède aussi du peuple et qu'elle repose sur une adhésion idéologique, au sens large, des citoyens. La démocratie, instrument de liberté, est indissociablement liée à la philosophie libérale. Prélot et Boulouis écrivent : « L'ambiance libérale est indispensable à la démocratie car, sans elle, la souveraineté populaire ne peut effectivement s'exercer », Prélot et Boulouis, *supra*, note 72 à la p. 61. La démocratie est un mécanisme permettant aux citoyens d'exercer leurs libertés. Elle ne peut agir à l'encontre de celles-ci que si elle en a l'autorité. Cette autorité lui ayant été alors consentie par le citoyen. Encore une fois, hors de ces sphères de consentement (cession de droits), l'autorité constituée ne peut prétendre en principe à l'action. Ces postulats sont communs à toutes les démocraties modernes. Nous employons le mot « démocratie » dans son sens le plus absolu (voire noble) sans référence aucune à la théorie « majoritaire » qui veut « [...] que toutes les décisions politiques (au sens le plus large possible) doivent être prises à la majorité des représentants élus » (Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 174). Précisons qu'« à la lumière de cette version de la démocratie, le contrôle judiciaire des lois est nécessairement illégitime » (*ibid.* à la p. 174). Le professeur Tremblay propose à cet effet l'élaboration d'une nouvelle théorie politique, fondant le processus judiciaire constitutionnel, s'intégrant à nos institutions démocratiques et libérales (*ibid.* à la p. 177 et s.). Voir *infra* note 143.

que le 9e Amendement ne devienne une source illimitée de droits dans laquelle puiseraient, au hasard de leurs convictions personnelles toutes subjectives, les magistrats⁷⁵. Le 9e Amendement pourrait alors devenir un formidable instrument d'activisme judiciaire, susceptible de contrer le législateur dans maints domaines, sous le couvert d'une justification unique, tirant sa légitimité du principe de la protection des droits de la personne. Cette conclusion suppose une irresponsabilité et un mépris de la part des juges à l'égard de l'institution démocratique avec laquelle nous ne pouvons qu'exprimer notre désaccord. Mais une profession de foi en l'intégrité du pouvoir judiciaire ne suffit pas à dissiper le doute, aussi véhémement soit-elle. Le juge Goldberg, dans *Griswold*, a élaboré un mode d'identification de ces droits innommés⁷⁶. Ces droits, selon le juge Goldberg, sont enracinés dans les traditions et la conscience du peuple. Il s'agit, semble-t-il, de privilégier les droits dont le caractère est tellement fondamental que leur violation saperait les principes de liberté et de justice à la base des institutions civiles et politiques. Cette idée de justice constitue, rappelons-le, l'essence du 9e Amendement si l'on s'en rapporte à l'opinion du professeur McIntosh⁷⁷. Ce dernier qualifie de « moraux » les droits innommés. Ces droits se concrétisent par référence à une théorie de la justice :

In conclusion, therefore, this essay argues that ninth amendment rights would be those claims which cannot be said, except by the most strained construction, to derive from the more abstract rights legislated in the more so-called specific amendments. Rather, they are the concrete rights that can be said to be required by a theory of justice that best defines the Constitution. We should determine whether a claim merits protection under the ninth amendment by balancing the argument for its protection against the moral justification that the state can advance for denying protection⁷⁸.

Le droit, réclamé sous le couvert du 9e Amendement, doit avoir, selon le professeur McIntosh, une nature morale⁷⁹. Or, les citoyens ont des droits moraux contre l'État⁸⁰, puisque la Constitution repose sur une théorie morale — bien que les droits constitutionnels ne recèlent pas tous un contenu moral. Ce caractère moral des droits innommés n'est pas un facteur de difficulté dans la recherche de leur détermination. L'adjudication constitutionnelle, selon McIntosh, repose essentiellement sur une solution de problèmes moraux nécessitant une analyse globale de la Constitution :

⁷⁵Voir *supra*, note 44 et texte correspondant.

⁷⁶Voir *supra*, note 40 et texte correspondant.

⁷⁷Voir *supra*, notes 56 à 62 et texte correspondant.

⁷⁸McIntosh, *supra*, note 49 à la p. 941.

⁷⁹« This means, then, that any claim for which protection is sought under the ninth amendment must be a moral claim », *Ibid.* à la p. 941.

⁸⁰« It has already been noted that our Constitution rests on a moral theory, namely, that citizens have moral rights against the State », *ibid.* à la p. 938.

Moreover, as evidenced by such clauses as equal protection, and due process, or free speech, we may say, following Professor Dworkin, that the Constitution has fused legal and moral issues, thereby making the validity of a law depend on the answer to complex moral problems, like the problem of whether a particular statute respects the inherent equality of all men. So although not all constitutional rights constitute moral rights, specifically moral rights against the State, we may yet say that the Constitution does acknowledge that citizens do have rights against the State and that these are abstract rights. This fact is of telling importance in constitutional adjudication, for it suggests that in many of the more important cases involving the application of any of the "open-ended" provisions that suggest one abstract right or another, the Court's decision cannot rest simply on an account of empirical historical evidence, since the problems involved are not simply empirical, but rather *fundamental and conceptual*. That is to say, the problems to be resolved in such cases are as much questions about *the nature of the Constitution itself*, read as an *ordered generic whole*, and the sort of abstract rights that the best theory of the Constitution can be said to justify, as much as they are questions about those concrete rights that can be said to be required by the former⁸¹.

Le caractère abstrait des droits innommés ne semble donc pas un obstacle à leur reconnaissance, puisque bon nombre de droits nommés se caractérisent par leur niveau d'abstraction. L'auteur croit, à cet effet, qu'il n'existe aucune différence adjudicative lorsque le juge se trouve aux prises avec un droit innommé ou un droit spécifiquement garanti. L'exercice relève de la même logique morale, de la même tâche d'équilibration des intérêts moraux⁸². Il y a en effet un équilibre à atteindre, puisque les droits innommés ne sont pas absolus. La puissance publique peut alors contrer le bien-fondé d'un droit en démontrant qu'il empiète sur le droit des autres ou qu'il est loin de revêtir ce contenu moral nécessaire à sa reconnaissance⁸³. Ainsi l'article 26 contiendrait, en quelque sorte, implicitement dans son dispositif une clause limitative prohibant à l'interprète de consacrer un droit

⁸¹*Ibid.* à la p. 938 (nos italiques).

⁸²« This argues that the concrete rights thought to be proper instantiations of freedom of expression or the equal protection of law are not necessarily or logically limited to the specific instances of these abstract rights that the framers may have in mind. It follows, then, that in any of the more controversial cases of constitutional interpretation, cases where obviously the answers to the questions raised could not simply be "read-off", the Court is necessarily faced with the sort of epistemological problem which entails a construal of the nature of the text as a whole, its structure, and its history. [. . .] In sum, we may say that the problems to be resolved in much of the more controversial cases involving the application of any of the so-called "open-ended" provisions of the Constitution are as much problems about the nature of the Constitution, read as an ordered whole, as they are problems about those concrete rights that can be said to be required by the relevant abstract rights », *ibid.* à la p. 935 et s.

