

**REFLEXIONS SUR LA PORTEE
DE L'ARTICLE 7 DE LA
CHARTRE CANADIENNE DES DROITS
ET LIBERTES SUITE A LA DECISION DE LA
COUR SUPREME DANS LE
RENOI SUR LA MOTOR
VEHICLE ACT, (C.B.)***

par Luc B. TREMBLAY**

Dans cet article, l'auteur analyse l'impact de la décision de la Cour suprême dans le Renvoi sur la Motor Vehicle Act sur l'article 7 de la Charte. Il soutient la thèse générale selon laquelle les postulats fondamentaux de la décision sont essentiellement incompatibles avec la doctrine américaine du «substantive due process». Il situe la discussion au niveau de la théorie constitutionnelle. Dans la deuxième partie, il analyse et critique les principes fondamentaux d'une «théorie constitutionnelle générale» qui vise toutes les garanties de la Charte. Il soutient que cette théorie implique que la Charte s'incorpore dans un ordre constitutionnel préexistant. En particulier, l'auteur discute de la nature du processus de décision constitutionnelle au Canada, de sa légitimité et de son intégrité. Dans la troisième partie, il analyse et critique les principes fondamentaux d'une «théorie constitutionnelle restreinte» qui unifie les divers principes de justice fondamentale enchâssés à l'article 7. En particulier, il expose le fondement de cette théorie et de son contenu et soutient que son application est fonctionnelle, compatible avec les traditions constitutionnelles anglo-canadiennes et évolutive.

*. Une version abrégée de ce texte a été présentée à Winnipeg le 29 mai 1986, lors d'une conférence sur la portée de l'article 7 organisée par l'Association canadienne des professeurs de droit dans le cadre du congrès des sociétés savantes.

** . Professeur adjoint, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

In this article, the author analyses the impact of the Supreme court decision in the Motor Vehicle Act Reference upon section 7 of the Charter. His general thesis is that the fundamental postulates of that decision are essentially inconsistent with the American doctrine of «substantive due process». The argument deals with constitutional theory. In the second part, he analyses and criticizes the fundamental principles of a «general constitutional theory» which embraces all the Charter guarantees. He maintains that that theory implies that the Charter is incorporated into a pre-existing constitutional order. In particular, the author deals with the nature of the process of constitutional adjudication in Canada, its legitimacy and its integrity. In the third part, he analyses and criticizes the fundamental principles of a «strict constitutional theory» the object of which is to unify the various principles of fundamental justice entrenched in section 7. In particular, he propounds the foundation of that theory and of its content and argues that its application is functional, consistent with the Anglo-Canadian constitutional tradition and that its principles are evolutive.

TREMBLAY, Luc B. 141

SOMMAIRE

INTRODUCTION.	142
PREMIERE PARTIE: Rappel de la doctrine américaine du «substantive due process»	146
DEUXIEME PARTIE: La théorie constitutionnelle générale	163
TROISIEME PARTIE: La théorie constitutionnelle restreinte	183
1° De l'identification de la théorie restreinte	185
2° Du contenu de la théorie restreinte	186
3° De l'application de la théorie restreinte.	209
1ère sous-section: Une théorie restreinte fonctionnelle	209
2ème sous-section: Une théorie restreinte compatible avec les traditions constitutionnelles anglo-canadiennes	221
3ème sous-section: Une application évolutive	226
CONCLUSION	239

INTRODUCTION

Dans le *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act de Colombie Britannique*¹ décidé le 17 décembre 1985, la Cour suprême du Canada² déclarait qu'une loi qui cumulait une infraction de responsabilité absolue et une peine d'emprisonnement était incompatible avec l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³ qui se lit ainsi:

«Chacun a le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.»

L'article 94 (2) de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie Britannique faisait de la conduite de son véhicule sans permis de conduire valide ou alors que son permis est suspendu une infraction de responsabilité absolue punissable au minimum par sept jours d'emprisonnement⁴.

-
1. R.S.B.C. 1979, chap. 288, modifiée par la *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, 1982 (C.B.), chap. 36. La décision est rapportée à (1985) 2 R.C.S. 486. Elle sera désormais appelée le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*.
 2. Le juge Lamer a rédigé l'opinion majoritaire pour six juges, le juge Wilson étant dissidente.
 3. Partie I de l'Annexe B, *Loi constitutionnelle de 1982*, du *Canada Act 1982*, c. 11 (R.-U.), ci-après appelée la *Charte*.
 4. L'article 94 de la loi se lisait comme suit:
«94(1) Quiconque conduit un véhicule à moteur sur une route ou sur un chemin industriel
 - a) alors qu'il lui est interdit de conduire un véhicule à moteur en vertu des articles 90, 91, 92 ou 92.1, ou
 - b) alors que son permis de conduire ou son droit de demander ou d'obtenir un permis de conduire est suspendu en vertu de l'article 82 ou de l'article 92 avant son abrogation et son remplacement par la mise en vigueur de la *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, commet une infraction et est passible,
 - c) pour la première condamnation, d'une amende de 300 \$ à 2000 \$ et d'un emprisonnement de 7 jours à 6 mois, et
 - d) pour une condamnation subséquente peu importe quand

Dans l'affaire *Regina v. Sault Ste-Marie*⁵, le juge Dickson définissait ainsi ce type d'infraction⁶:

«[L]a «responsabilité absolue» entraîne condamnation sur la simple preuve que le défendeur a commis l'acte prohibé qui constitue l'*actus reus* de l'infraction. Aucun élément moral n'est nécessaire. On ne peut plaider que l'accusé n'a commis aucune faute. Il peut être moralement innocent sous tous rapports et malgré cela être traité de criminel et puni comme tel.»

Par conséquent, la défense de diligence raisonnable ou d'erreur de fait n'était pas acceptable.

Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, la Cour suprême affirme, entre autres, les propositions suivantes:

1. L'expression «principe de justice fondamentale» enchâssée à l'article 7 de la *Charte* «constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d'établir les paramètres de ce droit»⁷.
2. Une peine d'emprisonnement est toujours incompatible avec le droit à la liberté garantie à l'article 7 de la *Charte* qui, au minimum, protège les gens contre les emprisonnements⁸.

l'infraction a eu lieu, d'une amende de 300 \$ à 2000 \$ et d'un emprisonnement de 14 jours à un an.

(2) Le paragraphe (1) crée une infraction de responsabilité absolue pour laquelle il y a culpabilité sur preuve que la personne accusée a conduit un véhicule, qu'elle ait connu ou non l'existence de l'interdiction ou de la suspension.» La traduction est tirée de la décision (1985) 2 R.C.S. 486, 493-494.

5. (1978) 2 R.C.S. 1299.

6. *Id.*, 1310.

7. *Supra*, note 1, p. 512.

8. *Id.*, 500, 515 et 516. La Cour ajoute qu'«il n'est pas nécessaire que l'emprisonnement soit obligatoire comme c'est le cas au par. 94(2)» (p. 515). Cette proposition devra être précisée lors

3. Les «principes de justice fondamentale» ne sont pas limités aux seules garanties en matière de procédure⁹.
4. Une infraction de responsabilité absolue est toujours incompatible avec les principes de justice fondamentale qui incluent au moins le principe non procédural à l'effet «qu'un innocent ne doit pas être puni»¹⁰.
5. C'est le cumul de l'emprisonnement et de la responsabilité absolue qui contrevient à l'article 7. Le premier élément viole le droit à la liberté alors que le second contrevient aux principes de justice fondamentale¹¹.

Le 24 février 1986, le *Globe and Mail* titrait à la une que cette décision de la Cour suprême inquiétait plusieurs juristes canadiens¹². Cette inquiétude s'articulait autour d'une idée maîtresse: en donnant aux principes de justice fondamentale un contenu plus large que les seules garanties en matière procédurale (proposition 3 ci-haut), la Cour aurait incorporé en droit canadien la doctrine américaine connue sous le nom de «*substantive due process*»¹³. Par conséquent, les juges pourraient désormais contrôler l'opportunité et la sagesse du contenu des lois et de leurs politiques sous-jacentes. Par exemple, la sagesse ou l'opportunité des lois relatives à l'avortement ou qui limitent la liberté contractuelle seraient désormais susceptibles d'être révisées par les tribunaux¹⁴.

Est-ce que l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» à l'article 7 de la *Charte* a introduit en droit canadien la doctrine américaine du «*substantive due process*»? Je ne

de décisions ultérieures à la lumière du principe constitutionnel de la divisibilité.

9. *Id.*, 503 et 513.

10. *Id.*, 513 et ss.

11. *Id.*, 492 et 515.

12. Le titre exact était «Charter Ruling Worries Legal Experts».

13. Je discuterai très brièvement du contenu de cette doctrine dans ma première partie.

14. Aux Etats-Unis, la doctrine du «*substantive due process*» avait effectivement conduit la Cour suprême à invalider des lois relatives à l'avortement et aux relations de travail. Voir *infra*, première partie.

crois pas. La décision de la Cour suprême, telle que je la perçois, est même fondamentalement incompatible avec la doctrine américaine.

Je n'entends pas faire une analyse serrée de cette décision. Mon commentaire se limitera à une discussion des fondements théoriques de l'article 7 et de la *Charte* qui, selon moi, sont *essentiellement* incompatibles avec la doctrine du «*substantive due process*».¹⁵ Cependant, pour bien situer le problème, je consacrerai une

-
15. Mon commentaire n'a pas pour objet de reprendre ni répéter les thèses que j'avais développées dans «Section 7 of the Charter: Substantive Due Process?» (1984) 18 *U.B.C.L. Rev.* 201. Je désire tout au plus approfondir certaines questions à la lumière de la décision de la Cour suprême. Par conséquent, vous me pardonnerez si à l'occasion certains recoupements avec mon article de 1984 me sont apparus inévitables. Par ailleurs, je n'entends pas discuter de l'opinion minoritaire du juge Wilson. De même, je limiterai mes commentaires aux seuls points de la décision majoritaire qui me sont apparus pertinents. Au sujet de l'article 7, la littérature est abondante. Je ne pourrai malheureusement pas en discuter ici sauf de façon incidente. Le professeur MacKay, dans un article récent intitulé «Fairness after the Charter: A Rose by any other Name?» (1985) 10 *Queen's L.J.* 263, s'est acquitté, entre autres, de la difficile tâche de circonscrire les diverses thèses en présence. Parmi les autres articles sur l'article 7, il faut absolument mentionner les suivants:

- N. BALA and J.D. REDFEARN, «Family Law and the 'Liberty Interest': Section 7 of the *Canadian Charter of Rights*», (1983) 15 *Ottawa L.R.* 274-310;
- T.J. CHRISTIAN, «Section 7 of the Charter of Rights and Freedoms: Constraints on State Action», (1984) 22 *Alberta L. Rev.* 222-246;
- N. DUPLÉ, «L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et les principes de justice fondamentale», (1984) 25 *Cahiers de droit* 99;
- P. GARANT, «L'article 7 de la Charte - toujours énigmatique après 18 mois de jurisprudence», (1983) 13 *Man. L.J.* 477;
- P. GARANT, «Libertés fondamentales et justice naturelle», dans BEAUDOIN et TARNOPOLSKY, *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, chap. 9.

première partie à un rappel des aspects essentiels de la doctrine du «substantive due process» qui sont pertinents pour notre discussion. Pour ceux qui sont déjà familiers avec la doctrine, je les invite à passer immédiatement à la seconde partie.

Je voudrais, dans une seconde partie, démontrer que la Cour suprême a posé les jalons d'une théorie constitutionnelle générale qui - *en soi* - est incompatible avec la doctrine américaine du «substantive due process». La troisième partie discutera de l'interprétation même de l'expression «principes de justice fondamentale» qui repose sur ce que j'appellerais une théorie constitutionnelle restreinte qui, elle aussi, est - *en soi* - incompatible avec cette doctrine américaine.

**PREMIERE PARTIE: RAPPEL DE LA DOCTRINE
AMERICAINE APPELEE
«SUBSTANTIVE DUE PROCESS».**

Généralement, lorsque l'on parle d'un contrôle substantif des lois (*substantive review*), on pense à tous les contrôles judiciaires qui mesurent la compatibilité du contenu substantif (le fond) des lois ou d'un acte gouvernemental donné avec une norme constitutionnelle. Tout contrôle judiciaire qui n'implique pas un contrôle du contenu procédural des lois¹⁶ est une forme de contrôle substantif. Par exemple, lorsqu'une décision judiciaire invalide une loi qui restreint la liberté de religion¹⁷ ou le droit à l'égalité¹⁸, il y a là un

-
- A. JODOUIN, «La Charte canadienne des droits et libertés et l'élément moral des infractions», (1983) 61 R.B.C. 211.
 - T. LEE, «Section 7: An Overview», (1985) 43 U.T. Fac. L. Rev. 1;
 - J.D. WHYTE, «Fundamental Justice; the Scope and Application of Section 7 of the Charter», (1983) 13 Man. L.J. 455-475.

Mes recherches ont cessé à l'été 1986.

16. Aux Etats-Unis, on oppose «*substantive due process*» à «*procedural due process*». Cette dernière doctrine permet le contrôle judiciaire du contenu procédural des lois ou des actes gouvernementaux.
17. Pour un exemple canadien, voir *R. v. Big M Drug Mart Ltd*, (1985) 1 R.C.S. 295.

contrôle substantif des lois. Cependant, lorsque les tribunaux américains ont contrôlé la compatibilité du contenu substantif des lois avec les normes constitutionnelles qui garantissaient le «*due process of law*» (*due process clauses*)¹⁹ on les a souvent accusés de contrôler la sagesse et l'opportunité du contenu et des politiques sous-jacentes aux lois²⁰. C'est d'ailleurs pour ne pas inviter les tribunaux canadiens à imiter les tribunaux américains que les rédacteurs de la *Charte* ont substitué l'expression «principes de justice fondamentale» à «*due process of law*»²¹. A mon avis, le sous-ministre adjoint

-
18. Pour un exemple canadien célèbre, voir *R. v. Drybones*, (1970) R.C.S. 282.
19. Le Ve amendement se lit partiellement ainsi:
 «No person shall be [...] deprived of life, liberty, or property, without due process of law [...].»
 Le XIVe amendement se lit partiellement:
 «[...] [N]or shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law [...].»
20. Le professeur Schwartz dans *The Law in America, A History*, (1974), nous donne un exemple de ces critiques:
 «But the deficiencies of judicial review in operation lay even more in method than in result. It was not so much that the judges were interposing their veto "in a spirit of toryism, of Bourbonism" as that they were arrogating for themselves a veto power never contemplated by the Constitution [...] the frequency with which the courts interposed their power to negate social legislation led to charges that they were exercising "the powers of a super-legislature - not the performance of the constitutional function of judicial review" », p. 157.
 Voir aussi B. SCHWARTZ, *Constitutional Law: A Textbook* (1979), p. 205; *Nebbia v. New York* 291 U.S. 502, 556 (1934); *Burns Baking Co. v. Bryan* 264 U.S. 504, 534 (1924); *North Dakota State Board of Pharmacy v. Snyder's Drug Stores* 414 U.S. 156, 164 (1973).
21. Voir les extraits des procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada. Première session du Trente-deuxième Parlement, 1980-81, p. 46: 43 (27 janvier 1981); 7: 21 (18 novembre 1980); 46: 32 (27 janvier 1981). Certains passages sont rapportés à la décision de la Cour suprême, *supra*, note 1, pp. 504 et 505.

du ministère de la justice fédéral, M. Strayer, représentait bien l'opinion générale des experts qui ont participé à la rédaction de la *Charte*:

«Mr. Chairman, it was our belief that the words «fundamental justice» would cover the same thing as what is called procedural due process, that is the meaning of due process in relation to requiring fair procedure. However, it in our view does not cover the concept of what is called substantive due process, which would impose substantive requirements as to policy of the law in question»²².

Mais comment cette doctrine américaine a-t-elle conduit les tribunaux sur le chemin du contrôle de la sagesse et de l'opportunité des lois? En d'autres mots, quel est le contenu de cette doctrine?

Il existe, selon les époques et selon les droits limités par les lois, plusieurs versions du «*substantive due process*»²³. Cependant, seules les versions qui permirent aux tribunaux de contrôler la sagesse et l'opportunité des lois et de ses politiques sous-jacentes nous intéressent ici. Mon intention n'est donc pas d'analyser en détail cette doctrine, ni même d'en résumer les diverses versions. D'autres l'ont fait ailleurs²⁴. Mon objectif est plus modeste. Je ne veux qu'illustrer l'aspect le plus extrême de la doctrine du «*substantive due process*»; celui qui a été le plus critiqué, qui a forcé les

22. *Id.*, 46: 32 (27 janvier 1981). Il faut noter que certains auteurs ne partageaient pas ce point de vue. Voir par exemple Max COHEN, *id.*, 7:89 (18 novembre 1980).

23. Comparer *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) et *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483 (1955).

24. La littérature américaine à ce sujet est abondante. Pour une introduction à ce sujet, voyez L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 1978; G. GUNTHER, *Cases and Materials on Constitutional Law*, (10th ed.) 1980; NOWAK, ROTUNDA and YOUNG, *Handbook on Constitutional Law*, 1978. Ces volumes citent et analysent la littérature plus spécialisée et plus critique. J'ai tenté de tirer certains aspects pertinents pour une analyse constitutionnelle comparative dans «Section 7», *supra*, note 15, pp. 213 et ss. Je n'entends pas refaire cette démonstration ici.

rédacteurs de la *Charte* à abandonner l'expression «*due process of law*» et qui inquiète, depuis le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, certains juristes canadiens.

Les Ve et XIVE amendements de la constitution américaine garantissent que ni le Congrès ni les Etats ne doivent priver les individus de leur vie, liberté et propriété «*without due process of law*»²⁵. Littéralement et voire historiquement, l'expression «*due process of law*» réfère à des garanties procédurales²⁶. Pourtant, les tribunaux ont interprété cette expression bien au-delà de son sens original. Après 1868, le contenu substantif des lois qui touchaient la zone de liberté protégée par les V et XIV amendements devait être «raisonnable»²⁷ pour se conformer aux exigences du «*due process of law*». Cette évolution s'explique principalement par la théorie constitutionnelle américaine façonnée et fortement inspirée par la philosophie politique dominante aux Etats-Unis aux 18ième et 19ième siècles²⁸.

25. Les amendements sont reproduits, *supra*, note 19.

26. J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, (1980) p. 18. B. SCHWARTZ, *A Commentary on the Constitution of the United States, Part II, The Rights of Property*, 1965, p. 23. Il est possible cependant qu'à une certaine époque, en droit anglais, l'expression «except by [...] the law of the Land» ne garantissait pas seulement la procédure. Voir McILWAIN, «Due Process of Law in Magna Carta», (1914) 14 *Col. L. Rev.* 27.