⁸³« Therefore a state that wishes to deny such a claim must show that the claim is outweighed by other considerations on the grounds of principle — for example, that the autonomous choice a [*sic*] la *Griswold* has the consequence of infringing on the legitimate rights of others, or that the claimant is mistaken as to the moral force of her claim since it involves an act which, though not endangering the rights to others, is inimical to the claimant's own well-being, or that the act is simply immoral », *ibid.* à la p. 941.

qui ne répond pas aux exigences juridiques (critères de détermination) posées par cet article. À cet égard, l'article 1er de la *Charte* canadienne peut aussi restreindre la portée des droits innommés, consacrant, à l'instar des droits explicites, leur caractère non absolu.

Il faut bien reconnaître que les commentaires du professeur McIntosh ne nous permettent pas d'identifier avec précision ces droits innommés. On sait qu'ils reposent sur les principes de justice et d'autonomie. Cependant, le qualificatif qu'on leur impose (« innommés ») s'oppose à ce qu'on puisse en faire une énumération exhaustive. On ne peut que se limiter à en décrire l'objet, la fonction, la nature, la mise en application et la sanction. Mitchell identifie nommément quelques uns de ces droits innommés, ce qui a l'avantage de concrétiser le débat : « These unenumerated rights include the right of association, the right of privacy, the presumption of innocence, the right to be convicted only upon a standard of proof beyond a reasonable doubt, and the right to travel »⁸⁴. Evidemment, certains de ces droits font l'objet d'une garantie spécifique dans la *Charte canadienne*, ils ne peuvent alors se réclamer de l'article 26.

Massey, tenant d'une interprétation large du 9e Amendement, dans sa quête d'identification des droits innommés, semble plus rigoureux. L'auteur estime qu'il est dangereux, pour la crédibilité du pouvoir judiciaire, de lui permettre d'énoncer des droits dans le cadre de controverses à haute teneur morale⁸⁵. La tâche du magistrat semble alors plus de reconnaître que d'énoncer des droits. D'ailleurs, Massey craint qu'une interprétation aussi libre du 9e Amendement ne serve pas forcément le droit des libertés publiques⁸⁶. Il propose alors une méthode d'identification des droits innommés qui relève

⁸⁴Mitchell, *supra*, note 35 à la p. 1732 note 87.

⁸⁵« The notion that the ninth amendment provides a judicially enforceable constitutional guarantee for individual inherent rights seemingly involves the courts in an open-ended exercise in noninterpretive judicial review. To the extent that this activity would further erode public support for the judiciary, lasting damage to the fragile balance of power in our tripartite system might be incalculable. The efficacy of judicial review is dependent upon public acquiescence. To endanger this keystone principle by foraging for inherent rights among the moral controversies of the day would seem to be foolhardy indeed », Massey, *supra*, note 19 à la p. 312 et s. L'auteur réfère à Perry qui définit ainsi le *noninterpretive judicial review* : « Perry defines noninterpretive review as judicial review which does not engage in interpretation of the Constitution itself, but which uses wholly extrinsic sources to find or make law. These extrinsic sources may be as fleeting as current public opinion or as nebulous as the sitting justices' private subjective values », *ibid.* à la p. 313, note 37.

⁸⁶« Those who urge the judiciary to use the ninth amendment as a catapult for extending constitutional protection to all manner of personal preference no doubt believe that the result will be an expansion of personal liberty. But should the judicial role as bulwark against majoritarian excesses be ruptured by this aggressive strategy, a far more likely result will be a shrinkage of human liberty. Moreover, once license is granted to incorporate extrinsic values into the ninth amendment, there is no easy way to limit such imported values to those expansive

de la reconnaissance plutôt que de la création *ad hoc* d'un droit dans le cadre d'un litige particulier. Force est d'admettre que la frontière entre la reconnaissance et la création d'un droit innommé se caractérise par sa ténuité. Le moyen de reconnaître un droit, suggéré par Massey, comporte aussi, comme nous le verrons, un degré d'incertitude. Cette situation est parfaitement compréhensible. Encore une fois, le contenu du 9^e Amendement, ou de l'article 26, n'est pas susceptible d'être déterminé avec précision. À cet effet, ces dispositions constitutionnelles jouent aussi un rôle d'actualisation des droits. Or, lorsque le tribunal consacre un droit innommé, s'agit-il de la reconnaissance d'un droit — un droit qui s'inscrit au fil du temps dans la tradition et les mentalités — ou de la création d'un droit — ce droit n'ayant pas été envisagé par le constituant, puisque les circonstances qui y donnent lieu n'existaient pas à cette époque ? Comme on le constate, la distinction n'a peut-être pas trop d'importance.

Le point de départ du mode d'identification des droits innommés, proposé par Massey, est simple : puisque les huit premiers amendements sont inspirés des *rights of Englishmen*, il semble raisonnable de présumer que les droits innommés sont formés par le résidu de ces *rights of Englishmen*⁸⁷. À cet égard, les sources juridiques de ces droits sont doubles : le droit positif et le droit naturel :

This stream of rights had two branches. The framers understood and observed a distinction between "natural" rights and "civil" or "positive" rights. *Positive rights* had their source in state common, constitutional, and statutory law ; *natural rights* stemmed from Lockean notions concerning the "unalienable" rights of the people⁸⁸.

Puisque les droits nommés puisent à ces deux sources — droit naturel et droit positif —, il est logique de croire que les droits innommés sont

of personal liberty. Even Dean Ely, an advocate of this view, admits that the amendment "seems open-textured enough to support almost anything one might wish to argue, and that can get pretty scary" », *ibid.* à la p. 313.

⁸⁷« Since the source of the first eight amendments was the inherited "rights of Englishmen" as adapted to colonial circumstances and secured by state charters and statutes, it would seem a safe point of departure to assume that the unenumerated rights of the ninth amendment were intended to be the remaining such "rights of Englishmen" », *ibid.* à la p. 320.

⁸⁸*Ibid.* à la p. 321 (nos italiques). Mitchell, aussi, croit que les droits naturels sont la source à laquelle doit puiser l'interprète désireux d'identifier les droits innommés : « The limits of the ninth amendment are to be found not in the enumerated rights, but, perhaps, in the natural law doctrine that the ninth amendment may have intended to incorporate, or in the broad ideals embodied in the traditions of our society », Mitchell, *supra*, note 35 à la p. 1733 et s.

composés de ces deux types de droits⁸⁹. Le droit positif est en grande partie formé de « droits étatiques » (*state laws*): « The inclusion of the ninth amendment was, in part, an attempt to be certain that rights protected by state law were not supplanted by federal law simply because they were not enumerated »⁹⁰. L'interprète se doit alors de référer aux diverses lois, chartes et constitutions des états afin d'identifier les droits à protéger. Ces droits, en raison du 9e Amendement, deviennent fédéraux par nature⁹¹. Il n'est pas dans notre intention de nous étendre sur cet aspect de la question. En effet, on soulève là des problèmes de partage des compétences qui vont au-delà de nos préoccupations immédiates. De même, la question se pose de savoir si l'état peut amender ou ajouter des droits, qui deviendraient en principe protégés en vertu du 9e Amendement, après la mise en vigueur du *Bill of Rights*⁹².

Il reste les droits naturels⁹³. Le 9e Amendement, selon Massey, a été édicté afin d'empêcher la négation de ces droits naturels non énumérés dans

⁸⁹« But, because both forms were considered to be “essential to secure the liberty of the people”, the package of rights expressly enumerated in the first eight amendments contains both natural and positive rights. It is a fair inference, then, that unenumerated rights of the ninth amendment were thought to consist of both varieties », Massey, *supra*, note 19 à la p. 321. Massey illustre la distinction en précisant, par exemple, que la liberté d'expression serait un droit naturel alors que le droit à un procès par jury serait un droit positif, *ibid.* à la p. 321, note 85.

⁹⁰*Ibid.* à la p. 322.

⁹¹*Ibid.* à la p. 323.

⁹²Sur toutes ces questions, *ibid.* aux pp. 323-29.

⁹³Max Weber définit ainsi le droit naturel : « Le droit naturel constitue la substance des normes indépendantes de tout droit positif et supérieures à lui qui tirent leur dignité non point de règlements arbitraires par investiture, mais qui en légitiment précisément la force obligatoire. Il s'agit donc de normes qui sont légitimes non point en vertu d'une origine qui réside dans un législateur légitime, mais en vertu de leurs qualités immanentes [. . .] », cité dans Coutu, *supra*, note 59 à la p. 129. Cette citation ne doit pas porter à confusion quant à la conception de Weber du droit naturel. En effet, ainsi que le démontre Michel Coutu, Max Weber « demeure probablement l'un de ceux qui ont formulé, de la manière la plus nette, une conception de la science qui s'oppose radicalement à toute théorie du droit naturel qui se prétendrait rationnellement justifiée » (p. 123). La science serait incapable de concilier les multiples antinomies valorielles de la justice. Et, le droit naturel ne saurait se réclamer d'une universalité valorielle objective et rationnelle : « Les critères de l'ordre juste sont multiples, et, par certains aspects, contradictoires ; la science, la raison ne peuvent résoudre l'antinomie des diverses conceptions de la justice. Dans ces conditions l'affirmation d'un « droit naturel » signifie la priorisation d'une notion particulière de la justice, recouverte d'une dignité scientifique ou rationnelle. [. . .] Convaincu d'une évolution irréversible vers le positivisme juridique, — encore que cette évolution ne soit pas entièrement univoque — il [Weber] estimait que la démocratie reposerait désormais sur la croyance en la légitimité de normes statutaires positives, et non de postulats éthico-juridiques tels les « droits de l'homme » et autres axiomes de droit naturel » (pp. 141-42). Coutu reconnaît, en conclusion, que le mouvement, somme toute récent, des droits de la personne fait appel à l'ordre des valeurs avec tout leur bagage d'irrationalité et de subjectivité (p. 133 et p. 145). Sur l'influence du droit naturel en droit constitutionnel canadien (avant

la Constitution et qui ne peuvent être cédés⁹⁴. Leur détermination obéit à une appréciation qui n'est pas sans rappeler parfois celle suggérée par le professeur McIntosh :

An asserted fundamental right should have textual foundation in the Constitution, however implicit or attenuated. It should have some historical authenticity in the organic law of the nation, the states, the colonies or the common law. It should be consistent with the theoretical construct of natural rights, so far as that subject can provide meaning. It should be a right generally recognized by a significant portion of contemporary society as one inextricably connected with the inherent dignity of the individual⁹⁵.

La première phrase de cet extrait nous rappelle la déduction que nous avons faite à propos d'une partie de l'opinion du juge Goldberg⁹⁶, dans *Griswold*, selon laquelle le droit innommé, pour être reconnu, devrait avoir un lien avec un des droits garantis spécifiquement dans le *Bill of Rights*. Le professeur McIntosh s'insurge contre une telle approche. Il estime qu'elle est contraire au texte même du 9^e Amendement qui se veut une consécration des droits justement non énumérés⁹⁷. Massey n'insiste pas sur ce facteur d'identification. Il précise simplement qu'il s'agit d'une mesure de prudence afin de tempérer les velléités judiciaires de faire appel à des valeurs personnelles. Il reconnaît à ce propos que le libellé du 9^e Amendement ne requiert pas l'existence d'un tel lien⁹⁸. Quant à la dernière phrase de cet extrait (il doit s'agir d'un droit généralement reconnu) qui reprend en

l'adoption de la *Charte canadienne*), lire H. Brun et G. Tremblay. *Droit constitutionnel*, Cowansville, Yvon Blais, 1982 aux pp. 425-34.

⁹⁴« When it is recalled that the objective in erecting a constitutional barrier to the denial of retained, unenumerated rights was to preserve the great and principal rights of man, it becomes apparent that it is possible to borrow from existing constitutional theory to put flesh on these skeletal rights », Massey, *supra*, note 19 à la p. 330.

⁹⁵*Ibid.* à la p. 330 et s.

⁹⁶Voir *supra*, notes 34 à 37 et texte correspondant.

⁹⁷« Thus, if I am correct in my assumption that the ninth amendment does signal the existence of other constitutional rights, then I must make the further assumption that ninth amendment rights are those claims which cannot be said to derive from any of the other amendments, except by the most strained construction », McIntosh, *supra*, note 49 à la p. 935.

⁹⁸« This limitation is plainly not required by the ninth amendment, which indeed would seemingly preclude reliance upon textual foundations other than the amendment itself. The proposed limitation is prudential only, intended to limit judicial resort to personal values and subjective preferences », Massey, *supra*, note 19 à la p. 331 note 135. Massey ajoute à la p. 341 : « [t]he historical genesis of the ninth amendment provides ample support for the conclusion that contemporary expositors of the Constitution ought to be generous in their acceptance of claimed natural rights. The limiting principles suggested are prudential only, are not mandated by the Lockean political theory which actuated the Constitution and the Bill of Rights, are not required by the text of the amendment, and were probably not even considered by the framers. Nevertheless, they are appropriate minimal standards to winnow the substantial from the frivolous ».

quelque sorte le commentaire du juge Goldberg sur la tradition⁹⁹, on peut se demander, à l'instar du professeur Tribe, s'il est conforme à l'esprit animant un document constitutionnel consacrant les droits et libertés d'exiger qu'un droit — ou une valeur — soit partagé par un large segment de la population avant qu'il ne puisse être reconnu. L'un des buts d'une déclaration des droits n'est-il pas de protéger les minorités contre la tyrannie de la majorité ?

To say that unenumerated rights are deserving of protection only when they are embraced by social consensus is to relegate them to a distinctly lower and more suspect status, one barely entitled to respect and certainly not to full veneration¹⁰⁰.