27. Voir, E.S. CORWIN, *Liberty Against Government*, (1948), pp. 147 ss.

28. J'ai particulièrement insisté sur l'aspect historique de la doctrine dans l'article «Section 7» *supra*, note 15, pp. 213 et ss. Je voulais rappeler, entre autres, que la doctrine du «*substantive due process*» s'était substituée aux théories du droit naturel et du contrat social dans la seconde moitié du 19ième siècle. Ces anciennes théories inspirées par la philosophie politique du 18ième siècle considéraient qu'il y avait des limites implicites aux pouvoirs du législateur. Par conséquent, les tribunaux prétendaient que même en l'absence de textes exprès, théoriquement, ils pouvaient contrôler la rationalité du contenu substantif des lois. Voir, par exemple, *Calder v. Bull* 3 U.S. (3 Dall.) 386, 388 (1798) et *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch.) 87 (1810). L'histoire de la doctrine américaine du «*substantive due process*» est si dépendante des traditions et de la théorie constitutionnelle américaine qu'il est légitime de

Pour bien saisir la doctrine du «*substantive due process*», il faut analyser tout d'abord la portée du mot «liberté» et ensuite les critères utilisés par la Cour pour mesurer si une loi qui touche la «liberté» est conforme au «*due process of law*».

Le premier aspect, bien que facile à saisir, est très important. Plus le mot «liberté» est largement interprété, plus, potentiellement, il y aura contrôle judiciaire de lois. Or, sur le sens à donner à «liberté», les tribunaux sont allés très loin. Par exemple, en 1897, dans l'affaire *Allgeyer v. Louisiana*²⁹, la Cour suprême des Etats-Unis écrivait:

«The «liberty» [...] means, not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties; to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation; and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned»³⁰.

Avant 1937, les tribunaux considéraient que le mot «liberté» protégeait, entre autres, la «liberté de contracter». Plus tard, ils ont déclaré que ce mot incluait, notamment, le «droit à la vie pri-

s'interroger si elle eut pu se développer dans un autre système de droit. Pour une étude plus complète de cette évolution, voir L. TRIBE, *supra*, note 24; B. SCHWARTZ, *The Law in America: A History* (1974); Corwin, E.S., «The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law» 42 *Harv. L. Rev.* 149 et B. SCHWARTZ, *A Commentary of the Constitution*, *supra*, note 26, pp. 27 et ss.

29. 165 U.S. 578 (1897).

30. *Id.*, 589.

vée» (*right to privacy*)³¹. Ces interprétations très larges du mot «liberté» ont été vivement critiquées³².

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 la 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. Ces critères doivent aussi laisser aux juges une importante marge d'appréciation discrétionnaire et subjective. Or, comme nous l'avons mentionné plus haut, l'expression «*due process of law*» fut interprétée de façon à ce que les lois qui limitent la liberté soient «raisonnables». C'est par les critères de «raisonnabilité»³³ que la Cour suprême a joué le rôle de superlégislature.

Par exemple, avant 1937, pour se conformer au «*due process of law*», une loi devait respecter les deux critères suivants:

-
31. En fait, il faut noter que le droit à la vie privée protégé par le mot «liberté» était beaucoup plus large que le simple droit à l'«intimité». Il visait aussi le droit à «l'autonomie personnelle» comme celui pour la femme de décider de mettre un terme à sa grossesse. Voir *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).
 32. Voir par exemple le commentaire du professeur Ely, «The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*», (1973) 82 *Yale L.J.* 920. L'auteur écrit «What is frightening about *Roe* is that this super-protected right [privacy] is not inferable from the language of the Constitution, the framer's thinking respecting the specific problem in issue, any general value desirable from the provisions they included, or the nation's governmental structure [...]. At times the inferences the Court has drawn from the values the Constitution marks for special protection have been controversial, even shaky, but never before has its sense of an obligation to draw one been so obviously lacking», pp. 936-937. Voir aussi WARREN, «The New 'Liberty' Under the Fourteenth Amendment», (1926) 39 *Harv. L. Rev.* 431 qui limitait le mot liberté à son sens connu en *common law*.
 33. Le mot «raisonnabilité» ne semble pas faire partie du français correct. Cependant, au Québec, depuis au moins l'enchâssement de la *Charte* et dans le contexte de l'article 1, il est d'usage d'utiliser ce substantif.

- 1- L'objectif de la loi (*end*) devait être légitime et permis. Or, toute loi qui ne visait pas la protection des droits fondamentaux, la moralité publique, la santé publique ou la sécurité publique n'avait pas un objectif légitime³⁴. Par conséquent, certaines fins étaient exclues de la sphère légitime de gouvernement.
- 2- Les moyens utilisés par le législateur dans sa loi devaient être réellement et substantiellement reliés à un objectif légitime et permis³⁵.

Le cas le plus célèbre demeure l'affaire *Lochner v. New York*³⁶. L'état de New York avait adopté une loi qui limitait le nombre d'heures de travail des employés de boulangerie à 10 heures par jour et 60 heures par semaine. La Cour suprême a invalidé la loi parce que c'était, selon elle, une restriction arbitraire et non nécessaire à la liberté de contracter. On peut résumer le raisonnement de la Cour ainsi:

- 1- La loi viole-t-elle la «liberté»? La Cour répond «oui». Il est évident que cette loi viole la «liberté de contracter»³⁷.
- 2- L'objectif de la loi est-il légitime? On avait plaidé que la loi avait deux fins légitimes: a) les relations de travail et b) la santé et la sécurité publiques.
 - a) La loi a-t-elle un objectif légitime si elle vise les relations de travail? La Cour répond «non». Cette fin n'est pas légitime en soi. Les seules fins légitimes et permises sont celles qui visent à réglementer

34. Voir par exemple *Brown v. Maryland*, 25 U.S. (12 Wheat.) 419, 443 (1827) et *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 661 (1887). Voir généralement T. COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Powers of the States of the American Union*, (4th ed.) 1878 et L. TRIBE, *supra*, note 24, pp. 438 et ss.

35. L. TRIBE, *supra*, note 24, pp. 436 et ss.

36. 198 U.S. 45 (1905).

37. *Id.*, 53. «The statute necessarily interferes with the right of contract [...]. The right to purchase or to sell labor is part of the liberty [...].»

la moralité, la santé et la sécurité publiques. «Viewed in the light of a purely labor law with no reference whatever to the question of health, we think that a law like the one before us involves neither the safety, the morals, nor the welfare, of the public [...]»³⁸

- b) La loi a-t-elle un objectif légitime si elle vise la santé et la sécurité publiques? La Cour admet que ce sont là des fins légitimes qui permettent au législateur de limiter la liberté de contracter. Cependant, en l'espèce, la majorité des juges n'a pas cru à l'argument prétendant que la législature avait agi en fonction de ces objectifs. «There is, in our judgment, no reasonable foundation for holding this to be necessary or appropriate as a health law to safeguard the public health, or the health of the individuals who are following the trade of a baker»³⁹. Pour la Cour, les statistiques démontraient que les boulangers n'avaient pas besoin d'une protection spéciale (ils ne sont pas plus menacés que d'autres groupes non protégés par l'Etat)⁴⁰.

- 3- Si par hypothèse l'objectif de la loi était vraiment la protection de la santé et de la sécurité publiques les moyens utilisés par le législateur lui sont-ils réellement et substantiellement reliés? Pour la Cour, il est évident que

38. *Id.*, 57. «There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and capacity to men in other trades or manual occupations, or that they are not able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the state [...]»

39. *Id.*, 58.

40. *Id.*, 58-59. «We think that there can be no fair doubt that the trade of a baker, in and of itself, is not an unhealthy one to that degree which would authorize the legislature to interfere with the right to labor, and with the right of free contract [...]. It might be safely affirmed that almost all occupations more or less affect the health [...]»

cette relation est absente⁴¹. D'une part, elle a jugé que d'autres moyens moins drastiques auraient été appropriés pour atteindre l'objectif (par exemple: inspecter la boulangerie, obliger l'employeur à fournir l'usage d'une salle de bain ...) ⁴². D'autre part elle n'a pas vu du tout en quoi le nombre d'heures travaillées dans une boulangerie pouvait avoir un impact sur la qualité du pain⁴³, la santé du public ou la santé du boulanger⁴⁴. «This, we think, is unreasonable and entirely arbitrary»⁴⁵.

Par conséquent, la loi était invalide.

L'affaire *Lochner* n'est pas un cas isolé⁴⁶. Par contre, c'est un excellent exemple pour illustrer comment, avant 1937, la doctrine américaine du "*substantive due process*" permettait aux tribunaux de contrôler la sagesse et l'opportunité du contenu des lois et des politiques sous-jacentes.

Le critère du lien réel et substantiel entre les moyens et un objectif légitime était très sévère. On l'appelait le «*strict scrutiny test*»⁴⁷. Il permettait aux tribunaux de contrôler la sagesse et l'opportunité du contenu des lois. C'est un peu comme si la Cour disait:

«Le législateur a choisi les moyens X pour atteindre la fin Z. Il les juge appropriés ou nécessaires. Voyons voir ... A notre avis ils ne sont ni appropriés ni nécessaires (ou pire, ils n'ont rien à voir avec l'objectif Z). Tant pis, la loi est invalide!»

41. *Id.*, 64. «It is manifest to us that the limitation of the hours of labor as provided for in this section of the statute [...] has no such direct relation to, and no such substantial effect upon, the health of the employee [...].»

42. *Id.*, 61-62.

43. *Ibid.*

44. *Id.*, 64.

45. *Id.*, 62.

46. Il ne faudrait pas croire toutefois que la doctrine du «*substantive due process*» a invalidé toutes les lois qui ont été contestées. Voir L. TRIBE, *supra*, note 24, p. 435, note 2.

47. Voyez NOWAK, ROTUNDA, YOUNG, *supra*, note 24, p. 418.

Les tribunaux refaisaient en quelque sorte la même enquête que celle entreprise par le législateur⁴⁸. Toutefois, bien souvent ils ne faisaient pas grand état des données factuelles qui avaient influencé le législateur⁴⁹.

De plus, le contrôle de la légitimité des objectifs a tôt fait de transformer le pouvoir judiciaire en censeur des politiques sous-jacentes aux lois. C'est un peu comme si la Cour disait:

«Le législateur veut réglementer la fin Z (par exemple les relations de travail). Est-ce une fin légitime? Voyons voir ... Non, cette fin n'est pas permise. Les seules fins légitimes sont la santé, la sécurité et la morale publiques.»

Ou encore, la Cour pouvait dire:

«D'accord, la fin que le législateur prétend viser est légitime (par exemple la santé publique). Cependant, en l'espèce, est-il opportun de réglementer cette fin? Voyons voir ... A notre avis, il n'est pas opportun aujourd'hui de réglementer cet objectif (par exemple, la Cour pouvait conclure que les boulangers n'étaient pas menacés)».

C'est l'application de ces critères, comme l'illustre l'affaire *Lochner*, qui a permis aux tribunaux de scruter la sagesse et l'opportunité du contenu des lois et des politiques sous-jacentes. Les tribunaux pouvaient concrètement empêcher l'Etat d'intervenir dans certains secteurs de l'activité humaine (par exemple le secteur socio-économique était considéré généralement comme une fin illégitime). Dans la mesure où le pouvoir judiciaire n'est pas une institution responsable devant le peuple, la doctrine du «*substantive due process*» pose de sérieux problèmes de légitimité. Elle est, sous certains aspects, en contradiction avec l'idéal démocratique qui veut

48. C'est ce qu'on a appelé le «*second guess*».

49. BIKLE, «Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action» 38 *Harv. L. Rev.* 6 (1924). On a essayé de corriger cette faiblesse par la technique du «Brandeis Brief» qui consistait à démontrer par un ensemble de documents qu'il y avait le lien requis entre les moyens et les objectifs. Voir *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 212 (1908).

que les représentants du peuple s'occupent des questions et des choix politiques.

En vertu de quel principe pouvait-on décider que l'objectif qui cherchait à corriger une situation d'inégalité économique était illégitime? Pour plusieurs, dont le juge Holmes, dissident dans l'affaire *Lochner*, cela s'expliquait ainsi: «This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law»⁵⁰.

Dans l'affaire *Lochner*, la majorité des juges a nié que les critères appliqués impliquaient un contrôle de la sagesse et de l'opportunité de la loi. «This is not a question of substituting the judgment of the Court for that of the legislature»⁵¹. Cependant, elle a affirmé, plus loin, un peu naïvement: «We do not believe in the soundness of the views which uphold this law»⁵². Avec plus de franchise, en 1934, les dissidents dans l'affaire *Nebbia v. New York*⁵³ avouaient: «But plainly, I think, this Court must have regard to the wisdom of the enactment ... [this legislation] is not merely unwise; it is arbitrary and induly oppressive»⁵⁴.

Après 1937, la Cour suprême des Etats-Unis a abandonné cette version de la doctrine du «*substantive due process*» illustrée par l'affaire *Lochner*. Désormais, il y aurait deux catégories de critères selon l'importance du droit en jeu⁵⁵. La première catégorie, et la moins significative pour nous, est celle qui s'applique lorsque la loi limite un droit qui n'est pas considéré comme fondamental. Pour être valides, de telles lois n'ont qu'à répondre au

50. *Supra*, note 36, p. 75.

51. *Id.*, 56-57.

52. *Id.*, 61.

53. *Supra*, note 20.

54. *Id.*, 556-557.

55. Remarquez que ce changement s'est fait graduellement entre 1937 avec l'affaire *West Coast Hotel v. Parrish* 300 U.S. 379 (1937) et, pourrait-on dire, 1973 avec l'affaire *Roe v. Wade*, *supra*, note 31. Pour une étude plus approfondie et plus fidèle, voir *supra*, note 24.

simple critère suivant: le lien entre les moyens et l'objectif est-il rationnel? C'est ce qu'on a appelé le «*mere rationality test*», le «*minimum rationality test*» ou le «*rational basis test*»⁵⁶. Or, en 1937, dans l'affaire *West Coast Hotel v. Parrish*⁵⁷, la Cour a décidé que la constitution ne protégeait pas la «liberté de contracter»⁵⁸. Par conséquent, cette liberté ne pouvait plus être considérée comme fondamentale et les tribunaux ne contrôlèrent plus la sagesse ni l'opportunité des lois en matières socio-économiques⁵⁹. D'une part

56. Remarquez que certains juges ont soutenu qu'il ne devrait y avoir aucun contrôle judiciaire. Voir par exemple l'opinion du juge Black dans *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963).

57. *Supra*, note 55.

58. «What is this freedom? The Constitution does not speak of freedom of contract. It speaks of liberty and prohibits the deprivation of liberty without due process of law», *id.*, 391.

59. La décision la plus influente à ce sujet fut probablement *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). Dans cette décision, le juge Stone rédigea une note infrapaginale (mieux connue sous l'expression «*Footnote 4*») dans laquelle il fait une distinction entre d'une part la retenue judiciaire et la présomption de validité lorsque les droits en jeu ne sont pas fondamentaux et d'autre part l'interventionisme (*activism*) potentiel et l'absence de présomption de validité lorsque les droits en jeu sont fondamentaux. Voici en partie le texte de cette note:

«There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth [...]

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation [...]

[...] whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to

on a restreint la portée du mot «liberté» et d'autre part on a assoupli les critères par lesquels on mesurait la compatibilité de la loi avec le «*due process of law*».

La seconde catégorie, par contre, laissa aux tribunaux le pouvoir de contrôler la sagesse et l'opportunité des lois. C'est cette seconde catégorie qui est la plus pertinente pour nous. Elle s'applique lorsqu'une loi restreint un droit qui est considéré par la Cour comme fondamental⁶⁰. Dans un tel cas, pour être valide, une loi doit rencontrer les deux critères suivants:

- 1- L'intérêt de l'Etat doit être très important («*compelling-state interest*») et pas seulement légitime. (Remarquez que depuis 1937, la zone de légitimité s'est considérablement élargie, la Cour ne semble plus invalider des lois pour la simple raison que sa fin est illégitime).
- 2- Les moyens utilisés par le législateur doivent être nécessaires pour atteindre la fin ou l'objectif visé.

L'exemple le plus connu est probablement l'affaire *Roe v. Wade*⁶¹ où la Cour suprême des Etats-Unis a invalidé une loi du Texas qui prohibait l'avortement sauf lorsque, de l'avis des médecins, c'était nécessaire pour sauver la vie de la mère. Le raisonnement de la Cour, si on le schématise, est le suivant:

- 1- La loi viole-t-elle un «droit jugé fondamental»? La Cour répond «oui». La loi violait le droit à la vie privée (*right*

protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry» (pp. 152-153, n. 4).

60. La source de ces droits est confuse. Elle vient tantôt du droit naturel, tantôt de la note du juge Stone, *supra*, note 59. Ce que l'on sait c'est que lorsque les juges croient qu'un droit est une valeur essentielle à la liberté individuelle ils vont appliquer des critères semblables à ceux du «*substantive due process*». Ces droits comprennent au minimum les dix premiers amendements, le droit à la mobilité interétatique, le droit de vote et le droit à la vie privée (au sens large).
61. *Supra*, note 31.

to privacy)⁶² et ce droit est suffisamment large pour inclure la décision de la femme de mettre un terme à sa grossesse⁶³.

2- L'intérêt de l'Etat est-il très important (*compelling*)? Pour répondre à cette question, la Cour doit d'abord déterminer quels sont les intérêts importants et légitimes. Elle en identifie deux:

- i) La protection de la santé de la femme enceinte et;
- ii) La protection de la vie potentielle d'un être humain.

Dans ces deux cas, l'Etat a intérêt à limiter la «liberté». Cependant, ces intérêts sont distincts. Ils deviennent de plus en plus importants à mesure que la grossesse évolue. Pour bien expliquer son raisonnement, la Cour va diviser la grossesse en trimestres.

- a) Pendant le premier trimestre l'Etat n'a pas l'intérêt suffisant pour interdire et réglementer l'avortement. La santé de la mère n'a pas besoin de protection puisque pendant cette période l'avortement ne comporte pas plus de risques qu'une naissance normale⁶⁴. De plus, le fœtus n'étant pas viable, l'Etat n'a pas encore acquis l'intérêt suffisant pour protéger sa vie potentielle⁶⁵.
- b) Pendant le second trimestre, l'Etat acquiert un intérêt suffisant à protéger la santé de la mère. La réglementation doit toutefois être raisonnablement reliée («*reasonably related*») à la santé de la mère⁶⁶. Par contre, l'Etat ne peut pas simplement

62. *Id.*, 153. La Cour affirme elle-même que la Constitution «does not explicitly mention any right of privacy» (p. 152). Voir la critique du professeur Ely, *supra*, note 32. Cependant, selon l'opinion majoritaire, ce droit est reconnu soit dans le mot «liberté», soit au 9^{ème} amendement de la Constitution (pp. 152- 153).

63. *Ibid.*

64. *Id.*, 163.

65. *Ibid.*

66. *Ibid.*

interdire l'avortement car le foetus n'est pas encore devenu viable⁶⁷.

- c) Enfin, à partir du troisième trimestre, on peut interdire l'avortement. L'Etat acquiert un intérêt suffisant puisque le foetus est alors devenu viable⁶⁸.

- 3- Si par hypothèse l'intérêt de l'Etat était suffisamment important, les moyens utilisés par le législateur sont-ils nécessaires pour atteindre la fin? La Cour a répondu non⁶⁹.

Par conséquent, la loi était invalide.

L'affaire *Roe v. Wade* illustre très bien comment cette version du «*substantive due process*» a laissé aux juges le moyen de contrôler la sagesse et l'opportunité de la loi sur l'avortement. C'est un peu comme si la Cour disait:

«Très bien, le législateur a un intérêt important à protéger la vie potentielle du foetus. Il a jugé approprié de protéger cette vie potentielle dès la conception. Voyons voir ... A notre avis, il n'est pas approprié de calculer cet intérêt à partir de la conception. L'intérêt de l'Etat n'est important que lorsque le foetus est viable».

En vertu de quel principe la Cour peut-elle décider que l'intérêt suffisant de l'Etat n'apparaît qu'au moment de la «viabilité» et non de la conception? N'est-ce pas réviser l'opportunité de la politique législative à l'effet qu'il y a un intérêt important à protéger la vie humaine potentielle dès la conception⁷⁰?

67. *Id.*, 163-164.

68. *Id.*, 164-165.

69. *Id.*, 164. Il faut cependant noter que la Cour n'a fait qu'effleurer cette question.

70. Si on ajoute à cela l'affirmation suivante de la Cour: «We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer» (*id.*, 159). On peut alors s'interroger sur la question de savoir

De même la Cour a semblé dire:

«D'accord, nous admettons que le législateur a un intérêt important à protéger la santé de la mère. Il prétend cependant que cet intérêt est important dès le début de la grossesse. Voyons voir ... A notre avis, il n'est pas approprié de réglementer l'avortement dès le premier trimestre puisque selon nous la santé de la mère n'est pas particulièrement menacée avant le second trimestre».

Encore une fois une telle analyse conduit la Cour à réviser et à apprécier la sagesse et l'opportunité de la loi. Les tribunaux devaient considérer un tas de données médicales susceptibles d'être modifiées suite à de nouvelles recherches (par exemple, jusqu'à quel point la santé de la mère est-elle en danger si l'avortement a lieu au premier trimestre? ...), afin de les soupeser et les évaluer⁷¹. C'est le genre de décision qui semble relever principalement du domaine du pouvoir législatif et qui transforme le contrôle judiciaire en «superlégislature».

pourquoi la Cour a choisi le critère de la «viabilité» alors que le législateur avait préféré celui de la «conception». Voir l'opinion dissidente du juge O'Connor *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983). Pour elle, le critère de la «viabilité» évolue en même temps que la technologie moderne qui permet de donner au foetus une existence indépendante de plus en plus près de la conception (pp. 454 et ss).

71. Voir la critique de LUSKY, *By What Rights?* (1975), pp. 16-17. Voir aussi COX, *The Role of the Supreme Court in American Government*, 1977. «My criticism of *Roe v. Wade* is that the Court failed to establish the legitimacy of the decision by articulating a precept of sufficient abstractness to lift the ruling above the level of a political judgment based upon the evidence currently available from the medical, physical, and social sciences [...]. The failure to confront the issue in principled terms leaves the opinion to read like a set of hospital rules and regulations, whose validity is good enough this week but will be destroyed with new statistics [...]», p. 113. Voir l'opinion dissidente du juge O'Connor dans *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, *supra*, note 70.

Ce tableau trace à grands traits les aspects de la doctrine de «*substantive due process*» nécessaires à la compréhension de la discussion qui va suivre. Il n'a, de surcroît, aucune autre prétention. Il a voulu faire voir que les tribunaux ont contrôlé la sagesse et l'opportunité des lois et des politiques sous-jacentes d'une part en interprétant le mot «liberté» au-delà de son sens traditionnel (limité à la protection contre les détentions) mais surtout, d'autre part, en interprétant l'expression «*due process of law*» bien au-delà de son sens original limité aux garanties en matière procédurale. Cette expression a été interprétée comme exigeant que les lois limitant les droits fondamentaux comme la vie, la liberté et la propriété doivent être «raisonnables». Pour diverses raisons, les tribunaux se montrèrent très sévères. Ils scrutaient directement les objectifs de la loi pour voir s'ils étaient légitimes (avant 1937) ou s'ils se justifiaient en vertu d'un intérêt suffisant (après 1937). Ensuite, ils scrutaient attentivement la relation entre les moyens et l'objectif de la loi contestée. C'est vraiment la sévérité de ce processus qui a amené les tribunaux américains à contrôler la sagesse et l'opportunité du contenu et des politiques sous-jacentes aux lois. Il n'est donc pas surprenant de lire chez beaucoup d'auteurs américains qu'il y a eu comme une usurpation du pouvoir législatif par le pouvoir judiciaire⁷².

Dans ce commentaire, lorsque je parlerai d'un contrôle de sagesse et d'opportunité du contenu et des politiques sous-jacentes aux lois, j'aurai à l'esprit une doctrine qui, comme le «*substantive due process*», permet au pouvoir judiciaire de substituer directement

72. Par exemple, dans son volume *By what Rights?*, *ibid*, le professeur Lusky écrivait: «I am reluctantly compelled to conclude that a small but significant number of the Court's recent decisions must be disapproved not as casual aberrations but as *usurpations of power*», p. 6. Les italiques sont de nous. B. SCHWARTZ, *The Law in America, a History* (1974): «The Lochner Court struck down the statute as unreasonable because a majority of the justices disagreed with the economic theory on which the state legislature had acted», p. 107. Le professeur Perry a écrit: «[T]he Court struck down a policy choice made by an electorally accountable branch of government - in *Roe*, for example, a state legislature - and supplanted it with a policy choice of its own». *The Constitution, the Courts, and Human Rights*, 1982, p. 1. Voir généralement TRIBE, *supra*, note 24, pp. 926 et ss.

son opinion à celle du législateur sur des questions de nature essentiellement politique (*policy*). Particulièrement, j'aurai à l'esprit une doctrine dont les critères permettent aux tribunaux de censurer, pour des motifs discrétionnaires et subjectifs, les objectifs d'une loi et les moyens choisis par le législateur.

DEUXIEME PARTIE: LA THEORIE CONSTITUTIONNELLE GENERALE.

Une question essentielle à laquelle devait répondre la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* était de «savoir si l'expression «principes de justice fondamentale» a une acception qui vise le fond (*substantive*) ou seulement la procédure (*procedural*)»⁷³. Par garanties «procédurales» je référerai à des principes qui garantissent l'application d'une certaine procédure jugée équitable. Par exemple, le principe à l'effet que tous les prévenus ont le «droit d'être entendu» avant d'être condamnés ou qu'une personne détenue a droit à l'*habeas corpus*. Par garanties qui visent le «fond» ou «garanties substantives», je penserai, *pour cette partie seulement*, à la doctrine ou à une doctrine semblable à «*substantive due process*». C'est sous l'angle de cette dichotomie que la question fut posée à la Cour suprême⁷⁴.

Pour la Cour, il s'agissait d'une «formulation étroite et restrictive de la question»⁷⁵. Ce fut pour rejeter cette alternative qui réduisait «le débat presque à un choix entre tout ou rien»⁷⁶ que la Cour a énoncé les fondements d'une théorie constitutionnelle générale canadienne⁷⁷. Bien que cette théorie dépasse le cadre restreint de l'article 7 et vise toutes les garanties de la *Charte*, elle a permis d'aborder la question sous un angle différent compatible avec nos traditions constitutionnelles.

73. *Supra*, note 1, p. 498. Les mots «*substantive*» et «*procedural*» entre parenthèses ont été ajoutés par moi. Ils correspondent cependant aux termes utilisés dans la version anglaise.

74. Dans la prochaine partie portant sur la théorie constitutionnelle restreinte proposée par la Cour suprême, j'entendrai par garanties «substantives» tous les principes qui ne sont pas relatifs à la procédure mais qui se qualifient de «justice fondamentale» au sens de l'article 7 de la *Charte*.

75. *Supra*, note 1, p. 498.

76. *Ibid.*

77. *Supra*, note 1, pp. 495 à 500.

Dans l'opinion du juge Lamer, la théorie ne fut qu'ébauchée. Cependant, le lecteur peut y découvrir certaines propositions-clés. Pour les fins de ce commentaire je les diviserai en une proposition générale et en trois propositions spécifiques.

Proposition générale: La *Charte* s'insère dans un ordre constitutionnel préexistant. Elle n'a donc pas causé de révolution constitutionnelle.

Propositions spécifiques:

1ère Proposition: La *Charte* n'a modifié que la portée du processus de décision constitutionnelle et non sa nature.

2ième Proposition: La *Charte* a sanctionné la légitimité du processus de décision constitutionnelle.

3ième Proposition: Pour être incorporées en droit constitutionnel canadien, les théories et les doctrines constitutionnelles américaines doivent être compatibles avec la nature et la légitimité du processus de décision constitutionnelle canadien.

Implicitement, la question de fond qui se posait était la suivante⁷⁸: l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution, et en particulier de l'article 52, a-t-il produit une révolution constitutionnelle? La *Charte* s'insère-t-elle dans l'ordre constitutionnel préexistant ou implique-t-elle une rupture? A mon avis, la réponse de la Cour est catégorique: la *Charte* s'insère dans un ordre constitutionnel préexistant⁷⁹. La discussion qui va suivre consiste à démontrer la justesse de cette affirmation.

78. *Ibid.*

79. Cette prise de position n'a pas que de l'importance pour l'article 7. Elle vise tout le processus de décision constitutionnelle. Elle vise donc toutes les garanties de la *Charte*.

ière proposition: La Charte n'a modifié que la portée du processus de décision constitutionnelle et non sa nature.

La nature du processus de décision constitutionnelle (*process of constitutional adjudication*) est directement reliée à la question de la légitimité politique du pouvoir judiciaire. C'est généralement pour conserver une certaine légitimité du point de vue politique que les tribunaux circonscrivent eux-mêmes la nature du processus décisionnel. Malheureusement, il n'y a pas d'absolu en matière de légitimité politique. Celle-ci dépend directement de la théorie politique acceptée qui, ultimement, est métaconstitutionnel⁸⁰.

En général, en Angleterre, au Canada et aux Etats-Unis, la «théorie démocratique» est paradigmatique. Dans son acception la plus simple, cette théorie peut se résumer ainsi: les décisions politiques doivent être prises par une assemblée législative dont les membres élus sont responsables devant l'électorat⁸¹. Dans la mesure où le pouvoir judiciaire, dont les membres ne sont ni élus ni responsables devant l'électorat, est appelé à se prononcer sur des questions politiques, il apparaît antidémocratique et, par conséquent, illégitime⁸². Or, il est difficile de nier qu'en matière d'interprétation

80. Voir TRIBE, *supra*, note 24, p. 47.

81. Une personne est directement responsable si elle prend elle-même les décisions politiques et qu'elle retourne en élection après un certain temps. Elle est indirectement responsable si elle est nommée à un poste et y demeure à la discrétion de celui qui l'a nommé qui lui, doit retourner en élection, ou si elle est nommée temporairement, mais dont le mandat est renouvelable. J.H. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Supreme Court*, (1980).

82. Alexander Bickel écrivait au sujet du contrôle judiciaire américain: «[N]othing can finally depreciate the central function that is assigned in democratic theory and practice to the electoral process; nor can it be denied that the policy-making power of representative institutions, born of the electoral process, is the distinguishing characteristic of the system. Judicial review works counter to this characteristic». *The Least Dangerous Branch*, (1962), p. 19. «Judicial review is counter-majoritarian force in our system» (p. 16). «... a deviant institution in the American democracy» (p. 18). Voir

constitutionnelle, et j'ajouterais même en matière d'interprétation des lois, les tribunaux énoncent des propositions juridiques (règles ou principes) qui, si elles ne sont pas elles-mêmes essentiellement politiques, ont un impact fort important sur l'évolution politique du pays⁸³. Pour cette raison seule il est facile de critiquer la légitimité du pouvoir judiciaire⁸⁴.

L'histoire constitutionnelle anglaise enseigne que les tribunaux britanniques, par toutes sortes de techniques juridiques, ont circonscrit la nature de leur processus décisionnel de façon à le rendre le plus légitime possible. La reconnaissance graduelle du principe de la suprématie du parlement jusqu'au 18^{ème} siècle nous fournit un excellent exemple de cette affirmation. Jusqu'au 17^{ème} siècle, certains *obiter dicta* laissaient entendre que les tribunaux contrôlaient la validité des lois. Ainsi, Lord Coke, dans l'affaire du *Dr. Bonham* (1610), écrivait:

«When an act of parliament is against common right or reason, or repugnant or impossible to be performed, the

aussi CHOPER, *ibid.* chap. 1: «Irrespective of the content of its decisions, the process of judicial review is not democratic because the court is not politically responsible institution ... [it] is in conflict with the fundamental principle of democracy ...» (p. 10).

83. Voir par exemple l'étude de Paul WEILER, *In the Last Resort* (1974). Alexander Bickel écrivait dans *The Supreme Court and the Idea of Progress* (1970), p. 82: «Constitutional judgment is a high policy-making function performed in a political democracy ...». Voir également RUSSELL, «The Effect of the Charter: Policy-Making Role of Canadian Courts», 25 *Can. Pub. Adm.* 1. Voir aussi BELL, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, 1983.
84. Je discuterai brièvement dans la prochaine section de l'argument de la Cour suprême qui consiste à affirmer que le contrôle judiciaire est légitime au Canada. Comme le mentionnait le professeur GOLD, dans «The Rhetoric of Constitutional Argumentation», (1985) 35 *U. Toronto L.J.* 154, «The issue is typically framed in terms of the legitimacy of judicial review, and while Canadian constitutional scholars have not completely ignored the issue, it has never been at the core of the scholarly agenda» p. 155.

common law will control and adjudge such act to be void»⁸⁵.

Cependant, suite à la révolution de 1688, lorsque l'Angleterre s'engagea sur la voie de la démocratie⁸⁶, les tribunaux reconnurent graduellement le principe de la suprématie du parlement⁸⁷. Désormais, conformément à la théorie constitutionnelle anglaise, les décisions politiques devaient relever du parlement. Seule cette institution pouvait prétendre représenter effectivement la volonté populaire. Par conséquent, de façon à conserver une certaine légitimité, les tribunaux ont circonscrit la nature du processus décisionnel: aucune loi ne devra être invalidée par la Cour; les juges se contenteront d'interpréter et d'appliquer la loi⁸⁸.

Au Canada, les tribunaux devaient composer avec le principe du fédéralisme reconnu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁹. Ce principe fut interprété comme attribuant aux tribunaux le pouvoir

-
85. *Dr. Bonham's Case*, (1610) 8 Co. Rep. 114a (C.P.). La portée exacte de cette affirmation est cependant controversée. Voir J.W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, (1961) pp. 35 et ss.
86. Evidemment je ne prétends pas que le système politique anglais devint démocratique du jour au lendemain. Le processus fut long et il faut attendre la fin du 19ième siècle, voire même 1918 (vote des femmes), pour parler de véritable représentation démocratique.
87. PHILLIPS et JACKSON, *Phillips' Constitutional and Administrative Law*, 6e éd., 1978, p. 43.
88. C'est là la conception traditionnelle de la portée du principe de la «souveraineté du parlement». Pour les fins de ce commentaire, je n'ai pas besoin de la critiquer. Cependant, il est fort possible qu'une analyse critique du rôle des tribunaux en matière d'interprétation des lois nous conduise à remettre en question la théorie classique. Ce n'est donc pas mon objectif de discuter des distinctions à faire entre «l'interprétation» d'une norme tirée d'un texte de loi et la «création» (*judicial policy-making*) de la norme.
89. *La Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), S.R.C. 1970, Annexe II, no 5.

de contrôler la validité des lois⁹⁰. De prime abord, il y a donc incompatibilité entre l'exigence du fédéralisme canadien et la suprématie du parlement⁹¹. Cependant, pour réconcilier ces deux principes et acquérir une certaine légitimité, les tribunaux canadiens ont eux-mêmes circonscrit la nature du processus de décision constitutionnelle.

Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, la Cour suprême nous rappelle qu'en matière de partage des pouvoirs, les tribunaux devaient nécessairement contrôler le *contenu* des lois contestées. En effet, de façon à décider si une loi se rattachait à une catégorie de sujets attribués au législateur concerné⁹², la Cour devait d'abord déterminer quelle était la «matière» ou «l'aspect dominant» de la loi litigieuse. La nature même de cette enquête nécessite une analyse du contenu de la loi. La Cour s'inspecte plusieurs éléments (dont le

90. Dans *In the Last Resort*, *supra*, note 83, Paul Weiler écrit: «[T]here is no record of an explicit consensus among the Fathers of Confederation that Canadian federalism did require judicial review, and there is some indication that they believed conflicts of jurisdiction would rarely arise» (pp. 164-165) ... «There is no logical necessity for judicial review in a federal system, even though federalism by its very nature involves the creation of limited legislative powers» (p. 165).

91. Dans *In the Last Resort*, *supra*, note 83, Weiler a proposé de remettre aux divers gouvernements le pouvoir de contrôler la validité des lois, ce qui aurait pour conséquence de rendre l'élaboration de la constitution du Canada plus démocratique et plus fonctionnelle.

92. Principalement, les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 89.

but et l'effet de la loi) et détermine l'aspect dominant⁹³. C'est pourquoi le juge Lamer écrit:

«L'aspect nouveau de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n'est cependant pas le fait qu'elle accorde subitement aux tribunaux le pouvoir d'examiner le contenu des lois. Les tribunaux le font depuis un bon nombre d'années quand ils se prononcent sur la constitutionnalité d'une loi»⁹⁴.