Quoi qu'il en soit, pour le reste, le mode d'identification des droits naturels, devant ultimement constituer des droits protégés par le 9e Amendement, proposé par Massey ne se distingue pas tellement de celui avancé par McIntosh au plan des résultats. Il s'agit finalement d'évaluer le fondement moral du droit impliqué et de le confronter aux énoncés moraux véhiculés par le *Bill of Rights* afin de s'assurer qu'il s'y insère. Massey insiste néanmoins sur le facteur historique qui doit militer en faveur de la reconnaissance¹⁰¹.

Massey compare le processus d'appréciation et de reconnaissance d'un droit inconnu au processus analytique inhérent au *due process*¹⁰², mais il en souligne la différence, en raison particulièrement du rôle structural fondamental¹⁰³ du 9e Amendement dans la Constitution américaine :

The significant difference from due process analysis is that the textual fidelity required to support a claimed ninth amendment natural right is minimal. When the claimed right is consistent with the theoretical construct of natural rights and a significant portion of contemporary society acknowledges that the right is inherent in the concept of individual dignity, textual fidelity is absolutely supplied by the ninth amendment itself¹⁰⁴.

⁹⁹Voir *supra*, note 40 et texte correspondant.

¹⁰⁰L.H. Tribe, « Contrasting Constitutional Visions : Of Real and Unreal Differences » (1987) 22 Harvard Civil Rights — Civil Liberties L.R. 95 à la p. 106.

¹⁰¹Massey, *supra*, note 19 à la p. 338 et s. On ne doit pas cependant être aveuglé par l'histoire, précise l'auteur. À la p. 339, il cite Madison : « the glory of the people of America [is] that whilst they have paid a decent regard to the opinions of former times and other nations, they have not suffered a blind veneration for antiquity, for custom, or for names, to overrule the suggestions of their own good sense, the knowledge of their own situation, and the lessons of their own experience ».

¹⁰²« The analytical apparatus used to test the sufficiency of an asserted ninth amendment natural right bears many similarities to the criteria employed in evaluating claimed fundamental rights in the context of due process », *ibid.* à la p. 341.

¹⁰³*Ibid.*

¹⁰⁴*Ibid.*

Massey conclut en indiquant que le texte constitutionnel nous oblige à traiter les droits innommés exactement de la même façon que les droits spécifiquement énoncés¹⁰⁵.

Il nous semble possible de dresser un parallèle entre la détermination des droits innommés et des principes de justice fondamentale. Le professeur Tremblay¹⁰⁶, propose une méthode élaborée d'identification des principes de justice fondamentale. Cette méthode se fonde sur trois propositions que l'auteur a extraites du *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*¹⁰⁷. Selon la première proposition, les principes de justice fondamentale s'articulent autour des postulats essentiels que constituent la dignité et la valeur de la personne humaine et la primauté du droit. La deuxième proposition est à l'effet que ces principes « se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique »¹⁰⁸. La troisième proposition veut que ces principes « [aient] émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, [alors que] d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne »¹⁰⁹. Or, il nous semble que ces propositions traduisent des préoccupations qui ne sont pas étrangères à la détermination des droits innommés. Dans la démonstration de ces propositions, le professeur Tremblay fait en effet référence à des éléments d'analyse qui ne peuvent que nous être utiles dans notre présente tâche. En ce qui touche la première proposition, l'auteur écrit : « Ainsi, « les principes de justice fondamentale » correspondent aux principes juridiques qui ont inséré dans la structure du système juridique (dans le droit) certaines valeurs fondamentales d'une philosophie morale donnée »¹¹⁰. La morale chrétienne joue à cet égard un rôle primordial :

Par conséquent, l'idée que le droit et la morale chrétienne étaient fusionnés germa dans l'esprit des juristes. Tous les systèmes juridiques devaient reconnaître et sanctionner les principes moraux fondamentaux. D'où l'inclination des juges à sanctionner la morale chrétienne et ses principes de justice¹¹¹.

Quant à la deuxième proposition, « [d]ans la mesure où l'essence du système juridique était de faire justice (au sens moral) il était logique de

¹⁰⁵« It was specifically intended as a catch-all to preserve for the people their great and fundamental rights that were not enumerated in the first eight amendments or elsewhere in the Constitution. Its text mandates treatment of these unspecified rights on a par with the enumerated rights », *Ibid.* à la p. 343.

¹⁰⁶*Supra*, note 1.

¹⁰⁷*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486.

¹⁰⁸*Ibid.* à la p. 503.

¹⁰⁹*Ibid.*

¹¹⁰Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 187 et s. Le professeur Tremblay poursuit à la p. 188 : « Les principes de justice dont on parle sont donc la traduction juridique de certaines valeurs morales ».

¹¹¹*Ibid.* à la p. 194.

considérer ces principes de justice comme des *principes fondamentaux du système* »¹¹². Le professeur Tremblay évoque la présomption d'innocence comme précepte fondamental du système juridique¹¹³. Les présomptions de *common law*, évoquées à la troisième proposition, constituent ces principes d'interprétation développés par la jurisprudence pour restreindre les effets des lois attentatoires aux principes de *common law*¹¹⁴. Ces présomptions forment dès lors « a sort of common law « Bill of Rights » »¹¹⁵. Le professeur Tremblay s'empresse de préciser que ces présomptions ne sont pas des principes de justice fondamentale en tant que tels ; en effet « la présomption est une technique d'interprétation des lois qui a pour effet (sinon pour objet), entre autres, de protéger les principes de justice fondamentale considérés comme des principes fondamentaux du système »¹¹⁶. De plus, les conventions internationales relatives aux droits de la personne constituent une autre source facilitant l'identification des principes de justice fondamentale :

En d'autres mots, dans la mesure où une convention internationale consacre certains principes de justice fondés sur « la foi en la valeur et la dignité de l'individu » et en la « primauté du droit », ceux-ci deviennent automatiquement des « préceptes fondamentaux » du système juridique. Ils sont donc susceptible d'être enchâssés à l'article 7 par le même raisonnement que les autres principes de justice fondamentale¹¹⁷.

Toute comparaison a ses limites. En effet, il ne faut pas oublier que les principes de justice fondamentale ne font pas, en raison du libellé même de l'article 7, l'objet d'une protection directe et immédiate. Le juge Lamer affirme :

Les principes de justice fondamentale, d'autre part, constituent non pas un intérêt protégé, mais plutôt un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne¹¹⁸.

Par conséquent, il faut éviter d'imprimer aux droits innommés un raisonnement de détermination identique à celui qui prévaut à l'article 7. Ainsi, il existe sans doute des principes qui ne sauraient être qualifiés de fonda-

¹¹²*Ibid.* à la p. 201.

¹¹³*Ibid.* à la p. 203 et s.