En exécutant cette tâche, toutefois, les tribunaux ont toujours prétendu avoir le devoir de ne pas apprécier la *sagesse* et l'*opportunité* du contenu et des politiques sous-jacentes aux lois⁹⁵. C'est pourquoi, en théorie constitutionnelle, toutes les lois, mêmes les plus absurdes, mêmes les plus révoltantes, étaient valides dès que la Cour

93. La recherche de l'aspect dominant peut ne pas se limiter à une analyse du contenu de la loi. La Cour peut avoir recours à la preuve extrinsèque. Voyez la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, (1984) 1 R.C.S. 297, pp. 315 et ss. Voir aussi HOGG, «Proof of Facts in Constitutional Cases», (1976) 26 *U. Toronto L.J.* 386. De plus, comme la matière de la loi n'apparaît pas de façon mathématique ou purement logique, le juge doit souvent décider, en dernière analyse, par intuition. Y. OUELLETTE, «Les frères ennemis: la théorie de la qualification face à la législation déguisée», (1967) 2 *R.J.T.* 53. Tout cet exercice cherche toutefois à faire ressortir l'aspect dominant du contenu de la loi.

94. *Supra*, note 1, p. 496.

95. *Le Procureur Général de l'Ontario v. Le Procureur général du Canada*, (1912) A.C. 571, 583: «On ne saurait trop insister sur le fait qu'aucune Cour de justice n'a un mot à dire sur le mérite, l'opportunité ou la politique d'une loi» (tiré du volume de CHEVRETTE et MARX, *Droit constitutionnel*, 1982, p. 177). Voir généralement HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd., 1985, 261. Une étude plus complète exigerait une analyse des décisions constitutionnelles pour vérifier si l'application des divers critères est conforme aux énoncés de principe. Voir *infra*, note 96.

concluait que leur aspect dominant se rattachait à une catégorie acceptable de sujets⁹⁶.

-
96. Il est des cas où la Cour a semblé invalider des lois absurdes ou choquantes en camouflant l'appréciation de la sagesse derrière la logique abstraite de l'argument constitutionnel. Voir, par exemple, *Union Colliery Company of British Columbia Ltd v. Bryden*, (1899) A.C. 580 et *Crickard et al. v. Attorney General for British Columbia*, (1958) 14 D.L.R. (2e) 58.

Dans d'autres cas, en particulier lorsque la Cour applique la doctrine de la «loi déguisée», la ligne de démarcation entre la sagesse et la validité de la loi est très ténue. Voir le commentaire de LASKIN, «A Note on Canadian Constitutional Interpretation», (1943-44) 5 *U. Toronto L.J.* 171. Cependant, dans la plupart de ces cas, il peut être dit que l'analyse de la sagesse de la loi n'était qu'un élément à considérer pour qualifier l'aspect dominant de la loi. Par exemple, un législateur pouvait très bien prétendre avoir adopté une loi relative à une matière qui relève de sa juridiction. Parfois, la Cour devait quand même vérifier si les effets de la loi étaient compatibles avec cette prétention. Si elle concluait que le seul effet ou l'effet déterminant de la loi était relatif à une matière qui ne relève pas de sa juridiction, la loi ne pouvait pas être qualifiée comme on le prétendait. Il est évident que l'analyse de l'effet de la loi dans ce cas impliquait un contrôle de l'efficacité des moyens choisis par le législateur. Mais cette analyse n'était qu'accessoire à l'analyse principale qui était de trouver l'aspect dominant de la loi. La loi n'était pas jugée invalide pour la simple raison que ses moyens étaient déraisonnables ou inopportuns; on l'invalidait parce que la loi avait principalement pour effet de régler une matière qui relevait de l'autre champ de juridiction. Le contrôle de la sagesse de la loi en matière de division des pouvoirs est très limité et ne permet pas qu'une loi soit invalidée simplement pour son absurdité ou son injustice. Voir cependant les décisions citées au début de cette note. C'est ainsi que nous pouvons distinguer l'analyse de la sagesse en matière de division des pouvoirs et la doctrine du «*substantive due process*». Voir, *supra*, première partie. Il est possible que la *Charte* exige un certain contrôle de l'opportunité du contenu de la loi dans son aspect limité d'une analyse des effets. La Cour sera probablement amenée à scruter l'effet réel de la loi. *R. v. Big M. Drug Mart Ltd*, (1985) 1 R.C.S. 295, 331 et ss. Cependant, ce contrôle de l'opportunité des

Ainsi, avant 1982, on pouvait laconiquement définir la nature du processus de décision constitutionnelle de la façon suivante: les tribunaux ont le devoir de contrôler le contenu des lois et ont le devoir de ne pas contrôler la sagesse et l'opportunité du contenu et des politiques sous-jacentes aux lois. Cette délimitation de la nature du processus de décision constitutionnelle était directement inspirée par un souci de conserver une certaine légitimité démocratique. Il fallait réconcilier le principe du fédéralisme avec le principe de la suprématie du parlement qui traduisait au plan juridique l'idéal démocratique.

Si jamais, par l'enchéassement de la *Charte*, le processus de décision constitutionnelle permettait aux tribunaux de contrôler la sagesse et l'opportunité des lois, nous devrions conclure, qu'en théorie du moins, sa nature a été modifiée⁹⁷.

Or, le juge Lamer déclare:

«Ni avant, ni après l'adoption de la Charte, les tribunaux n'ont été habilités à se prononcer sur l'à-propos des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois. Dans l'un et l'autre cas toutefois, les tribunaux ont le pouvoir et même le devoir d'apprécier le contenu de la loi en fonction des garanties accordées par la Constitution ...»⁹⁸.

Pour la Cour suprême,

moyens de la loi ne découle pas du tout du sens particulier à donner à l'article 7. Il découle de la méthode analytique utilisée dans le processus de décision constitutionnelle au Canada. Dans cette perspective, il ne faut pas prétendre qu'il y a eu un changement de nature des décisions constitutionnelles depuis 1982.

97. Remarquez que cette hypothèse est toujours possible. Un texte pourrait expressément exiger cela ou pourrait être interprété comme impliquant nécessairement un certain contrôle de la sagesse et de l'opportunité de la loi. En affirmant cette proposition, je n'entends pas discuter de la portée ni de l'interprétation donnée à l'article 1 de la *Charte* par la Cour suprême dans l'affaire *R. v. Oakes*, (1986) 65 N.R. 87.
98. *Supra*, note 1, p. 496. Les italiques sont de nous.

«[C]’est la portée des décisions constitutionnelles qui a été modifiée *plutôt que leur nature*, du moins pour ce qui est du droit d’examiner le contenu de la loi»⁹⁹.

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 préexistant. Les tribunaux peuvent et doivent scruter le contenu des lois mais ne doivent pas s’immiscer dans un contrôle de sagesse et d’opportunité des lois. Un tel contrôle modifierait la nature des décisions constitutionnelles et les rendrait illégitimes.

Par conséquent, la nature même de la doctrine américaine appelée «*substantive due process*» ou de toute autre doctrine qui, comme elle, conduirait les tribunaux à contrôler la sagesse et l’opportunité des lois est *prima facie* incompatible avec la théorie constitutionnelle générale canadienne et ne pourrait pas, sans commettre une rupture, être incorporée au droit canadien.

Par cette démonstration, la Cour rejetait l’argument défendu par quelques auteurs au Canada à l’effet que l’expression «principes de justice fondamentale» devait recevoir un sens semblable à «*substantive due process*»¹⁰⁰.

2ième proposition: La Loi constitutionnelle de 1982 a sanctionné la légitimité du processus de décision constitutionnelle.

La Cour suprême laisse entendre que si la question de la légitimité des décisions constitutionnelles au Canada n’était pas clairement résolue avant 1982, l’entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* l’a «pour le meilleur ou pour le pire»¹⁰¹ réglée. C’est pourquoi elle ajoute:

«On doit aborder les décisions en vertu de la *Charte* en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité»¹⁰².

99. *Ibid.* Les italiques sont de nous.

100. Voir par exemple WHYTE, *supra*, note 15.

101. *Supra*, note 1, p. 497.

102. *Ibid.*

On a déjà dit que la légitimité politique d'un acte gouvernemental donné dépend d'une théorie métaconstitutionnelle donnée qui, généralement, au Canada, correspond à la théorie démocratique. Par conséquent, pour la Cour suprême, les décisions constitutionnelles rendues en vertu de la *Charte* devront être compatibles avec les conditions et les caractéristiques d'une démocratie.

L'argument donné par la Cour à l'appui de cette affirmation est très laconique.

«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»¹⁰³.

Ce passage est susceptible d'être interprété de plusieurs façons. On pourrait d'abord y lire ceci: puisque les représentants élus ont délégué aux tribunaux le dernier mot en matière d'interprétation constitutionnelle, ces derniers ont acquis la légitimité démocratique nécessaire qui leur donne les coudées franches¹⁰⁴. Cette première interprétation est la moins sérieuse et doit être rejetée. Nous avons vu plus haut que la nature du processus de décision constitutionnelle était circonscrit au Canada: les juges ne doivent contrôler ni la sagesse ni l'opportunité des lois. C'est pourquoi la Cour n'est pas sans contrainte. Pour être légitime, chaque nouvelle doctrine, chaque nouvelle théorie, chaque nouveau principe doit être conforme à la nature du contrôle judiciaire des lois au Canada.

Ce passage peut recevoir au moins deux autres interprétations. D'une part, on peut y lire une tentative pour réconcilier le contrôle judiciaire des lois en vertu de la *Charte* avec la théorie démocratique traditionnelle que l'on peut appeler la théorie «majoritaire» (*majoritarian*) et, d'autre part, on peut y voir une invitation à

103. *Ibid.*

104. C'est la conception la plus large du contrôle judiciaire qui autorise le juge à être très interventionniste (*activist*) et même à inclure dans la constitution ses propres valeurs. Pour une discussion de cette approche, voir ELY, *supra*, note 26, p. 44 et ss.

modifier la théorie démocratique qui servait de paradigme avant 1982.

La théorie «majoritaire» est certainement la conception de la démocratie la plus répandue et la plus partagée. C'est aussi la plus radicale. Cette théorie prétend que toutes les décisions politiques (au sens le plus large possible) doivent être prises à la majorité des représentants élus. Aucune entrave ne doit limiter les décisions majoritaires. Le seul contrôle des politiques gouvernementales se fait par des élections populaires à la fin de chaque mandat¹⁰⁵. Pendant longtemps en Angleterre, aux Etats-Unis et au Canada, c'est probablement cette version de la démocratie qui a principalement servi de paradigme. Il est traditionnel d'enseigner qu'en Angleterre, on a traduit cet idéal politique en théorie constitutionnelle par le principe de la «souveraineté du parlement»¹⁰⁶.

A la lumière de cette version de la démocratie, le contrôle judiciaire des lois est nécessairement illégitime. D'une part, parce que les juges ne sont ni élus, ni responsables de leurs décisions devant l'électorat, ni représentants de la majorité et élaborent, par leurs décisions, des politiques (*judicial policymaking*). D'autre part, parce que ces mêmes juges invalident des lois ou des décisions gouvernementales qui ont été, elles, légitimement adoptées à la majorité des représentants élus qui sont responsables devant l'électorat. Il y a donc une incompatibilité certaine entre la proposition à l'effet que le contrôle judiciaire des lois est légitime et la théorie «majoritaire». Il est logiquement impossible de les réconcilier. La *Charte* demande, entre autres, à la Cour de protéger les minorités contre les majorités alors que la théorie «majoritaire» exige que

105. Voir par exemple F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, 1960, chap. 7; CHOPER, *supra*, note 81, chap. 1.

106. *Supra*, note 87. Nous avons déjà dit que le Canada a aussi reconnu le principe de la souveraineté du parlement mais qu'il avait dû l'équilibrer avec le principe du fédéralisme. Voir la section précédente. Par ailleurs, s'il est vrai que la théorie «majoritaire» a servi de paradigme en Angleterre, il n'est pas aussi certain que les tribunaux ont réussi à lui donner son plein effet. Autrement dit, il est probable que le principe de la «souveraineté du parlement» n'ait jamais eu en pratique toute la portée que la théorie lui a attribuée. Il n'entre cependant pas dans mon propos de discuter ici de cette hypothèse.

l'on donne effet à la volonté de la majorité¹⁰⁷. Un démocrate cohérent qui adopte la théorie «majoritaire» comme paradigme devrait s'opposer à l'idée même d'une charte constitutionnelle¹⁰⁸. C'est pourquoi il est douteux que la Cour suprême ait tenté, dans un passage aussi court, de réconcilier le contrôle judiciaire des lois en vertu de la *Charte* avec la théorie démocratique «majoritaire». C'eut été un exercice bien futile.

Par ailleurs, le démocrate qui adopte la théorie «majoritaire» comme paradigme et qui étudie le droit constitutionnel canadien fait face à l'irréconciliable: une charte des droits est bel et bien enchâssée dans la Constitution. Par souci de cohérence, il adoptera une théorie atténuée de la conception «majoritaire». Il se fera alors l'apôtre de la retenue judiciaire (*passivism*) et s'opposera à l'interventionnisme judiciaire (*activism*). Il plaidera que toutes les dispositions abstraites de la *Charte* doivent recevoir une interprétation restrictive et étroite. Pour lui, c'est la seule façon de se rapprocher le plus possible de son idéal démocratique. Si les garanties constitutionnelles sont interprétées restrictivement, ce ne sera que de façon exceptionnelle que les tribunaux invalideront les décisions adoptées par la majorité des représentants élus. De plus, c'est souvent le sens le plus étroit des garanties constitutionnelles qui obtient le plus grand consensus populaire et qui, par conséquent, est le plus démocratique¹⁰⁹.

Bien que cette conception du contrôle judiciaire ne soit déjà plus compatible avec la théorie «majoritaire», elle s'en inspire directement. Elle demande aux tribunaux de circonscrire la nature du processus décisionnel à la lumière de cet idéal démocratique. A mon avis, il est tout aussi douteux que la Cour suprême ait endossé cette version atténuée de la théorie «majoritaire».

Il faut bien réaliser ici que c'est cette conception du contrôle judiciaire qui sous-tendait l'argumentation du Procureur Général de

107. ELY, *supra*, note 26, p. 8.

108. Voir la réflexion du professeur RUSSELL, «A Democratic Approach to Civil Liberties», (1969) 19 *U. Toronto L.J.* 109.

109. Voir par exemple DWORKIN, *Law's Empire*, 1986, pp. 373 et ss; *Taking Rights Seriously*, 1977; ELY, *supra*, note 26, pp. 63 et ss.

la Colombie britannique¹¹⁰. Ce dernier, comme bien d'autres, demandait à la Cour d'interpréter restrictivement l'expression «principes de justice fondamentale» de façon à préserver la légitimité du processus de décision constitutionnelle. La Cour cite un extrait du mémoire du Procureur général de l'Ontario:

« [...] le pouvoir judiciaire n'est ni élu ni responsable envers l'électorat pour le compte et sous l'autorité duquel les politiques sont choisies et mises en oeuvre dans les lois du territoire.»¹¹¹

On plaidait en conséquence que l'article 7 devait se limiter à des garanties procédurales seulement¹¹². Pour divers motifs, dont certains seront discutés plus loin, la Cour suprême rejette cet argument. Elle va donner à l'expression «principes de justice fondamentale» un contenu beaucoup plus large que les simples garanties en matière procédurale.

Il faut donc tirer une conclusion: la Cour rejette carrément la conception du contrôle judiciaire qui consiste à prôner la retenue judiciaire au nom d'un idéal démocratique fondé sur la théorie «majoritaire». A mon avis, le passage suivant confirme cette proposition:

«Le rôle de la Cour ne consiste pas à choisir entre l'aspect fond et l'aspect procédure en tant que tels, mais à assurer que les personnes «bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*» [...] »¹¹³.

Par le fait même, la Cour rejetait l'argument à l'effet que l'article 7 enchâssait quelque chose comme la doctrine américaine du «*procedural due process*». Mais que voulait dire la Cour si elle

110. Il semble que le procureur général de l'Ontario ait plaidé dans le même sens, *supra*, note 1, p. 497.

111. *Ibid.*

112. Remarquez que cette interprétation restrictive de l'article 7 avait d'ailleurs été suggérée par plusieurs auteurs au Canada. Voir par exemple HOGG, *supra*, note 95, pp. 748-749 et GARANT, «Libertés fondamentales et justice naturelle», *supra*, note 15.

113. *Supra*, note 1, p. 499.

ne référerait ni à la théorie «majoritaire» ni à la version atténuée de cette théorie?

La meilleure interprétation que doit recevoir le passage de la Cour cité au début de la présente sous-section est la suivante: les représentants élus, à la majorité, en enchâssant une charte des droits dans la Constitution, nous ont indiqué que, même pour eux, la théorie démocratique «majoritaire» 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 suspecte¹¹⁴.

Les décisions constitutionnelles ne seront désormais jugées légitimes que par rapport à une théorie politique compatible avec nos institutions démocratiques et libérales. Il est donc essentiel d'identifier cette théorie¹¹⁵. Voilà peut-être longtemps que nous

-
114. Remarquez que je prends pour acquis que la théorie «majoritaire» a été pendant longtemps le paradigme des juristes et des politicologues canadiens. Une toute autre question serait de savoir si, à la lumière de l'histoire constitutionnelle canadienne, nous avons raison de la considérer comme un paradigme. Voir *supra*, note 106. Cependant, si jamais la théorie «majoritaire» avait reçu sa pleine application dans la théorie constitutionnelle canadienne qui précédait l'enchâssement de la *Charte*, nous pourrions soutenir que le changement de paradigme impliquera une certaine «révolution» constitutionnelle. Cependant, à mon avis, et je ne fais que soulever l'hypothèse, une étude approfondie de la théorie constitutionnelle qui précéda 1982 montrerait que les tribunaux n'ont jamais parfaitement appliqué la théorie «majoritaire». En ce sens, il n'y aurait pas de «révolution» constitutionnelle. Ce qui, par ailleurs, ne nie pas qu'en théorie politique il peut y avoir eu une certaine «révolution». Celle-ci, cependant, serait tout au plus métaconstitutionnelle.
115. Voir à ce sujet les réflexions de DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *supra*, note 109, chap. 4 et 5. Discutant de la Constitution américaine et de la théorie majoritaire, il écrit:

avons besoin d'une autre théorie constitutionnelle et métaconstitutionnelle au Canada¹¹⁶. Avec l'enchâssement de la *Charte*, c'est devenu inévitable.

Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, la Cour n'a pas élaboré cette théorie politique compatible avec les réalités contemporaines. Elle donne quand même certaines balises. Comme on l'a dit, il sera légitime pour les tribunaux de contrôler le contenu des lois, à la condition qu'ils ne s'immiscent pas dans un contrôle de la sagesse et de l'opportunité de ce contenu et des politiques qui le sous-tendent. Aussi, la Cour n'a pas à adopter le sens le plus restreint et le plus étroit des garanties constitutionnelles. La *Charte* a pour objet de faire bénéficier pleinement les individus des garanties enchâssées. Enfin, elle a insisté sur le caractère unique mais combien important «des arts 1 et 33 de la *Charte* et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*»¹¹⁷. La théorie politique qui nous servira de paradigme devra rendre compte de ces éléments et être susceptible de fournir les paramètres indispensables à l'élaboration du processus de décision constitutionnelle canadien¹¹⁸.

«Why should we accept that view of democracy? To say that that is what democracy means does no good, because it is wrong to suppose that the word, as a word, has anything like so precise a meaning. Even if it did, we should then have to rephrase our question to ask why we should have democracy, if we assume that is what it means. Nor is it better to say that that view of democracy is established in the American Constitution, or so entrenched in our political tradition that we are committed to it. We cannot argue that the Constitution, which provides no rule limiting judicial review to clear cases, establishes a theory of democracy that excludes wider review, nor can we say that our courts have in fact consistently accepted such a restriction», p. 141.

116. La règle de la majorité est de toute façon partiellement mythique dans des sociétés aussi complexes que la nôtre. Voir P. WEILER, «Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version», (1984) 18 *Jour. L. Reform* 51, pp. 68 et ss. Voir aussi *supra*, notes 106 et 114.

117. *Supra*, note 1, p. 498.

118. Le professeur Weiler a esquissé une nouvelle théorie démocratique principalement fondée sur la présence de l'article 33 dans *supra*, note 116.

Le droit constitutionnel américain fait face à la même difficulté. Depuis une trentaine d'années maintenant, les auteurs réfléchissent à cette question du contrôle judiciaire dans une démocratie¹¹⁹. Le modèle «majoritaire» de la démocratie explique mal leur réalité constitutionnelle et politique. Les pensées se sont raffinées et depuis le milieu des années 70, la littérature nous offre une gamme d'options très articulées qui ont pour objet de définir la théorie politique qui devrait être acceptée et d'exposer la théorie constitutionnelle qui en découle. Ces options, parfois irréconciliables, ont l'avantage de proposer aux tribunaux diverses sphères d'intervention où le processus de décision constitutionnelle demeurerait légitime¹²⁰. Il appartient aux tribunaux de choisir celle qui leur semble la plus conforme aux institutions, aux réalités et aux besoins contemporains¹²¹.

3ième proposition: Pour être incorporées en droit constitutionnel canadien, les théories et les doctrines constitutionnelles américaines doivent être compatibles avec la nature et la légitimité du processus de décision constitutionnelle canadien.

-
119. Le débat remonte à la fin des années 50 avec les écrits de L. HAND, *The Bill of Rights*, (1958), et WECHSLER, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law» 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959) et au début des années 60 avec A. BICKEL, *supra*, note 82. Pour une critique, voyez DEUTSCH, «Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science» 20 *Stan. L. Rev.* 169, (1968).
120. Voici quelques monographies récentes à ce sujet. J. AGRESTO, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, 1984; R. BERGER, *Government By Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, 1977; A. BICKEL, *supra*, note 82; C. BLACK, *Decision According to Law*, 1981; P. BOBBITT, *Constitutional Fate*, 1982; J. CHOPER, *supra*, note 81; DWORKIN, *supra*, note 109; ELY, *supra*, note 26; PERRY, *supra*, note 72.
121. Dans son dernier volume, *Law's Empire*, *supra*, note 109, le professeur Dworkin écrivait: «The Constitution is foundational of other law, so Hercules' interpretation of the document as a whole, and of its abstract clauses, must be foundational as well. It must fit and justify the most basic arrangements of political power in the community, which means it must be a justification drawn from the most philosophical reaches of political theory», p. 380.

La question reproduite au début de cette seconde partie fut posée à la Cour en terme dichotomique: ou bien l'article 7 se limite à des garanties procédurales seulement, ou bien les tribunaux seront nécessairement amenés à scruter la sagesse et l'opportunité des lois. La Cour constate aisément que cette alternative est une copie conforme du droit américain qui oppose «*procedural due process*» à «*substantive due process*»¹²². En réalité c'est même une copie simpliste puisque «*substantive due process*» comprend différentes versions dont certaines n'impliquent aucun contrôle de sagesse ou d'opportunité des lois¹²³. Cet emprunt a été la principale source de confusion au sujet de l'interprétation à donner à l'expression «*principes de justice fondamentale*»¹²⁴.

Pour la Cour, il ne faut pas définir le droit constitutionnel canadien simplement en fonction du droit américain. La *Charte* doit s'interpréter en conformité avec les traditions constitutionnelles canadiennes les plus fondamentales.

«[N]ous rendrions un mauvais service à notre propre Constitution en permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions»¹²⁵.

Or, la question posée à la Cour transposait,

«... dans le contexte canadien une terminologie, une théorie et des concepts américains qui sont tous inextricablement liés aux problèmes associés à la nature et à

122. Pour une étude de la doctrine «*procedural due process*», voir *supra*, note 24, TRIBE, pp. 474 à 477 et 501 à 563 et GUNTHER, chap. 8.

123. Par exemple, le contrôle judiciaire des lois en matière socio-économique après 1937 n'exigeait qu'un lien rationnel entre les moyens et la fin. Voir *supra*, première partie.

124. Les écrits qui ont précédé la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* abordaient l'article 7 en fonction de cette dichotomie américaine relative à «*due process of law*». Voir *supra*, note 15.

125. *Supra*, note 1, p. 498.

la légitimité des décisions en vertu de la Constitution des Etats-Unis»¹²⁶.

Si la *Charte* ne constitue pas une révolution constitutionnelle mais s'insère dans un ordre constitutionnel préexistant, tout emprunt du droit américain doit d'abord être précédé de la question fondamentale suivante: est-ce que cette doctrine ou théorie américaine est compatible avec notre propre théorie constitutionnelle générale¹²⁷?

En l'espèce la Cour va répondre négativement. Pour elle, il existe des «différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions»¹²⁸. Sans élaborer sur le contenu de ces différences, la Cour ajoute laconiquement que dans la constitution américaine, «on ne trouve ni l'art. 52, ni le contrôle interne des arts 1 et 33»¹²⁹. Il appartiendra sans doute à la doctrine de démontrer l'exactitude et la pertinence de cette proposition¹³⁰.

126. *Ibid.*

127. Une telle question sera pertinente pour toute doctrine ou théorie constitutionnelle non-canadienne. Ceci impliquera une connaissance approfondie de l'histoire, de la théorie politique et morale qui sous-tend les divers systèmes de droit.

128. *Supra*, note 1, p. 498.

129. *Ibid.*

130. Nul ne s'objectera à la proposition générale à l'effet que les articles 1, 33 et 52 sont des distinctions fondamentales entre les deux documents. Cependant, il n'est pas évident qu'à elles seules, même posées en conjonction, elles écartent la doctrine du «*substantive due process*». En effet, les principales objections contre cette doctrine proviennent de son illégitimité. Il est par conséquent ironique de prétendre que les articles 1, 33 et 52 permettent aux tribunaux d'écarter cette doctrine alors qu'ils ont pour effet de légitimer le contrôle judiciaire des lois. D'une part, il peut être soutenu que l'article 33 a cet effet. D'autre part, l'article 52 a manifestement cet objet. L'article 1, dans la mesure où il autorise un contrôle de la «raisonnabilité» des lois, peut être interprété comme légitimant le contrôle judiciaire. En d'autres mots, on pourrait soutenir que ces trois articles, lus en conjonction, permettent l'introduction d'une doctrine comme celle du «*substantive due process*» plus aisément qu'aux Etats-Unis là où la constitution ne prévoit pas de disposition comme celles-là. A mon avis, il

La question au sujet de la portée de l'article 7 doit donc être formulée en des termes compatibles avec nos traditions. La formulation «étroite et restrictive de la question»¹³¹, empruntée du droit américain, excluait «l'absence de parti pris dans la recherche du sens de l'expression «principe de justice fondamentale»»¹³². Elle empêchait les tribunaux de donner à cette expression un sens original et compatible avec la nature et la légitimité du processus de décision constitutionnelle canadien.

Le juge Lamer, conformément à tout ce qui précède, admet donc que si la seule façon de résister à la tentation de contrôler la sagesse et l'opportunité des lois était de donner à l'expression «principes de justice fondamentale» un contenu procédural seulement,

«le corollaire qui en découlerait nécessairement et auquel je devrais alors souscrire serait que le législateur a voulu que l'expression «principe de justice fondamentale» vise la procédure seulement»¹³³.

Cependant, pour la Cour, nos traditions constitutionnelles permettent de donner à ces principes un contenu plus large que les seules garanties en matière de procédure sans pour autant être forcé de scruter la sagesse et l'opportunité des lois¹³⁴.

existe vraiment des différences structurelles fondamentales entre les deux théories constitutionnelles qui expliquent pourquoi le droit canadien ne doit pas incorporer la doctrine de «*substantive due process*». J'ai expliqué en quoi elles consistent ailleurs et je n'ai pas l'intention de revenir sur ce sujet ici. Voir *supra*, note 15. Cependant, dans la mesure où l'article 33 a préservé dans la théorie constitutionnelle canadienne le principe de la suprématie du parlement, le juge Lamer a raison de prétendre que cette disposition crée une distinction importante entre les deux documents.

131. *Supra*, note 1, p. 498.

132. *Ibid.*

133. *Supra*, note 1, p. 499.

134. Toute la question sera de déterminer les critères applicables au contrôle judiciaire des lois. Nous reviendrons sur cette question dans la prochaine partie.

«Depuis fort longtemps et même récemment, les tribunaux ont fait évoluer la *common law* au-delà des garanties en matière de procédure sans s'immiscer dans «le bien-fondé ou la sagesse» des textes législatifs»¹³⁵.

Ma troisième partie discutera de la théorie constitutionnelle restreinte qui délimitera la portée de l'expression «principes de justice fondamentale» en permettant à la Cour de scruter le contenu substantif des lois (le fond) sans en contrôler la sagesse ni l'opportunité des politiques sous-jacentes.

TROISIEME PARTIE: LA THEORIE CONSTITUTIONNELLE RESTREINTE.

La seconde partie a eu pour objet de démontrer que la Cour suprême avait posé les jalons d'une théorie constitutionnelle générale pour le Canada et de les examiner brièvement. Cette théorie affirme entre autres que la *Charte* s'insère dans un ordre constitutionnel préexistant. Par conséquent, la nature du processus de décision constitutionnelle n'a pas été modifiée et, de façon à lui conserver une certaine légitimité, les tribunaux doivent se garder de contrôler la sagesse et l'opportunité des lois. Cette théorie, a-t-on prétendu, est essentiellement incompatible avec la doctrine américaine appelée «*substantive due process*».

Cependant, comme toute position de principe, il est essentiel de vérifier si les critères d'une disposition donnée sont conformes à la théorie constitutionnelle générale, sans quoi il est indispensable de réévaluer cette théorie.

L'objectif général de cette troisième partie est de démontrer que la Cour suprême a articulé une théorie constitutionnelle restreinte pour tous les «principes de justice fondamentale» enchâssés à l'article 7 de la *Charte*, et que celle-ci est conforme à la théorie constitutionnelle générale.

En particulier, cette troisième partie examinera brièvement le raisonnement qui a permis à la Cour d'identifier la théorie constitutionnelle restreinte. Ensuite, j'analyserai le contenu de cette théorie. Enfin, dans une troisième section, j'étudierai trois aspects

135. *Supra*, note 1, p. 499.

de l'application de cette théorie: nous verrons que la théorie est fonctionnelle¹³⁶, qu'elle est compatible avec les traditions constitutionnelles anglo-canadiennes, et qu'elle permet une interprétation évolutive. Mon analyse prendra pour acquis que les «principes de justice fondamentale» ne sont pas limités aux simples garanties en matière de procédure mais que certains d'entre eux peuvent se qualifier de «substantifs»¹³⁷. Nous devons alors conclure que la théorie constitutionnelle restreinte n'incorpore pas en droit canadien la doctrine du «*substantive due process*»¹³⁸.

-
136. Elle procure aux juristes des «critères objectifs et faciles à appliquer». *Curr v. La Reine*, (1972) R.C.S. 889, pp. 899-900.
137. *Supra*, note 1, pp. 512-513. «Il ne faudrait pas se surprendre que de nombreux principes de justice fondamentale relèvent, de par leur nature même, du domaine de la procédure... Cela ne revient pas à dire cependant que les principes de justice fondamentale se limitent aux seules garanties en matière de procédure».
138. Mon objectif n'est pas d'analyser la décision en détail. Si tel était le cas, je discuterais des autres arguments de la Cour. Entre autres, il faudrait discuter de celui qui consiste à interpréter l'article 7 en fonction de son objet et des objectifs plus larges de la *Charte qui cherchent à «assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection»* (tiré de *R. v. Big M. Drug Mart Ltd*, *supra*, note 96, p. 344). Par conséquent, si l'expression «principes de justice fondamentale» recevait un sens étroit, on limiterait le droit des individus à la vie, à la liberté et à la sécurité. C'est pourquoi la cour rejette l'argument à l'effet que cette expression soit synonyme de «justice naturelle» (*supra*, note 1, p. 501). Aussi, un sens étroit aurait pour conséquence de donner à l'article 7 une portée plus restreinte que les articles 8 à 14 alors qu'il est plus général que ces derniers (*id.*, 502). De plus, les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada, bien qu'admissibles ont été jugés comme ayant une faible valeur probante. Trop de personnes ont été impliquées dans le processus de discussion, de rédaction et d'adoption de la *Charte*, (*id.*, 508). Egalement, une interprétation qui se façonne sur l'intention de certains témoins risque de geler le sens d'une Constitution que l'on veut évolutive. Enfin, la Cour rejette l'argument fondé sur la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, préambule, car l'expression «principe de justice fondamentale» à l'article 7

1° *De l'identification de la théorie restreinte.*

Ce n'est pas l'article 7 mais les articles 8 à 14 qui forment le point de départ de l'analyse qui cherche à construire une théorie constitutionnelle qui unifierait tous les «principes de justice fondamentale» enchâssés à l'article 7. Pour la Cour, les articles 8 à 14

«visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentales»¹³⁹.

D'un point de vue méthodologique, cette affirmation apparaît douteuse: elle affirme que les articles 8 à 14 sont des «exemples»¹⁴⁰ de ce que nous cherchons justement à définir. Comment peut-on affirmer que ces articles sont des «exemples» si nous ne savons pas ce que sont les «principes de justice fondamentale»? Cette proposition pourrait être interprétée comme un choix *a priori* plutôt qu'une conclusion.

A mon avis, il faut comprendre le raisonnement du juge Lamer ainsi: puisque les articles 8 à 14 «sont conçus pour protéger, d'une manière précise et dans un contexte précis, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne énoncés à l'article 7»¹⁴¹, nous devons nécessairement poser comme postulat qu'ils qualifient le droit en lui donnant certains paramètres. Or, l'objet des «principes de justice fondamentale» de l'article 7 est précisément d'établir les paramètres des intérêts protégés par le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité. Par conséquent, les articles 8 à 14 «sont des exemples d'atteintes à ce droit ... qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale»¹⁴².

Sans même connaître le sens de l'article 7, il faut présupposer que toute la section des articles 7 à 14 vise un objet fondamental: les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité ne peuvent être limités qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

modifie un droit beaucoup plus fondamental que le droit de l'alinéa 2(c) de la *Déclaration* (*id.*, 511.).

139. *Supra*, note 1, p. 502.

140. *Ibid.*

141. *Ibid.*

142. *Ibid.*

La Cour va même jusqu'à dire que «les arts 7 à 14 auraient pu être fondus en un seul article», en ajoutant, entre le texte de l'article 7 et les autres articles, la disposition qu'on retrouve souvent dans nos lois «et, sans limiter la généralité de ce qui précède (l'art. 7), ce qui suit est réputé constituer une violation des droits de la personne visés au présent article»¹⁴³. Par exemple, dans l'affaire *R v. Oakes*¹⁴⁴, l'article 11(d) de la *Charte* qui garantit à tout inculpé le droit «d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi ...» a été interprété comme relevant et faisant partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'article 7 de la *Charte*¹⁴⁵.

Cette façon de comprendre le raisonnement de la Cour explique ce qui va suivre. La Cour va bâtir une théorie constitutionnelle restreinte qui va unifier tous les exemples de «principes de justice fondamentale» enchâssés aux articles 8 à 14 de la *Charte*. Les «principes de justice fondamentale» non énumérés à l'article 7 de la *Charte* seront ceux qui peuvent se greffer à la théorie et qui se justifieront par elle. En d'autres mots, les principes enchâssés à l'article 7 découleront de cette théorie constitutionnelle unificatrice.

2° Du contenu de la théorie restreinte.

Pour bien comprendre le contenu de la théorie constitutionnelle restreinte unificatrice, il faut préciser les trois propositions suivantes énoncées par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*:

1ère proposition: les principes,

«ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la «dignité et la valeur de la personne humaine» ... et en «la primauté du droit»¹⁴⁶.

2ième proposition: les principes,

143. *Id.*, 502-503.

144. *Supra*, note 97.

145. *Id.*, 105.

146. *Supra*, note 1, p. 503.

«se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique»¹⁴⁷.

3ième proposition: les principes,

«ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales»¹⁴⁸.

Ces propositions apparaissent difficiles à réconcilier de prime abord. D'une part, elles cherchent à sanctionner la dignité et la valeur de la personne humaine et la primauté du droit (1ère proposition). D'autre part, les principes semblent se retrouver à la fois dans les préceptes fondamentaux du système juridique (2ième proposition) et à la fois dans la *common law* et dans les conventions internationales (3ième proposition). L'objet de cette seconde section est de démontrer qu'il existe une réelle correspondance entre les principes de justice fondamentale et chacune de ces trois propositions.