¹¹⁴« Suite à la reconnaissance graduelle de la suprématie du parlement, les tribunaux ont rendu les principes de justice un peu moins absolus. Désormais, le parlement pourra adopter des lois qui limitent ou violent ces principes. Cependant, les tribunaux ne donneront effet à une telle loi que si l'intention du législateur apparaît expressément dans le texte de loi. Autrement, les tribunaux présumeront que l'effet de la loi est compatible avec les principes de justice fondamentale et restreindront, en conséquence, sa portée. D'où la création de diverses présomptions d'intention », *ibid.* à la p. 206.

¹¹⁵*Ibid.* à la p. 207.

¹¹⁶*Ibid.* à la p. 207.

¹¹⁷*Ibid.* à la p. 209.

¹¹⁸*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act, supra*, note 107 à la p. 501.

mentaux en raison du sens donné au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne¹¹⁹, mais qui peuvent aisément tomber sous l'empire de l'article 26. L'intérêt de la méthode du professeur Tremblay est alors purement pratique¹²⁰. C'est l'aspect méthodologique, au plan de l'identification des sources, qui doit retenir notre attention. À cet égard, on notera de nombreux parallèles entre cette méthode de détermination et celles proposées plus haut.

4. Application de l'article 26 de la *Charte canadienne*

Nous avons évoqué ça et là l'article 26 de la *Charte canadienne*. Nous croyons en effet qu'en raison du libellé de l'article 26, cet article commande une interprétation similaire à celle du 9e Amendement. Les facteurs historiques ayant été à la base de ces deux instruments constitutionnels ne sont certes pas les mêmes¹²¹, mais leur objet est identique. De plus, les idéaux de démocratie et de justice qui forment la pièce centrale de ce type de

¹¹⁹Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 204 et s.

¹²⁰Nous n'avons pas la prétention d'avoir rendu toute la substance du processus méthodologique proposé par le professeur Tremblay. Ce bref aperçu ne saurait remplacer une lecture attentive de cet important article.

¹²¹Le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada n'a pas traité sérieusement de l'article 26 de la Charte. De toute façon, le juge Lamer, dans *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, a bien précisé qu'il ne fallait pas accorder une trop grande importance aux diverses déclarations ayant entouré l'adoption de la Charte. Il écrit avec à propos :

« Si les allocutions et les déclarations de personnalités sont douteuses en soi [. . .] et si « les discours prononcés devant le corps législatif au moment de [l']adoption [de la loi en question] sont irrecevables vu leur faible valeur probante » [. . .], on ne doit pas accorder trop d'importance aux procès-verbaux du Comité mixte spécial, même s'ils sont admissibles et s'ils ont un peu plus de valeur probante que les allocutions. La nature foncièrement douteuse de ces déclarations et allocutions n'est pas modifiée du seul fait qu'ils ont trait à la Charte plutôt qu'à une loi en particulier.

De plus, il demeure que la Charte n'est pas le fruit du travail de quelques fonctionnaires, si distingués soient-ils, mais celui d'un grand nombre de personnes qui ont joué des rôles importants dans les pourparlers, la rédaction et l'adoption de la Charte. Comment peut-on dire avec quelque certitude que, parmi ce grand nombre d'acteurs, sans oublier le rôle des provinces, les observations de quelques fonctionnaires fédéraux peuvent avoir eu une influence déterminante ? [. . .]

Façonner l'interprétation de l'art. 7 en fonction des observations des témoins entendus par le Comité mixte spécial comporte un autre danger : en procédant de la sorte, les droits, libertés et valeurs enchâssés dans la Charte deviennent *figés dans le temps à l'époque de son adoption, sans possibilité, ou presque, de croissance, d'évolution et d'ajustement aux besoins changeants de la société*. [. . .] Si on veut que « l'arbre » récemment planté qu'est la Charte ait la *possibilité de croître et de s'adapter avec le temps*, il faut prendre garde que les documents historiques comme les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial n'en retardent la croissance », (nos italiques), *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, *supra*, note 107 à la p. 508 et s.

déclaration sont exactement semblables. Rien ne justifie une distinction de traitement.

En effet, bien qu'il faille éviter de s'en remettre aveuglément au droit américain en raison de particularismes sociaux, historiques et politiques qui commandent la plus grande prudence et qui, parfois, empêchent toute transposition, il est des domaines qui transcendent tous les régionalismes. Les idées du contrat social, du droit naturel, de la dignité inhérente de la personne, de la primauté du droit, de la justice, de la liberté, etc. ne relèvent d'aucun monopole national. Aucune nation ne peut prétendre à l'exclusivité de ces idéaux. Ceux-ci ne se retrouvent-ils pas d'ailleurs dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* de 1948 ? Ces valeurs fondamentales ont certes connu un cheminement plus ou moins heureux dans les différentes nations. Elles sont toutefois l'élément distinctif le plus important qui caractérise les sociétés libres et démocratiques. La morale chrétienne aura été le ferment de celles-ci¹²², et l'Occident n'y a évidemment pas échappé. Ces valeurs structurent, avec plus ou moins de visibilité, toute l'interprétation constitutionnelle des droits et libertés. L'article 26 s'inscrit directement dans cette tradition interprétative. Il n'est donc pas possible intellectuellement d'attribuer toute cette théorie au simple droit américain. À cet égard, le droit américain n'aura été qu'un microcosme utile. Les théories des droits innommés transcendent par conséquent toutes les frontières humaines puisqu'elles relèvent essentiellement de l'esprit universel des droits de la personne.

Certains prétendent que l'article 26 ne serait qu'une règle d'interprétation¹²³ dont le simple objet serait de sauvegarder les droits et libertés

¹²²Lire Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 187 et s. Le professeur Tremblay écrit à propos de l'expression « morale chrétienne » :

Premièrement, je voudrais rappeler que par « morale chrétienne », je ne pense pas à une morale complètement distincte de la morale juive, stoïcienne ou Aristotélicienne. Il est évident que la tradition chrétienne n'a pas été spontanée. De la même façon, le droit canon n'a pas été conçu dans un vacuum. Tous deux sont le produit d'une pensée plus que millénaire.

Il cite ensuite G. Lebras, « Canon Law » dans C.G. Crump et E.F. Jacob, éd., *The Legacy of the Middle Ages*, Oxford, Clarendon Press, 1926 à la p. 361 :

The care of the poor and the oppressed which was characteristic of Judaism, the Roman love of order and authority, the Greek conceptions of political economy and formal logic, the enthusiasm and scrupulousness of the Celts, which were shown more particularly in their penitential system, — all these conquests of the human mind, which seemed to her in accordance with her fundamental principles, went to the enrichment of the Church's law, and were assimilated to her own doctrine after such modification and correction as was required to bring them into harmony with her own point of view. It is indeed the highest moral tradition of the West and the Mediterranean peoples which has been gathered up and handed down to us in the classic law of the Church.