1er volet: *Quel lien existe-il entre les «principes de justice fondamentale» et la «dignité et la valeur de la personne humaine» et la «primauté du droit»?*

A mon avis, *aujourd'hui*, le meilleur moyen d'expliquer le lien entre les principes de justice fondamentale et la première proposition demeure ce qu'il est convenu d'appeler le «positivisme juridique». Pour les fins de cette section, il est suffisant d'utiliser cette théorie dans son acception la plus simple qui consiste non pas à nier l'influence de la morale sur le droit mais à nier que le droit et la morale sont fusionnés¹⁴⁹. Ainsi, les «principes de justice fonda-

147. *Ibid.*

148. *Ibid.*

149. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans les distinctions qui existent entre les théories positivistes de BENTHAM, *Of Laws in General*, ed. H.L.A. HART, (1970); AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, (1832), HART, *The Concept of Law*, (1961); ou KELSEN, *The Pure Theory of Law*, (1967), ni de les critiquer. Qu'il soit suffisant de rappeler que pour les positivistes, il existe une séparation entre le droit et la morale. Une règle de droit ne s'identifie pas par son contenu moral mais se reconnaît par la source de la règle (la loi ou la déci-

mentale» correspondent aux principes juridiques qui ont inséré dans la structure du système juridique (dans le droit) certaines valeurs fondamentales d'une philosophie morale donnée. Tant que l'autorité reconnue pour créer le droit n'a pas affirmé qu'une valeur morale particulière faisait partie du système juridique, cette dernière demeure extra-juridique et fait partie simplement de la philosophie morale. Cependant, lorsque l'autorité (par exemple le juge) déclare que cette valeur fait partie du système de droit, elle devient un principe ou une règle juridique¹⁵⁰. Les principes de justice dont on parle sont donc la traduction juridique de certaines valeurs morales¹⁵¹.

sion judiciaire, par exemple). Son contenu peut être bon ou mauvais, juste ou injuste. Par contre, les positivistes ne nient pas que la morale influence le contenu du droit ni que les juges décident parfois en se référant à des valeurs morales ou à des considérations socio-politiques. Ils nient cependant que les juges ont le devoir de rendre des jugements moraux. La valeur morale ou la considération socio-politique ne devient partie du système juridique que si on la trouve dans une source de droit reconnue, en l'occurrence la décision du juge.

150. Hart, parlait des règles de droit (*legal rule*). Dans *Taking Rights Seriously*, *supra*, note 109, Dworkin a démontré que le droit ne se limitait pas à un ensemble de règles mais incluait aussi des principes comme le principe à l'effet que «no man should profit from his own wrong» (qui est, en passant, un principe de justice inspiré par la morale). Il fait cette démonstration en se servant, entre autres, de l'affaire *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1886). Dans la section 3 du second chapitre, Dworkin nous esquisse certaines distinctions entre une règle de droit et un principe (pp. 22 et ss.). Le professeur Raz a poussé la réflexion plus loin dans son article «Legal Principles and the Limits of Law», 81 *Yale L.J.* 823. Pour les fins de l'article 7, nous devons considérer que les «principes» sont une forme de norme juridique au même sens que les «règles» (*legal rule*). En ce sens, j'adopte la conception de Raz pour qui la distinction entre une règle et un principe en est une de degré et non de nature (p. 838). Nous verrons plus loin, par contre, que la distinction entre les «règles juridiques» au sens de Hart et les «principes» au sens de Dworkin peut devenir très pertinente pour une interprétation évolutive de l'article 7.
151. Je me sers du modèle «positiviste» pour mieux saisir la relativité des options morales qui se présenteront aux juges. Je discuterai de cette question brièvement plus loin. Qu'il suffise

Si par ailleurs, ces principes juridiques peuvent se qualifier de «justice fondamentale», c'est que le contenu de ces principes correspond à peu près exactement au contenu de la valeur morale qui, à la lumière de la philosophie morale, peut se qualifier de «justice fondamentale».

Les corollaires de la «primauté du droit» et la «valeur et la dignité de la personne humaine» sont des exemples de valeurs que l'on retrouve en philosophie morale d'abord¹⁵² et qui peuvent se qualifier de «justice fondamentale». Par exemple, le principe selon lequel un juge doit entendre les parties avant de trancher un litige est un principe juridique qui doit se qualifier de «justice fondamentale» puisqu'il est un corollaire et a pour fondement une conception

de dire que les philosophes Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (1974), et Rawls, *A Theory of Justice* (1971), présentent deux conceptions différentes de ce qu'est la justice. Or, ces deux auteurs prétendent sanctionner la «dignité humaine». Seule une étude très approfondie de ces options pourra guider les tribunaux dans leur choix de nouveaux principes. Voir *infra*, la troisième section. Quoiqu'il en soit, le positivisme fait voir clairement que les tribunaux ont le choix entre diverses options morales et que ce sont eux, entre autres, qui les traduisent en termes juridiques en insérant des valeurs dans le système juridique sous forme de principes ou de règles de droit. Il est évident que la question générale de savoir comment un juge va décider d'insérer telle ou telle valeur dans le système juridique est fondamentale et comme telle dépasse le cadre de cet article.

152. Il va de soi que la «primauté du droit» relève aussi du domaine de la philosophie politique. Cependant, c'est l'aspect moral de la «primauté du droit» qui nous intéresse le plus ici. C'est en effet par l'aspect moral que nous pouvons parler de «justice fondamentale». Par ailleurs, il y a un chevauchement certain entre l'aspect politique et l'aspect moral de la «primauté du droit» (par exemple, le principe à l'effet que le souverain ne doit pas agir arbitrairement ou capricieusement chevauche les deux aspects). Les corollaires les plus célèbres sont sans doute ceux exposés par Dicey dans son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (10th ed.), 1959. Cependant, l'un des exposés les plus complets se trouve dans *The Rule of Law and Human Rights*, 1966, rédigé par la Commission internationale des juristes. Mon objectif n'est pas de discuter du contenu exact du principe de la «primauté du droit».

de la justice qui a foi en la «dignité et la valeur de la personne humaine» et en la «primauté du droit». Les principes reconnus aux articles 8 à 14 sont donc des exemples de principes de justice fondamentale puisqu'ils sont la sanction juridique de certaines valeurs jugées fondamentales par une philosophie morale donnée.

Il est certainement utile de se rappeler que depuis le Moyen-Âge, la morale qui a le plus influencé la *common law* fut la morale chrétienne. C'est cette dernière qui a le plus dominé la pensée juridique occidentale (et la culture occidentale en général)¹⁵³. En particulier, elle a aidé à façonner les principes fondamentaux de la *common law* à l'époque déterminante de son élaboration (entre le 11e et le 16e siècle).

«The common law of England has been moulded for centuries by judges who have been brought up in the Christian faith. The precepts of religion, consciously or unconsciously, have been their guide in the administration of justice ...»¹⁵⁴.

Il faut bien comprendre que j'emploie l'expression «morale chrétienne» dans un sens peu rigoureux. D'une part, je ne crois pas que cette morale puisse se définir précisément comme un code d'éthique particulier articulé. D'autre part, je ne crois pas que les juges aient jamais considéré la morale chrétienne comme un ensemble de normes précises semblables à des règles de droit. Au contraire, la «morale chrétienne», telle que je l'entends ici, correspond à une certaine vision du monde, conçue à travers la grille du droit naturel chrétien. Il s'agit, généralement, d'une vision du monde qui a un

153. H. BERMAN, *Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition*, 1983.

154. Lord A. DENNING, *The Changing Law*, 1953, p. 109. Voir aussi Sir Henry SLESSER, qui, dans *The Judicial Office* p. 129, écrivait: «The true principal transcendent notions which have in greater or less degree influenced the Judiciary for the most part have been Christianity and the Natural Law ... The Judges, being for the most part Christians, and England still presumably a Christian country, it is suggested that appeal to the Christian standard as ultimate, even if only subconscious, is far more insistent among Judges than many modern writers on Jurisprudence would have us believe». Voir aussi BERMAN, *The Interaction of Law and Religion*, 1974.

«concept précis d'un Dieu personnel et plein d'amour, législateur et prévoyant; le concept de la dignité de la nature humaine, objet d'un dessein de grâce et d'un amour infini de la part de Dieu et la revalorisation du concept de «personne humaine»; ... »¹⁵⁵.

Avec prudence, nous pourrions même associer aujourd'hui certains aspects de cette morale à Immanuel Kant. Mais tous ces concepts sont bien vagues. Il n'est pas facile de dessiner un code d'éthique précis qui aurait pour fonction de mettre en application les valeurs fondamentales chrétiennes. Il n'est pas étonnant d'ailleurs qu'à chaque époque elles ont justifié des principes et des théories contradictoires¹⁵⁶. Pour les juges, elles ont servi de guide, de cadre

-
155. G. AMBROSETTI, «Y a-t-il un Droit naturel chrétien?», *Archives de philosophie du droit*, Tome XVIII, 1973, p. 77, à la p. 81. Nous pourrions être fort tentés d'ajouter à cela les grandes valeurs morales correspondant à la charité, la générosité, la juste distribution des biens, la pauvreté, la non-violence, et l'aide aux plus défavorisés. Il n'est pas évident, toutefois, que l'article 7 ait directement enchâssé ces dernières valeurs. Aussi ne me risquerai-je pas à prendre position sur cette question.
156. Je ne voudrais pas m'attarder inutilement sur cette question de l'interprétation plus spécifique des préceptes moraux fondamentaux. Cependant, il faut remarquer que ces derniers ont été interprétés de différentes façons selon les époques. J'aimerais citer ici un extrait de l'essai de Michel VILLEY, «Bible et philosophie gréco-romaine de Saint-Thomas au droit moderne», (1973) *Archives de philosophie du droit*, Tome XVIII, 27, pp. 51 à 53. Parlant de Grotius, ce juriste-philosophe, il écrit:

«[...] Ainsi du précepte qu'on doit «s'abstenir religieusement du bien d'autrui» (équivalent du «Tu ne voleras pas» de la Bible), il s'est empressé de tirer cette solution juridique: le droit du premier occupant. Car voler, n'est-ce pas s'emparer de la possession qu'occupe autrui? De fait, c'est ainsi que la formule du Décalogue ou du stoïcisme put s'interpréter, originellement. De mon devoir de ne pas toucher au bien occupé par autrui, Grotius affecta de déduire le *droit* du premier occupant, et de la série de propriétaires qui sont, à titre d'héritiers, censés

ou de périmètre à l'élaboration du droit en général et des «principes de justice fondamentale»¹⁵⁷. Ce serait donc une erreur de penser que par «morale chrétienne» je réfère à un code précis et articulé. Par conséquent, je ne réfère pas du tout à la conception morale d'une ou plusieurs religions sur une question spécifique donnée (par exemple, la position de l'église catholique sur l'avortement ou de l'église anglicane sur le divorce).

tenir d'une occupation primitive; et là dessus s'est échauffé la théorie de la propriété absolue, qui triomphe dans notre Code civil. Solution commode, qui servait les intérêts de l'ordre, comblait les vœux des possédants. Mais elle procède d'un évident *abus* de la règle morale: parce que la règle morale elle-même n'a pas pour office de pourvoir au partage des propriétés, et même, dans une certaine mesure, il *faut* qu'elle s'en désintéresse et que volontairement elle traite ce problème par le mépris: la morale chrétienne - stoïcienne est une morale de sacrifice, elle demande à l'individu de savoir *sacrifier* sa part; au pauvre elle demande de s'abstenir de convoiter les possessions, fussent-elles excessives, du riche, tandis qu'elle prescrit par ailleurs au riche de distribuer ses richesses. Ces deux préceptes de morale unilatéraux apparaîtraient contradictoires, si nous leur demandions indûment de remplir le rôle du *droit*; comme fit Grotius, sur la lignée de la Scolastique espagnole.

De même le jusnaturalisme a-t-il déduit du devoir moral de sincérité le consensualisme moderne, et la liberté contractuelle, toutes les injustices du libéralisme. Et si l'on veut un autre exemple, cette fois tiré directement des préceptes de l'Écriture Sainte, que les publicistes modernes n'ont-ils pas déduit du précepte de l'*obéissance* à César, de la soumission paulienne aux autorités supérieures, de la non-résistance au pouvoir? C'est vrai, ce devoir d'obéissance est un précepte permanent de la morale judéo-chrétienne, établi sur une multitude de textes de l'Écriture Sainte. Et nos actuels théologiens de la Révolution ne pourront faire qu'il n'existe pas. Mais fallait-il de ce précepte de morale unilatérale déduire sur le plan juridique un régime constitutionnel? De là sortit aux

La théorie chrétienne du droit naturel a eu beaucoup d'effet sur l'évolution des principes de justice en *common law*. Les juristes anglais, dès le Moyen-Âge, en plus d'être chrétiens eux-mêmes, étudiaient les enseignements théologiques et philosophiques de l'Église¹⁵⁸.

XVI^e et XVII^e siècles le «droit divin» héréditaire, et l'absolutisme monarchique. Et par un sophisme non moins misérable, le même type d'utilisation abusive de la loi morale engendra la démocratie: le système démocratique, à partir de Kant, Locke, Rousseau repose aussi sur l'exploitation de la morale. Il fut seulement inféré d'autres devoirs moraux, «envers nous-mêmes»; devoir de croître et de prospérer, d'être responsable de notre conduite propre, de ne point aliéner ce trésor de la liberté que la loi divine nous confère à chacun individuellement. Et, si l'on ne voit que la vocation personnelle de l'individu, ces nouveaux devoirs moraux non plus n'ont pas de limite. De là sont sortis les «droits de l'homme» révolutionnaires, le flux des «revendications» de chacun à la liberté et puis au bonheur, le refus d'obéir, l'anarchisme - ou, si l'on y mêle l'ingrédient fallacieux du contrat social, le mythe de la souveraineté populaire. Autre absolutisme et pas moins funeste [...] ».

Il est intéressant de noter que dans son dernier volume *Law's Empire*, le professeur Dworkin consacre une partie de son second chapitre à expliquer comment les membres d'une même communauté peuvent être d'accord sur l'interprétation à donner à une proposition générale et abstraite (qu'il appellera «concept») tout en ne s'entendant pas sur les interprétations plus concrètes ou «subinterprétations» des propositions abstraites (qu'il appelle «conceptions») (pp. 70 et ss.). En particulier, il applique sa théorie à l'idée de justice (pp. 73 et ss.).

157. Lord A. DENNING, *supra*, note 154, pp. 106 à 109.

158. Voir O'SULLIVAN, «Natural Law and Common Law», dans WORTLEY, *The Spirit of the Common Law*, 1965, p. 89. La théorie du droit naturel développé par les grecs ou par les romains a influencé la *common law* à travers la théorie chrétienne du droit naturel. Voir DOWRICK, *Justice According to the English Common Lawyers*, (1961) p. 47 ss. La théorie chrétienne du droit naturel a atteint son apogée au 13^{ème} siècle avec les écrits de Saint-Thomas d'Aquin dont la *Summa theologica*. Voir FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 1980,

Par conséquent, l'idée que le droit et la morale chrétienne étaient fusionnés germa dans l'esprit des juristes¹⁵⁹. 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 justice. De plus, le droit n'était pas conçu comme un système arbitraire mais comme un système rationnel et cohérent. C'était ce qu'on a appelé le «principe de raison» (*principle of reason*). Dans son volume, *The Nature and Functions of Law*, Berman écrit:

«Moreover, as the medieval theologians asserted that Reason governs the universe, so medieval jurists said that Law governs the universe, including all human relations, even the relation of the sovereign to his subjects. Thus from the principle that Law is Reason came the idea that Law is complete, covering all situations, as well as the idea that Law is supreme, governing all men»¹⁶⁰.

On peut voir là l'affirmation du principe de la primauté du droit. Enfin, le droit ne se limitait pas aux règles de droit positif ou trouvées par la raison. Les juges devaient aussi scruter leur propre conception de la justice pour découvrir le droit. C'est ce qu'on a appelé le «principe de conscience»¹⁶¹. Ce dernier principe impliquait, entre autres, une certaine idée d'«égalité» et d'«équi-

aspects de la philosophie grecque et en particulier de celles d'Aristote et de Platon ont inspiré l'évolution de la *common law* à travers la conception chrétienne du monde. Voir *infra*, section 3, sous-section 1, au sujet du concept de faute intentionnelle. Pour une introduction, voir HAMPSTEAD et FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 5e éd., 1985, p. 109 ss.

159. GOUGH, *supra*, note 85, p. 22.

160. H. BERMAN, *The Nature and Functions of Law*, 1958, p. 368. Cette théorie justifia aussi la souveraineté du Pape et des Rois dont l'autorité découlait du Droit. Ils devenaient en quelque sorte soumis au Droit (*under the Law*) et justifiaient leur décision en se référant au droit supérieur.

161. *Ibid.*

té»¹⁶² qui fit du droit un système préoccupé par la protection des plus défavorisés (les «pauvres» et les «opprimés») et par le souci de sanctionner la bonne foi et la confiance entre les parties¹⁶³.

C'est donc la tradition chrétienne qui, à partir du Moyen-Age, donna aux juges une certaine vision morale du droit. Les «principes de justice fondamentale» sont des corollaires de cette philosophie morale. Dans *Law in the Making*, le professeur Allen écrit ceci:

«It would never have occurred to a political theorist in the Middle Ages to doubt that the whole aim of law was approximation to ideal justice, or to regard particular laws merely as rules of thumb for the mechanical regulation of society. It was because they found in human law an aspiration towards ideal justice that the men of the Middle Ages were so deeply concerned with the Law of Nature [...]»

«... [I]n the past the conscious striving after principles of natural fairness has played a supremely important part in legal evolution ...»¹⁶⁴.

Très concrètement, c'est par l'intermédiaire du droit canon que les «principes de justice fondamentale» se sont d'abord insérés en *common law*. Aux 11e et 12e siècles, alors que les universités «redécouvraient» et systématisaient le droit romain, l'Eglise, pour diverses raisons, réorganisait le droit ecclésiastique¹⁶⁵. Ce travail

162. Sur l'évolution du concept d'équité en *common law*, voyez C.K. ALLEN, *Law in the Making*, 7e éd., 1964, chap. V. Voir aussi J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 1979, chap. 6.

163. Voir généralement O'SULLIVAN, «Law and Conscience», *The Inheritance of the Common Law*, 1950, chap. IV; BERMAN, *supra*, note 160.

164. ALLEN, *supra*, note 162, pp. 383-384. Voir aussi POLLOCK, «History of the Law of Nature», *Essays in the Law*, (1922), pp. 31-79.

165. Cette réorganisation suivit les décrets du pape Grégoire VII en 1075 par lesquels il proclamait l'indépendance de l'Eglise face aux empereurs, rois et seigneurs, et structurait la hiérarchie monarchique de l'Eglise en imposant son autorité sur tout le clergé chrétien. C'est cette politique révolutionnaire qui

de systématisation, tant en droit romain qu'en droit canon, a créé pour la première fois en Europe occidentale ce qu'on peut appeler une science rationnelle du droit. En s'inspirant de la méthode dialectique développée par Abelard (1079-1142) en théologie, les juristes et les canonistes tentèrent de réconcilier les contradictions qui existaient entre les diverses propositions et sources juridiques de façon à identifier les règles et les principes fondamentaux du droit. Pour les canonistes, il s'agissait d'analyser et de synthétiser les Digeste de Justinien, les coutumes et les prescriptions de l'Eglise. Cependant, et c'est là le point essentiel, les canonistes structuraient le droit à la lumière de la conception chrétienne du monde¹⁶⁶. On adaptait en quelque sorte le droit existant à la théologie et à la morale chrétienne¹⁶⁷. De plus, le droit canon ne se limitait pas à la réglementation de l'organisation de l'Eglise ou des devoirs du clergé; il réglementait plusieurs aspects de la vie laïque. Que ce soit en matière matrimoniale, successorale, contractuelle, criminelle ou de propriété, le droit canon développa plusieurs principes juridiques

déclencha la querelle des Investitures. Cette réforme impliqua une réorganisation du droit ecclésiastique de façon à assurer l'autorité de l'église. Pour Berman, la déclaration du pape en 1075 fut la cause immédiate du changement et de la révolution juridique qui se produisit en Europe et qui fit naître une certaine tradition juridique occidentale commune aux pays de culture occidentale. Voir à ce sujet la thèse qu'il a développée dans *Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition*, 1983.

166. Voir T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5e éd., 1956, pp. 302-303.

167. Le premier traité juridique systématique moderne produit fut *Concordance of Discordant Canons* publié en 1140 par Gratian, un canoniste. La méthode fut reprise plus tard en droit anglais dans *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie qui Glanvilla vocatur*, ed. Hall, 1965, rédigé probablement entre 1187 et 1189 et ensuite par Bracton au 13e siècle dans *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, ed. Woodbine, 1968. Baker écrit: «Just as the monk Gratian a generation earlier at Bologna had produced from the confusion of canon laws a coherent system of Canon law deriving ultimate authority from the pope, so Glanvill and his fellow judges under King Henry II (1154-89) produced a coherent system of English law deriving ultimate authority from the king [...]», *supra*, note 162, p. 12.

procéduraux et substantifs¹⁶⁸. Toutes ces règles de droit ou principes cherchaient à traduire au plan juridique l'idéal chrétien. Par conséquent, si plusieurs principes de droit canon s'inspirèrent du droit romain, d'autres lui étaient complètement inconnus¹⁶⁹.

Selon Berman, lorsque la France, l'Allemagne et l'Angleterre en particulier façonnèrent leur propre système juridique parallèle et concurrent, ils s'inspirèrent du système le plus évolué et le plus fonctionnel connu, le droit canon.

«Secular law was supposed to emulate the canon law. All the various secular legal systems -feudal, manorial, mercantile, urban, royal - adapted to their own uses many basic ideas and techniques of the canon law, if only because the canon law was more highly developed and was available for imitation.»¹⁷⁰

En Angleterre, l'influence fut directe. En plus d'être déjà chrétiens, les juristes anglais administraient à la fois le droit anglais dans les tribunaux royaux et le droit canon dans les tribunaux ecclésiastiques. Ils étudiaient le droit naturel autant que le droit anglais¹⁷¹. Ainsi, graduellement, la pensée chrétienne a modelé l'esprit de la Common law. Les juristes anglais pensèrent donc, comme les théolo-

168. PLUCKNETT, *supra*, note 166, nous donne plusieurs exemples où des principes de droit canon substantifs et procéduraux ont inspiré la *common law*. Le concept de bonne foi, le respect de la parole donnée, le droit des femmes à hériter des immeubles fonciers, l'équité, la protection des plus défavorisés, l'élément intentionnel du crime, l'interdiction des procès par ordalie, la peine d'emprisonnement au lieu des traitements cruels, la représentation par avocat, etc.

169. Voir, par exemple, BERMAN, *supra*, note 154, p. 60; et BERMAN, *Law and Revolution*, chap. 6, *supra*, note 153.

170. BERMAN, *supra*, note 153, p. 274.

171. L'auteur du premier traité de droit anglais attribué à GLANVILL, *supra*, note 167, était probablement Hubert Walter, un clerc qui est devenu «*Archbishop of Canterbury*», «*Justiciar*» et «*Chancellor*». De même, Bracton, l'auteur de l'autre grand traité du Moyen-Âge sur le droit anglais, est devenu «*Chancellor*» de la cathédrale d'Exeter. Il y avait un lien constant entre l'Eglise et les juges chargés d'administrer et façonner la *common law*. Voir O'SULLIVAN, *supra*, note 158.

giens, que Dieu était la source de la «justice» et qu'il appartenait au juge de découvrir quels en étaient les principes et préceptes éternels, immuables et universels¹⁷². Berman, dans son volume *The Interaction of Law and Religion*, écrit:

«And so the church sought both to legalize morality and to moralize legality; it took legal jurisdiction over sins, and it influenced the secular law to conform to moral principles»¹⁷³.

L'influence de la théologie et de la philosophie chrétienne fut même beaucoup plus marquée à partir du XVII^e siècle avec la publication d'un volume extrêmement influent rédigé par Christopher St-Germain, avocat, *Doctor and Student*¹⁷⁴. Ce dernier avait pour objet de faire le pont entre la philosophie morale (en l'occurrence chrétienne) et le système juridique. L'auteur y enseignait entre autres les six sources de droit anglais dont les deux plus importantes

172. Le meilleur exemple de cette théorie juridique se trouve dans ST-GERMAIN, *Two Dialogues Between a Doctor of Divinity and a Student in the Laws of England*. Le volume fut publié entre 1523 et 1532. C'est une reformulation de la théorie chrétienne du droit naturel, et on y trouve l'influence directe de Saint-Thomas d'Aquin. Au milieu du 18^e siècle, Blackstone, dans ses célèbres *Commentaries on the Laws of England*, (1765), écrivait: «Man, considered as a creature, must necessarily be subject to the laws of his Creator [...]. This will of his Maker is called the law of nature [...]. He laid down certain immutable laws of human nature [...] and gave him also the faculty of reason to discover the purport of those laws [...]. [H]e has laid down only such laws as were founded in those relations of justice that existed in the nature of things antecedent to any positive precept. These are the eternal, immutable laws of good and evil, to which the Creator himself in all his dispensations conforms: and which he has enabled human reason to discover, so far as they are necessary for the conduct of human actions. Such among others are these principles: that we should live honestly, should hurt nobody, and should render to everyone his due [...]», ed. Coleridge, 1825, pp. 39-40.

173. *Supra*, note 154, p. 61.

174. *Supra*, note 172.

étaient «*the law of reason*» et «*the law of God*». Le livre eut beaucoup d'influence sur les juristes anglais et en particulier sur les «*Chancellors*» qui depuis le XVe siècle accroissaient leur juridiction d'«*Equity*» (ou de conscience) à la Cour de «*Chancery*»¹⁷⁵.

Comme nous le verrons dans la prochaine section, la morale chrétienne a été déterminante dans l'élaboration de plusieurs principes de justice que nous devons qualifier désormais de «principes de justice fondamentale». D'abord par l'intermédiaire du droit canon, la conception chrétienne du droit a amené les tribunaux anglais à se préoccuper de la «primauté du droit» et de «la valeur et la dignité de la personne humaine». C'est elle, pendant tous les siècles où se construisaient les fondements du système juridique, qui a guidé les juges¹⁷⁶.

Je dois maintenant, avant d'aller plus loin, faire trois remarques. 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:

«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

175. La Cour de «*Chancery*» se préoccupait surtout d'assouplir les rigueurs de la *common law* devenue très formaliste. Les «*Chancellors*» renversaient certaines décisions rendues par les tribunaux ordinaires qui n'étaient pas «équitables». D'où l'appellation de la Cour d'«*Equity*». Cependant, les «*Chancellors*», formés très souvent par des théologiens (la plupart étaient évêques ou archevêques) décidaient selon le diktat de leur «conscience»; au grand déplaisir de plusieurs juristes d'ailleurs. D'où cette autre appellation «*Court of Conscience*». Dans son volume, St-Germain discutait de cette relation entre le droit et la conscience. Sur l'évolution du concept d'«*Equity*», voir *supra*, note 162.

176. Nous verrons plus loin que le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* est un excellent exemple de ces affirmations. Voir aussi BERMAN, *Law and Revolution*, *supra*, note 153.

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 of the Mediterranean peoples which has been gathered up and handed down to us in the classic law of the Church»¹⁷⁷.

Par conséquent, il y aura parfois chevauchement entre les «principes de justice fondamentale» et certaines valeurs que l'on retrouve dans la philosophie morale grecque, comme celle d'Aristote en particulier et dans la philosophie morale romaine soit chez Cicéron ou dans la compilation de Justinien. Cependant, ces chevauchements ne nient pas le rôle déterminant de la pensée chrétienne: les juges anglais étudiaient les sources «païennes» à travers la grille canoniste proposée par les philosophes et les théologiens chrétiens du Moyen-Âge et de la Renaissance.

Deuxièmement, je voudrais ajouter que si la *common law*, après le XVIII^e siècle et surtout après l'avènement du positivisme juridique, a cessé d'être associée au droit naturel, il ne faudrait pas penser qu'elle a évolué sans égard à la morale chrétienne. Au contraire, les juges ont continué à s'inspirer de cette morale dominante et la doctrine du précédent a perpétué les principes de justice. Ainsi, la philosophie morale chrétienne a continué à influencer l'évolution de la *common law* même lorsque les juristes avaient oublié que c'était là la source et les racines du système juridique. Voyez, par exemple, la célèbre cause en droit anglais *Donoghue v. Stevenson*¹⁷⁸ dans laquelle la Chambre des Lords a tenu le fabricant responsable des dommages causés au demandeur avec qui il n'avait pas contracté. Lord Atkin a expressément appliqué un principe chrétien: «the rule that you have to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour»¹⁷⁹. Par ailleurs, tout cela n'implique pas qu'au 20^e siècle, la morale chrétienne

177. LEBRAS, «Canon Law», dans Crump and Jacob, *Legacy of the Middle Ages*, p. 361, cité dans PLUCKNETT, *supra*, note 166, pp. 305-306.

178. (1932) A.C. 562.

179. *Id.*, p. 580.

doit demeurer l'unique source des principes de justice fondamentale. D'autres théories morales peuvent très bien justifier et expliquer la «primauté du droit» et le respect de la personne humaine.

Enfin, troisièmement, il faut ajouter que les concepts de «primauté du droit» et «valeur et dignité de la personne humaine» sont vagues. En *common law*, ce sont les tribunaux qui y ont jeté un contenu (en s'inspirant de la philosophie morale dominante). Nous réaliserons assez tôt que beaucoup de principes de justice fondamentale ont trouvé leur application en droit pénal et en droit criminel. Les articles 8 à 14 de la *Charte* sont des exemples de cette proposition. Le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* est un autre exemple. Il ne faudrait pas, toutefois, limiter la portée des «principes de justice fondamentale» à ces secteurs du droit. Plusieurs autres secteurs possèdent des principes qui peuvent se qualifier de «justice fondamentale» et susceptibles, par conséquent, d'être enchâssés à l'article 7 de la *Charte*.

Il appartient donc maintenant aux juristes spécialisés dans divers secteurs juridiques d'identifier si certains principes peuvent se qualifier de «justice fondamentale», et susceptibles d'être enchâssés à l'article 7 de la *Charte* lorsqu'il y a violation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne¹⁸⁰.

2ième volet: Quel lien existe-t-il entre les «principes de justice fondamentale» et les «principes fondamentaux du système juridique»?

Nous venons de voir que pendant longtemps les juristes ont confondu le droit et la morale¹⁸¹. On pensait que le système juridique avait le devoir de sanctionner la morale (en l'occurrence chrétienne) et par conséquent de faire justice. Les tribunaux, en conformité avec ce qu'ils croyaient être une obligation, créèrent donc plusieurs principes juridiques que l'on peut aujourd'hui qualifier de «principes de justice fondamentale».

Mais l'histoire n'arrête pas là. Dans la mesure où l'essence du système juridique était de faire justice (au sens moral) il était logique de considérer ces principes de justice comme des *principes fondamentaux du système*.

180. Nous reviendrons sur cette question à la prochaine section.

181. Voir, *supra*, le texte accompagnant la note 159.

«Translated into practice, these principles meant that the liberties and rights of the subject, notably the rights of property and of personal freedom, were ordained for men by the will of God, so that, indeed, justice and equity consisted mainly in upholding them ... These principles perhaps *may be called fundamental*, not so much because they could not legally be assailed as *because it was assumed that no legal authority would wish to assail them*»¹⁸².

Il n'y a donc pas de contradiction entre d'une part les «principes de justice fondamentale» et d'autre part «principes fondamentaux du système juridique». Il y a un lien étroit entre les deux expressions. C'est pourquoi dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, le juge Lamer semble fondre les deux expressions: «En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique»¹⁸³.

Il faut remarquer, par ailleurs, que notre système juridique comprend beaucoup de principes fondamentaux qui n'ont rien à voir avec ce qu'on peut qualifier de «justice fondamentale». Par exemple, le principe du fédéralisme¹⁸⁴, le principe de la suprématie du parlement¹⁸⁵, le principe à l'effet que les lois n'ont pas de portée extra-territoriale¹⁸⁶ ou le principe à l'effet que les lois ne touchent

182. Gough, *supra*, note 85, p. 23. Les italiques sont de nous.

183. *Supra*, note 1, p. 503.

184. Par exemple, *Supermarchés Dominion Ltée v. R.*, (1980) 1 R.C.S. 844. Voir aussi les classiques: *Hodge v. La Reine*, (1883-1884) 9 App. Cas. 117 et *Les liquidateurs de la Banque maritime du Canada v. Le Receveur Général du Nouveau-Brunswick*, (1892) A.C. 437. Voir aussi *Renvoi relatif à la Résolution pour modifier la Constitution*, (1981) 1 R.C.S. 754.

185. Par exemple, *British Coal Corporation v. R.*, (1935) A.C. 500. Voir aussi *Hodge v. La Reine*, *ibid.*, et *Les liquidateurs de la Banque maritime du Canada v. Le Receveur Général du Nouveau-Brunswick*, *ibid.*

186. Par exemple, *A.-G. for Ontario v. Reciprocal Insurers*, (1924) A.C. 328; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd*, (1975) 1 R.C.S. 393.

pas la Couronne¹⁸⁷ sont certainement des principes fondamentaux du système juridique. On ne peut pas, par contre, soutenir qu'ils sont relatifs à la «justice fondamentale».

Les propositions du juge Lamer sont essentielles et doivent se lire ensemble. Par conséquent, les principes de justice fondamentale enchâssés à l'article 7 se trouvent à la fois dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique et sont reconnus comme des «éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et la primauté du droit».

L'affaire *R v. Oakes*¹⁸⁸ rendue récemment par la Cour suprême nous fournit un excellent exemple de cette affirmation. Il s'agissait pour la Cour de décider si l'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* qui énonçait qu'une personne accusée d'avoir été en possession d'un stupéfiant était présumée avoir l'intention d'en faire le trafic contrevenait à l'article 11(d) de la *Charte* qui garantit à tout inculpé le droit «d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi ...». Pour répondre à cette question, la Cour devait interpréter la garantie enchâssée à l'article 11(d) de la *Charte*. Pour bien saisir les «valeurs fondamentales inhérentes»¹⁸⁹ au droit à la présomption d'innocence, la Cour applique le raisonnement exposé par le juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*. Elle va nous démontrer que ce principe est un «principe de justice fondamentale» au sens de l'article 7 de la *Charte*. D'abord la Cour nous indique que la présomption d'innocence a un aspect moral puisqu'elle a pour effet de «sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'Etat accuse d'une conduite criminelle»¹⁹⁰. Moralement, elle revêt une «importance capitale»¹⁹¹ étant donné les «lourdes conséquences sociales et personnelles»¹⁹² qu'une accusation d'avoir commis une infraction criminelle peut entraîner à un individu. La Cour nous fait voir que la présomption d'innocence correspond à une certaine conception de la justice qui

187. Par exemple, *Canadian Broadcasting Corp. v. A.-G. for Ontario*, (1959) R.C.S. 188.

188. *Supra*, note 97.

189. *Id.*, 105.

190. *Ibid.*

191. *Ibid.*

192. *Ibid.*

en l'occurrence «prône l'équité et la justice sociale»¹⁹³. C'est parce que cette valeur apparaît fondamentale aux yeux d'une philosophie morale qui sert de paradigme que l'on peut la qualifier de «justice fondamentale». Mais il y a plus. Elle ne devient principe juridique que lorsque le système juridique l'incorpore. Or, ce principe, nous rappelle la Cour, «a depuis fort longtemps droit de cité en *common law*»¹⁹⁴. D'après le vicomte Sanké dans *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*¹⁹⁵, cité par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Oakes*,

«Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that is [the principle of the presumption of innocence] ... the principle ... is part of the Common law of England and *no attempt to whittle it down can be entertained*»¹⁹⁶.

Ce passage montre enfin qu'en *common law* le principe est considéré comme l'un des préceptes fondamentaux du système juridique. En conséquence, le principe de la présomption d'innocence est un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte*. Il a l'aspect moral qui lui permet de se qualifier de «justice fondamentale» et l'aspect «essentiel» qui lui a permis de se trouver parmi les préceptes fondamentaux du système juridique.

Il ne faudrait quand même pas penser que tous les principes de justice qui répondent à ces deux propositions seront immédiatement enchâssés à l'article 7 de la *Charte*. Nous avons dit au début de ce commentaire que les «principes de justice fondamentale» dont on parle à cet article sont un «modificatif» du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne. Ils ne constituent pas, en soi, un intérêt protégé¹⁹⁷. Ils ont pour fonction d'«établir les paramètres»¹⁹⁸ du droit qui les précède dans l'article 7. Par conséquent, plusieurs principes qui pourraient se qualifier de «justice fondamentale» à la lumière des deux premières propositions pourraient ne pas être enchâssés à l'article 7. Tout

193. *Ibid.* Je ne commenterai pas la discussion de l'aspect moral mentionné dans l'affaire *Oakes*.

194. *Ibid.*

195. (1935) A.C. 462 (H.L.), pp. 481-482.

196. *Supra*, note 97, pp. 105-106.

197. *Supra*, note 1, p. 501.

198. *Ibid.*

dépendra de la portée que la Cour donnera au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. C'est pourquoi, à moins d'inclure dans le contenu d'un de ces trois concepts le droit de propriété, la liberté de contracter, les droits matrimoniaux, le droit à l'intimité ou à la vie privée, la liberté de tester, ou d'autres droits, les «principes de justice fondamentale» qui les modifient ne seront pas enchâssés à l'article 7 de la *Charte*. Par exemple, le principe à l'effet qu'«il n'y a pas d'expropriation sans juste compensation» est certainement un «principe de justice fondamentale» au sens des propositions étudiées. Cependant, à moins de conclure qu'il modifie l'un des trois intérêts protégés, ce principe n'est pas enchâssé à l'article 7 de la *Charte*.