¹²³Voir *supra*, notes 4 et 6 et texte correspondant.

consacrés dans la *Déclaration canadienne des droits* ou les codes provinciaux des droits et libertés¹²⁴. Ces derniers continueraient à exister et ne seraient pas niés par les droits et libertés énoncés dans la *Charte canadienne*. C'est là donner une portée bien étroite à une disposition constitutionnelle. Était-il, à cet égard, bien nécessaire de préciser que les autres droits n'étaient pas abrogés ? Les principes classiques d'interprétation, et ce particulièrement dans le domaine des droits et libertés, auraient sans doute suppléé à la nécessité d'édicter une disposition constitutionnelle de cette nature. Un auteur conclut au caractère interprétatif de l'article 26 en raison de sa situation dans l'ordonnancement textuel de la *Charte* : l'article 26 est énoncé après les dispositions de fond, et en raison aussi du titre de la rubrique coiffant la section où se trouve l'article 26 : « dispositions générales »¹²⁵. Il est tout à fait normal que l'article 26 soit situé en marge des dispositions constitutionnelles de fond. Il aurait été pour le moins incongru d'insérer cet article entre deux droits spécifiquement garantis. À ce sujet, le 9e Amendement, avant l'adoption d'amendements ultérieurs, était situé à la fin du *Bill of Rights*, après les huit premiers amendements garantissant des droits nommés. Quant à la rubrique¹²⁶, nous voyons mal en quoi elle ne pourrait s'accorder au fait que l'article 26 soit une source de droits innommés. De plus, le titre même de la rubrique indique que les articles contenus dans cette section ne sont pas de même nature. En d'autres termes, il n'existe pas véritablement de lien entre ces divers articles qui permette d'en tirer une interprétation uniforme.

Quoi qu'il en soit, même s'il est juste de prétendre que l'article 26 n'est qu'une règle d'interprétation, ses effets ne sauraient être limités à ce que prétendent les tenants de cette thèse. Bien au contraire. Une telle restriction dans l'interprétation tourne en dérision le fait fondamental que l'article 26 soit une disposition constitutionnelle¹²⁷. En fait, cette opinion trahit une méconnaissance des éléments d'interprétation propres au droit des libertés

¹²⁴Voir *supra*, notes 7 et 11 et texte correspondant.

¹²⁵Pentney parle alors de l'article 25 (maintien des droits et libertés des autochtones), mais son raisonnement s'applique à l'article 26 : « The structure of the Charter itself indicates that s. 25 is intended only as an interpretive guide and not as an independently enforceable guarantee of aboriginal and treaty rights. The section appears in the Charter under the heading "General", which is separate and distinct from the parts containing substantive rights guarantees », W. Pentney, « The Rights of Aboriginal Peoples of Canada and the Constitution Act, 1982. Part I. The Interpretive Prism of Section 25 » (1988) 22 U.B.C. L. Rev. 21 à la p. 28.

¹²⁶Sur l'effet des rubriques dans l'interprétation de la Charte, lire *Skapinker, supra*, note 2 aux pp. 370-77.

¹²⁷Evoquant le 9e Amendement, Massey nous conjure de ne pas oublier que cette disposition est partie intégrante du *Bill of Rights* : « Perhaps the surest indication of the kind of rights with which they [les constituants] were concerned lies in the fact that the ninth amendment was proposed, considered, and adopted as a part of the Bill of Rights », Massey, *supra*, note 19 à la p. 319.

publiques et constitue une perspective à courte vue de l'objet de l'article 26. Le professeur Tribe croit, pour sa part, que le 9^e Amendement à la Constitution américaine est une règle d'interprétation¹²⁸ qui ne serait pas une source de droits comme tel. Cela ne l'empêche pas de préciser que cette disposition a une importance fondamentale dans le dispositif constitutionnel :

That opinion [celle du juge Goldberg, dans *Griswold*] deployed the ninth amendment as a *crucial rule of construction* — a rule that, in Justice Goldberg's view, prevented the Court itself, as a federal institution bound by the ninth amendment, from treating a right of personal privacy as nonexistent, or as beyond the reach of federal judicial protection, on the sole ground that no such right is expressly mentioned in the Bill of Rights. Thus, the ninth amendment served for Justice Goldberg *not as an independent source* of a federal constitutional right of privacy enforceable against the states, but as an answer to an argument about *how to read* the word “*liberty*” in the fourteenth amendment. Accordingly, that word (or perhaps the fourteenth amendment phrase “privileges or immunities of citizens of the United States”) could not be construed to encompass only those spheres of freedom explicitly listed in the Bill of Rights, but instead had to be given a broader and more encompassing reach¹²⁹.

À cet effet, le professeur Tribe qualifie le 9^e Amendement de règle méta-constitutionnelle d'interprétation : « As such, the ninth amendment is a uniquely central text in any attempt to take seriously the process of *construing* the Constitution »¹³⁰. L'interprète doit tenir compte du libellé de l'article 26, non-négation des autres droits ou libertés, dans l'analyse constitutionnelle. L'article 26, compte tenu de son objet, influe alors sur le sens et la portée du mot « liberté » à l'article 7¹³¹. Il permet aussi de reconnaître des droits implicites dans la *Charte*, qui se dégageraient de l'ensemble des dispositions constitutionnelles. Le juge Douglas, dans *Griswold*, écrivait à ce propos :

The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance [...] Various guarantees create zones of privacy¹³².

¹²⁸Massey refuse avec force de voir dans le 9^e Amendement une simple règle d'interprétation : « Construing the ninth amendment as a mere declaration of a constitutional truism, devoid of enforceable content, renders its substance nugatory and assigns to its framers an intention to engage in a purely moot exercise. This view is at odds with the contextual historical evidence and the specific, articulated concerns of its framers, and violates the premise of *Marbury v. Madison* that the Constitution contains judicially discoverable and enforceable principles », *ibid.* à la p. 316 et s. L'opinion exprimée par le professeur Tribe n'a pourtant pas pour conséquence de dénuer le 9^e Amendement de tout effet de sanction, comme nous le verrons. Sur le 9^e Amendement comme principe d'interprétation, voir Mitchell, *supra*, note 35 à la p. 1727 et s.

¹²⁹Tribe, *supra*, note 100 à la p. 101 (nos italiques).

¹³⁰*Ibid.* à la p. 100.

¹³¹Voir *supra*, notes 38 et 39 et texte correspondant.

¹³²*Griswold, supra*, note 18 à la p. 484.

L'article 26 aurait alors un effet d'irradiation sur le reste du dispositif constitutionnel. Le professeur Tribe reconnaît ce processus unique de formation implicite d'un droit à partir non pas d'une lecture cloisonnée de la constitution, mais d'une lecture globale conforme à l'esprit général de protection et d'affirmation des droits et libertés :

For, read properly, the ninth amendment *creates* no rights at all. There are *no* "ninth amendment rights" in the sense in which there are, for example, first amendment rights or fourth amendment rights. That there are individual rights fully derivable from no single provision but implicit in several, or in the structure of the Bill of Rights as a whole, is a proposition implicit in the ninth amendment. But that amendment is not itself the *fount* of any such rights, and it in no way obviates the need to argue that the Constitution does indeed impose upon governments the particular limitation for which the advocate contends — such as the limitation of having to offer more justification for policing the bedroom than for policing the streets¹³³.

Le professeur Tribe s'inscrit en faux contre ceux qui prétendent qu'une telle interprétation a pour effet de donner carte blanche aux juges dans la détermination des droits et libertés. Selon lui, une telle interprétation oblige le juge, de la même manière que lorsqu'il interprète une disposition explicite, à apprécier les droits et obligations de chacun à la lumière des structures institutionnelles que le *Bill of Rights* et le reste de la Constitution ont mis en place¹³⁴.

L'article 26, somme toute, nous interpelle dans notre capacité de lecteur du document constitutionnel¹³⁵ et nous oblige à nous défaire de toute velléité (ou du vieux réflexe) de nous limiter, dans le cadre d'une appréciation juridique, à une lecture cloisonnée (disposition par disposition) qui ne saurait rendre justice au caractère évolutif et fondamental du texte constitutionnel. C'est là un aspect essentiel de l'interprétation constitutionnelle qu'il nous faut absolument saisir.

La sanction de l'article 26 dépend évidemment de l'interprétation qu'on veut bien lui donner. Si cet article constitue une règle d'interprétation,

¹³³Tribe, *supra*, note 100 à la p. 107.

¹³⁴« It should be evident that nothing in this conception of the ninth amendment in any way endorses the lawless notion that judges are licensed by that or any other part of the Constitution to impose upon the community whatever system of rights or responsibilities they personally might suppose an ideal, or even a merely just society *ought* to require. The interpretive task remains that of deciding which rights or responsibilities follow from, in the sense of being presupposed by and thus being implicit in, the particular structure of legal institutions to which the Bill of Rights, and other parts of the Constitution, have as an historical matter already committed our country », *ibid.* à la p. 107 et s.

¹³⁵« [T]hat they should be understood not simply as rhetoric but as the reflection of the textual command of the ninth amendment, which is, after all, the only provision of the Constitution that speaks to us directly *in our capacity as readers of that document* », *ibid.* à la p. 109 (nos italiques).

comme le prétend Tribe à propos du 9^e Amendement, sa sanction serait assurée à partir de l'article 7 (liberté¹³⁶) ou de l'ensemble des garanties spécifiques. Par conséquent, dans les deux cas, les articles 24 et 52 peuvent être invoqués. Si, par contre, l'article 26 est considéré comme une source autonome de droits innommés, sa sanction pourrait aussi être assurée, croyons-nous, par les articles 24 et 52. Rien ne s'oppose en effet, si l'on reconnaît la validité et le caractère constitutionnel des droits innommés, à ce que l'un ou l'autre de ces articles sanctionneurs soit appelé à jouer. On pourrait aussi soutenir, à l'instar du professeur Gibson, que l'article 26 est en plus une source de recours :

On pourrait objecter que tous les autres recours qui auraient pu par ailleurs être disponibles ne le sont plus puisque l'article 24 prévoit expressément des recours pour des violations de la *Charte* : *expressio unius est exclusio alterius*. Selon nous, toutefois, une telle interprétation irait à l'encontre de l'article 26 de la *Charte* [ils citent l'article 26].

Il serait possible, bien entendu, d'interpréter l'article 26 comme ne visant que le contenu des droits ou libertés et non les recours prévus par l'article 24, mais il est douteux qu'un tribunal accepte d'interpréter cet article de façon aussi étroite¹³⁷.

Quelle que soit l'école derrière laquelle on se range, il importe, dans l'appréciation de l'article 26, de s'éloigner au plus tôt de l'interprétation jusque-là retenue en droit canadien. Celle-ci a le défaut de présumer que le

¹³⁶Le mot « liberté » à l'article 7 semble, à la lumière de la jurisprudence actuelle, se restreindre à une protection contre la détention. Cette interprétation, limitée au contexte pénal et criminel, nous semble inutilement restrictive. Les tribunaux seraient bien avisés d'élever le sens de ce mot au-delà de cette simple perspective. En effet, l'article 9 de la *Charte* peut aisément remplir ce rôle restreint. Dans *Morgentaler c. R.*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson croit que le droit à la liberté ne saurait être limité à un contexte purement criminel ou pénal. Le droit à la liberté, en effet, « guarantees to every individual a degree of autonomy over important decisions intimately affecting their private lives » (p. 171). C'est là un premier pas intéressant. Il est vrai qu'aux États-Unis, l'interprétation du mot « liberté » au 5^e Amendement (et au 14^e Amendement) est souvent associée à la doctrine du *substantive due process* (contrôle judiciaire constitutionnel de l'opportunité et de la sagesse d'une législation, voir Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 162). Bien que certains prétendent (et le professeur Tremblay en est le plus éloquent porte-parole) que cette doctrine américaine soit étrangère au droit constitutionnel canadien et ce, malgré l'avènement de la *Charte* (nous avons des réserves à cet égard, mais il ne s'agit pas ici d'en discuter), il faut bien comprendre qu'une interprétation extensive du mot « liberté » n'entraîne pas une application de cette doctrine. Ainsi, le professeur Tremblay écrit : « Cependant, une interprétation, même très libérale du mot « liberté » ne suffit pas *en soi* à transformer les tribunaux en superlégislatures. Il faut plus que cela. Il faut que les critères utilisés par le Cour pour mesurer si une loi est conforme au « *due process of law* » conduisent les juges à scruter la sagesse et l'opportunité du contenu et des politiques sous-jacentes aux lois » (*ibid.* à la p. 151). Ce motif ne saurait donc excuser une interprétation étroite, et singulièrement incompréhensible, du terme « liberté » à l'article 7.

¹³⁷D. Gibson et S. Gibson, « La mise en application de la *Charte* canadienne des droits et libertés » dans Beaudoin et Ratushny, *supra*, note 6 à la p. 933 et s.

constituant s'est exprimé pour ne rien dire, ou si peu. Elle a aussi le défaut d'occulter le fait qu'un document, de la nature de la *Charte*, ne s'interprète pas comme une simple loi ; qu'il est appelé à connaître une évolution et un développement et qu'il ne s'agit pas pour l'interpréter de se référer simplement aux dispositions explicites, mais bien de s'imprégner de son esprit et de son objet afin d'en mieux saisir tout le sens. Le juge Dickson écrit, dans *Hunter* :

The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. *A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future.* Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a *Bill* or a *Charter of Rights*, for the *unremitting protection* of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed or amended. *It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers.* The judiciary is the guardian of the constitution and *must, in interpreting its provisions, bear these considerations in mind*¹³⁸.

Le juge Dickson ajoute concernant le principe de l'interprétation globale d'un texte constitutionnel :

The need for a broad perspective in approaching constitutional documents is a familiar theme in Canadian constitutional jurisprudence. [...]

[...]

Such a broad, purposive analysis, which interprets specific provisions of a constitutional document in the light of its larger objects is also consonant with the classical principles of American constitutional construction enunciated by Chief Justice Marshall in *M'Culloch v. Maryland* [...] ¹³⁹.

L'article 26 joue un rôle dynamique primordial dans l'appréhension de la *Charte canadienne*. Il constitue, comme l'écrit Massey à propos du 9e Amendement, l'ultime contrepoids au pouvoir gouvernemental, et revêt un caractère complémentaire d'une grande importance, puisque les autres garanties constitutionnelles inscrites dans la *Charte* n'ont qu'une portée li-

¹³⁸*Hunter, supra*, note 2 à la p. 155, (nos italiques). Le juge Estey écrit, dans *Skapinker* : « The *Charter* is designed and adopted to guide and serve the Canadian community for a long time. Narrow and technical interpretation, if not modulated by a sense of the unknowns of the future, can stunt the growth of the law and hence the community it serves. », *Skapinker, supra*, note 2 à la p. 366.

¹³⁹*Hunter, supra*, note 2 à la p. 155 et s.

mitée et partielle¹⁴⁰. La perennité de la *Charte canadienne* dépend en grand partie de l'interprétation ouverte et évolutive qu'on lui imprimera. Ignorer l'article 26 reviendrait à priver le pouvoir judiciaire d'un outil d'intervention lorsque le reste du texte constitutionnel s'avère inutile¹⁴¹, d'autant plus qu'une abdication des tribunaux, en ce qui concerne l'article 26, se solderait éventuellement par un rétrécissement du contrôle constitutionnel. En effet, le législateur pourrait édicter certaines normes attentatoires à des droits innommés (le droit au respect de la vie privée, par exemple¹⁴²) sans que le pouvoir judiciaire ne puisse intervenir. Il se serait lui-même interdit la possibilité de contrôler ce type de normes. Or, dans le schéma constitutionnel actuel, réaménagé par l'adoption de la *Charte canadienne*, le pouvoir judiciaire remplit une fonction fondamentale : celle de gardien de la Constitution. À ce titre, il est maintenant dans une position d'égalité absolue avec les pouvoirs législatif et exécutif. Cette nouvelle donne doit être rapidement assimilée par les juges afin qu'ils remplissent le rôle qu'on leur a volontairement confié¹⁴³.

¹⁴⁰« The structural role played by the ninth amendment is often conveniently overlooked. It is a counterweight to the vast momentum generated by governmental power. This is an important, even vital, structural role that is only partially filled by other constitutional guarantees and prohibitions. Indeed, by its terms the amendment is the final counterweight, to be used against governmental intrusion upon the people when all else fails », Massey, *supra*, note 19 à la p. 341 et s.

¹⁴¹Il y a, comme nous l'avons déjà dit, des limites à la capacité d'extension du champ d'application des dispositions explicites de la Charte, sous peine de voir se développer une jurisprudence perclue d'exceptions, de contradictions et de non-sens.

¹⁴²Ce droit ne fait pas l'objet d'une garantie explicite dans la Charte canadienne.

¹⁴³Les tribunaux n'ont à entretenir aucun doute quant à la légitimité de leur action constitutionnelle. Le juge Lamer est on ne peut plus clair à ce sujet : « Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchaîner la Charte dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la Charte en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité », *Renvoi relatif à la la Motor Vehicle Act*, *supra*, note 107 à la p. 497. Lire sur cette question Tremblay, *supra*, note 1 aux pp. 163-83. Le professeur Tremblay interprète ainsi ce passage de l'opinion du juge Lamer : « [...] les représentants élus, à la majorité, en enchaînant une charte des droits dans la Constitution, nous ont indiqué que, même pour eux, la théorie démocratique « majoritaire » [voir *supra*, note 74] ne devait plus être acceptée pour mesurer la légitimité des décisions constitutionnelles. Si cette interprétation est la bonne, il faut comprendre que la Cour suprême nous invite à reconnaître que la théorie « majoritaire » a été abandonnée une fois pour toute et donc, à se doter d'une autre théorie métaconstitutionnelle. Ainsi, toute argumentation, toute critique au sujet de la légitimité des décisions constitutionnelles fondée uniquement sur la théorie démocratique « majoritaire » sera désormais suspecte » (*ibid.* à la p. 177). Notons que le professeur Tremblay estime que l'adoption de la *Charte canadienne* n'a pas donné lieu à une « révolution constitutionnelle » en ce qui concerne le processus de décision constitutionnelle : « Sous cet aspect, il n'y a donc pas eu de révolution constitutionnelle. La nature des décisions constitutionnelles rendues sous la Charte s'insère dans l'ordre constitutionnel pré-existant » (*ibid.* à la p. 172). Bien que nous ne soyons pas en complet accord avec cette assertion, le cadre de la présente étude ne nous permet pas d'aborder cette question.

L'identification des droits innommés protégés par l'article 26 obéira donc à une appréciation morale difficile¹⁴⁴. Un droit, pour être reconnu, devra tout d'abord ne pas pouvoir relever logiquement d'une disposition spécifique. De plus, il devra revêtir un caractère moral si important qu'une méconnaissance de celui-ci se traduirait par une négation de l'objet fondamental du document constitutionnel. Sans être partagé par une majorité de la population, ce droit devra aussi s'inscrire dans une certaine tradition démocratique et libérale. La reconnaissance d'un droit innommé ne devrait pas être tributaire de son énonciation dans un code provincial des droits et libertés. Il peut s'agir là d'un facteur important mais nullement décisif. À ce propos, nous ne croyons pas que l'article 26 ait eu pour effet de « transformer » en droits innommés les droits et libertés énumérés dans ces codes¹⁴⁵. Il s'agit là d'une source qui ne peut cependant être négligée. Il sera aussi sans doute nécessaire de puiser dans le droit naturel afin de « substantier » l'article 26, comme source de droits ou règle d'interprétation méta-constitutionnelle. Ce ne sont là que quelques uns des facteurs dont doit tenir compte l'interprète dans son appréciation de l'article 26¹⁴⁶. La reconnaissance d'un droit innommé, à partir d'une théorie de l'article 26 comme source de droits ou comme règle méta-constitutionnelle, est évidemment soumise à l'article 1er de la *Charte canadienne*. Cette perspective devrait rassurer ceux qui craignent un activisme judiciaire débridé. À ce propos, le double crible auquel doit se soumettre un droit innommé avant de pouvoir être pleinement opérationnel constitue la meilleure des assurances contre une exploitation indue du dispositif de l'article 26 de la *Charte canadienne*. L'article 26 constitue ainsi le ferment indispensable à un développement harmonieux et continu du droit des libertés publiques dans le cadre de la *Charte canadienne*.

¹⁴⁴Les commentaires qui suivent s'appliquent quelle que soit l'école derrière laquelle on se range : source de droits ou règle d'interprétation méta-constitutionnelle.

¹⁴⁵En ce qui touche l'influence des législations et des constitutions des états américains sur le contenu du 9e Amendement, voir *supra*, note 92.

¹⁴⁶Les commentaires relatifs à l'identification des droits innommés en droit américain sont aussi applicables dans le contexte canadien.