3ième volet: *Quel lien existe-il entre les principes de justice fondamentale et les présomptions de common law et les conventions internationales?*

Il est manifeste qu'il y a un lien entre les présomptions de *common law* et les principes de justice fondamentale¹⁹⁹. Sans vouloir discuter en détail de l'évolution des présomptions en droit anglais, il faut se rappeler au moins de quelques événements de l'histoire constitutionnelle britannique.

Avant la reconnaissance du principe de la suprématie du parlement par les tribunaux, la *common law* était conçue comme étant le droit fondamental. Qu'il suffise de rappeler l'affaire du *Dr. Bonham* où Lord Coke déclara en 1610,

«[W]hen an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such act to be void»²⁰⁰.

199. Voir la partie IV de mon article, *supra*, note 15. Je ne reprendrai pas cette étude ici. Je me contenterai d'un rappel sommaire des principales propositions.

200. *Dr. Bonham's Case*, *supra*, note 85. On trouve la même idée dans *Day v. Savage* (1614) Hobart 85, 80 E.R. 235, p. 87 (C.P.); *Callady v. Pilkington* (1701) 12 Mod. 513, 88 E.R. 1485, p. 513 (C.P.); *City of London v. Wood* (1701) 12 Mod. 669, 88 E.R. 1592 (C.P.).

Bien que les tribunaux n'aient jamais formellement invalidé de lois pour ces motifs moraux²⁰¹, ce passage énonçait au moins que les lois du parlement devaient respecter certains principes de justice. Par exemple, dans l'affaire *Day v. Savage* rendue en 1615, le juge en chef Hobart avait déclaré:

«Even an Act of Parliament, made against natural equity, as to make a man judge in his own case, is void in itself [...]»²⁰².

Suite à la reconnaissance graduelle de la suprématie du parlement²⁰³, 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'intention²⁰⁴.

Pour les professeurs Keir et Lawson,

«The judges seem to have in their minds an ideal constitution, comprising those fundamental rules of Common law which seem essential to the liberties of the subject and the proper government of the country»²⁰⁵.

Cette technique d'interprétation des lois illustre bien que les tribunaux voulaient protéger les principes de justice (qui sanctionnaient des valeurs morales jugées fondamentales) mais, pour des raisons de légitimité, devaient, en dernière analyse, se soumettre à la volonté du parlement. C'était là une très bonne méthode pour qui

201. Allen, *supra*, note 162, p. 450.

202. *Supra*, note 200.

203. Le principe fut généralement reconnu par les tribunaux vers la seconde moitié du XVIII^e siècle. Voir J.A. CORRY, «The Interpretation of Statutes» dans E.A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2nd ed., 1983, pp. 251 et ss.

204. BAKER, *supra*, note 162, p. 183.

205. D.L. KEIR et F.H. LAWSON, *Cases in Constitutional Law*, 4e ed., 1967, p. 10.

voulait réconcilier le principe de la suprématie du parlement avec les principes de justice fondamentale²⁰⁶.

Dans un article²⁰⁷, le professeur Willis a prétendu que les présomptions devinrent à l'usage «a means of controlling that intent»²⁰⁸. Pour lui, les présomptions «form a sort of common law 'Bill of Rights'»²⁰⁹. Cet acharnement à protéger les principes de justice révèle que pour les tribunaux, les principes étaient demeurés des éléments «fondamentaux» du système juridique. Toutefois, les tribunaux devaient composer avec le principe de la suprématie du parlement qui, pour des raisons de légitimité, apparut comme le plus fondamental.

Par ailleurs, s'il est correct de dire que les principes «ont émergé»²¹⁰ à titre de présomption, il est imprécis de prétendre que la présomption est un principe de justice fondamentale en soi. Comme nous venons de voir, 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. Les principes de justice existent donc indépendamment des présomptions. Par exemple, en 1978, dans l'affaire *R. v. Ville de Sault-Ste-Marie*²¹¹, pour sanctionner le principe de justice fondamentale préexistant à l'effet qu'«un innocent ne doit pas être puni», la Cour suprême a créé une nouvelle présomption: désormais les infractions de nature réglementaire seront présumées appartenir à la catégorie d'infractions appelée de «responsabilité stricte». Cette catégorie donne à l'accusé moralement innocent certains moyens de défense²¹². Par conséquent, il y a maintenant une présomption à l'effet que le

206. Voir un exemple récent particulièrement évocateur: *Colet v. La Reine* (1981) 1 R.C.S. 2.

207. WILLIS, «Statute Interpretation in a Nutshell» (1938) 16 C.B.R. 1.

208. *Id.*, 17.

209. *Ibid.*

210. *Supra*, note 1, p. 503.

211. *Supra*, note 5.

212. La catégorie de «responsabilité stricte» permet à l'accusé de plaider la diligence raisonnable et l'erreur de fait. D'autres moyens de défense pourraient aussi s'ajouter à la liste. Voir, STUART, *Canadian Criminal Law* (1982).

parlement n'a pas voulu créer une infraction de «responsabilité absolue»²¹³.

D'autre part la Cour nous disait que les principes de justice fondamentale se retrouvent dans les conventions internationales. Cette proposition est juste: il y a beaucoup de principes dans les conventions internationales qui ont la même source morale que les principes que nous venons de qualifier de justice fondamentale (c'est-à-dire fondés sur la foi en la «dignité et la valeur de la personne humaine» et en la «primauté du droit»)²¹⁴.

Par conséquent, il est des principes de justice reconnus dans des conventions internationales qui seront inclus à l'article 7 s'ils visent à protéger le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité. Ce qui est moins clair, cependant, c'est de comprendre de quelle façon ces principes s'incorporent à l'article 7? Superficiellement, nous pourrions croire qu'ils s'incorporent directement à l'article 7 du simple fait qu'ils sont des principes de justice.

Cependant, à mon avis, une explication serait plus conforme à la théorie constitutionnelle restreinte que nous venons d'exposer. Il est possible de soutenir que ces principes de droit international conventionnel s'incorporent à l'article 7 de la même façon que les principes qui «ont émergé à titre de présomption». En effet, depuis longtemps, la *common law* incorpore dans sa structure le droit international conventionnel. Ce dernier ne lie pas le parlement, mais il existe une présomption à l'effet qu'en l'absence d'indication claire et expresse, le droit anglo-canadien est conforme aux conventions internationales²¹⁵. Quels que furent les motifs de cette règle, la conséquence fut de faire des principes de droit international

213. *Id.*, 1310.

214. En réalité, le contenu des documents internationaux comme la *Déclaration universelle des droits de l'homme* adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations-Unies, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* adoptés le 16 décembre 1966 par la même Assemblée, visent en grande partie à promouvoir la «dignité et la valeur de la personne humaine» et la «primauté du droit», comme en fait foi leur préambule.

215. *Daniels v. White et La Reine*, (1968) R.C.S. 517; *C.A.P.A.C. v. C.T.V. Television Network Ltd*, (1968) R.C.S. 676.

conventionnel des «principes fondamentaux» du système juridique anglo-canadien. 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 susceptibles d'être enchâssés à l'article 7 par le même raisonnement que les autres principes de justice fondamentale.

3° De l'application de la théorie restreinte

Dans la section précédente, nous avons exposé, en trois volets, le contenu de la théorie constitutionnelle restreinte proposée par la Cour suprême. Dans la présente section, je voudrais discuter de son application. Dans un premier temps je démontrerai que la théorie constitutionnelle restreinte est fonctionnelle. Dans un second temps je soutiendrai que l'application de cette théorie est tout à fait compatible avec nos traditions constitutionnelles anglo-canadiennes. Enfin, dans une troisième sous-section, je discuterai très brièvement du caractère évolutif des principes de justice fondamentale.

1ère sous-section: Une théorie restreinte fonctionnelle

Les principes de justice fondamentale doivent désormais être justifiés par la théorie constitutionnelle restreinte proposée par la Cour suprême. Brièvement il s'agit de ceux qui ont été reconnus comme éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit. Cette proposition est large. Par conséquent, il est très difficile, voire impossible à ce jour, d'en dresser une liste exhaustive. Nous ne pouvons nous en tenir qu'à des exemples de principes qui, probablement, méritent le qualificatif de «principes de justice fondamentale».

La Cour nous donne certains critères qui guideront le juriste dans sa quête de principes de justice fondamentale:

«La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce

principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause»²¹⁶.

Par ailleurs, la Cour nous dit que la plupart des principes de justice fondamentale que l'on retrouve en *common law* «relèvent, de par leur nature même, du domaine de la procédure»²¹⁷. Par garanties «procédurales», rappelons qu'il faut entendre un principe qui garantit l'application d'une certaine procédure avant de voir un individu privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Par exemple, le principe à l'effet que tous les détenus ont le droit à l'*habeas corpus*.

En *common law*, les tribunaux ont toujours veillé à la protection de deux valeurs fondamentales: le droit doit être à la fois juste et justement administré. Comme le dit Lord Denning,

«[b]oth are important; but of the two, the more important is that the law should be justly administered»²¹⁸.

Il ne faut donc pas s'étonner de lire à l'article 11(d) de la Charte que tout inculpé a droit à un «procès équitable»²¹⁹; c'est l'objectif même des procédures «équitable». En *common law*, on peut retracer les fondements de ce principe dans le traité attribué à Glanvill rédigé vers la fin du 12ième siècle²²⁰. Au 13ième siècle, Bracton écrivait dans son célèbre traité que les juges, en plus d'être sages et respecter Dieu, devaient chercher la vérité, être impartiaux et écouter les parties également: «you shall hear the lowly equally as the great»²²¹. Ce principe s'inspirait directement de ce que nous avons appelé plus haut le «principe de conscience» enseigné par l'Eglise à partir du 11ième siècle²²². Le droit à un «procès équi-

216. *Supra*, note 1, p. 513.

217. *Id.*, 512-513.

218. L.A. DENNING, *The Road to Justice*, 1955, pp. 6-7.

219. L'article 11(d) de la Charte se lit ainsi:

«11. Tout inculpé a le droit:

[...]

(d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;»

220. *Supra*, note 167, pp. 1-2.

221. BRACTON, *supra*, note 167, Vol. II, p. 302.

222. Voir le texte accompagnant les notes 161 à 163.

table» est donc la traduction juridique d'une valeur morale jugée fondamentale. Depuis, les tribunaux ont tous considéré cette valeur comme un élément «essentiel» du système juridique²²³. C'est par conséquent un principe de justice fondamentale. Par le fait même, ce principe est enchâssé à l'article 7 de la *Charte* qui est plus général et qui comprend les principes garantis aux articles 8 à 14 de la *Charte*²²⁴. Un individu dont la vie, la liberté ou la sécurité de sa personne sont menacées peut donc plaider le «droit à un procès équitable».

Il faut remarquer, cependant, que la notion de «procès équitable» n'est pas très spécifique. Les tribunaux ont tôt fait d'en déduire certains corollaires. La majorité d'entre eux ne concerne que la procédure. Bien qu'il n'y ait pas encore d'unanimité aujourd'hui sur l'étendue des corollaires, une partie importante de ceux-ci est susceptible, à juste titre, d'être enchâssée à l'article 7 de la *Charte*. Le professeur Dowrick, dans son volume *Justice according to the English Common lawyers*²²⁵, a formulé douze corollaires essentiels au droit à un procès équitable²²⁶.

«(i) «The judges should be absolutely independent of the Government.»

It is of the essence of fair trial that the judge should be dependent on no man who can by any possibility become a

223. Par exemple, le juge Lord Bowen a écrit :

«These are not days [...] in which any English judge will fail to assert his right to rise in the proud consciousness that justice is administered in the realms of Her Majesty the Queen, immaculate, unspotted and unsuspected. There is no human being whose smile or frown, there is no Government, tory or liberal, whose favour or disfavour can start the pulse of an English judge upon the Bench, or move by one hair's breadth the even equipoise of the scales of justice». Cité dans DOWRICK, *supra*, note 158, p. 36.

224. *Supra*, 1ère section de la présente partie.

225. *Supra*, note 158.

226. Sa formulation des principes est en réalité une reformulation des principes dégagés par Lord Denning dans *The Road to Justice*, *supra*, note 218, pp. 1 à 44 et par Lord Chief Justice Hewart dans *The New Despotism*, 1929.

party to a proceeding before him, so that he can adjudicate evenly between the parties - whether these are private citizens or whether a private citizen is opposed to a government official or to the government itself. And in jury trials the absolute independence of the jury is no less important than the independence of the judge.

(ii) «The judge must have no interest himself in any matter that he has to try. He must be impartial. No person can be a judge in his own cause.»

(iii) «The judge, before he comes to a decision against a party, must hear and consider all that he has to say. No one ought to be condemned unheard ... the only fair way of reaching a correct decision on any dispute is for the judge to hear all that is to be said on each side and then come to his conclusion.»

(iv) «The judge must act only on the evidence and arguments properly before him and not on any information which he receives from the outside.»

(v) «The judge must give his reasons for his decision.»

(vi) «A judge should in his own character be beyond reproach, or at any rate should have so disciplined himself that he is not himself a breaker of the law.»

(vii) «Each side should state its case as strongly as it can ... [since] truth is best discovered by powerful statements on both sides of the question.»

The search for the truth of the matter before the Court is of the essence of a fair trial but counsel must contain themselves within bounds: accordingly they «must never distort or suppress the truth», and in criminal cases counsel for the prosecution should act «not as an advocate to condemn the accused, but as a minister of justice to see that he is fairly treated.»

(...)

(viii) The parties are to be treated as equals before the Court.

(ix) A case should be heard in public.

(x) The judge should be identified and be personally responsible for his decision.

(xi) To ensure the regular application of the above canons in Courts of first instance the parties should have a right of appeal to a higher judicial tribunal on questions of procedure.

A further vital element in a fair trial is that the judge should decide the case not by caprice but in accordance with some rules or doctrines²²⁷.

Cependant, les «principes de justice fondamentale» ne se limitent pas aux «seules garanties en matière de procédure»²²⁸. La Cour nous indique qu'ils visent tantôt des garanties «procédurales» et tantôt des garanties «substantives». Il ne semble pas y avoir de réelle controverse sur l'aspect procédural des principes de justice fondamentale. On résiste plutôt aux principes de justice fondamentale substantifs qui permettraient aux tribunaux de contrôler le contenu substantif des lois. Par «substantif» je pense à tous les principes qui ne sont pas relatifs (ou seulement indirectement) à la procédure. Je ne pense donc pas nécessairement à «*substantive due process*».

227. *Supra*, note 158, pp. 31 et 32. Voir aussi le cas célèbre «*The Case of Commendams*», (1616) Hobart 140, où Lord Coke résista au Roi qui demandait aux juges de ne pas décider tant que ce dernier n'aurait pas été consulté. Coke refusa: «Obedience to His Majesty's command to stay proceedings would have been a delay of justice, contrary to the law, and contrary to oaths of the judges». Lorsque l'on posa aux douze juges de la Cour du «King's Bench» la question de savoir si les juges devaient obéir au Roi lorsque ce dernier demandait de suspendre les procédures, tous acquiescèrent. Seul Lord Coke s'obstina: «When that happens, I will do that which it shall be fit for a judge to do». Cette affaire amena le Roi à demander à Lord Coke de démissionner. Moins d'un siècle plus tard, le principe de l'indépendance des juges était reconnu dans l'«*Act of Settlement*» de 1701.

228. *Supra*, note 1, p. 513.

Encore une fois il est impossible de dresser la liste complète des principes substantifs qui sont susceptibles d'être enchâssés à l'article 7. Quelques exemples suffiront.

- i) Un innocent ne doit pas être puni²²⁹;
- ii) Les infractions ne doivent pas être rétroactives²³⁰.
- iii) Les individus ont un droit d'accès aux tribunaux²³¹;
- iv) Les discrétions ne sont pas absolues²³²;
- v) Personne ne doit être puni deux fois pour la même infraction²³³;
- vi) L'acte commis dans un état de nécessité²³⁴, de légitime défense²³⁵ ou de contrainte (*duress*) n'est pas punissable²³⁶.

Comme pour le concept de «procès équitable», ces principes substantifs sont plus ou moins spécifiques. Les tribunaux ont tenté d'en déduire les corollaires qui peuvent prétendre à la qualification de «principes de justice fondamentale substantifs».

Le meilleur exemple que nous trouvons à ce jour où la Cour suprême a appliqué un principe de justice fondamentale substantif et ses corollaires demeure le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*. Dans cette affaire la Cour devait se demander, entre autres, si la responsabilité absolue contrevenait à un ou plusieurs «principes de justice fondamentale» enchâssés à l'article 7 de la *Charte*. La méthode suivie par la Cour est fonctionnelle. Elle s'est d'abord demandé si

229. *R. v. Ville de Sault Ste-Marie*, *supra*, note 5, p. 1310. *R. v. Chapin*, (1979) 2 R.C.S. 121, p. 134.

230. *Reid v. Reid*, (1886) 31 Ch. D. 402; *Kent v. The King*, (1924) R.C.S. 388.

231. *Giguère v. Samson*, (1971) C.A. 713.

232. *Roncarelli v. Duplessis*, (1959) R.C.S. 121.

233. *R. v. Kienapple*, (1975) 1 R.C.S. 729.

234. Voir WILLIAMS, «The Defence of Necessity», 6 *Current Legal Problems* 216; BLACKSTONE, *supra*, note 172. *The Mouse's Case*, (1609) 12 Co. Rep. 63 (contra: *R. v. Dudley and Stephens*, (1884-85) 14 Q.B.D. 273). Au Canada, voir *Morgentaler v. R.*, (1976) 1 R.C.S. 616; et surtout *Perka v. R.*, (1984) 2 R.C.S. 232.

235. *Brisson v. R.*, (1982) 2 R.C.S. 227.

236. *Paquette v. R.*, (1977) 2 R.C.S. 189 et toutes les défenses en général.

la responsabilité absolue contrevenait à un principe qui avait l'aspect moral et le caractère essentiel ou fondamental exigés par la théorie constitutionnelle restreinte. L'analyse de ces questions a demandé une recherche en histoire du droit, en théorie du droit et en philosophie morale (même si cette recherche n'apparaît pas explicitement dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*).

Le principe à l'effet qu'«un innocent ne doit pas être puni» est devenu un principe juridique parce qu'il correspondait à une valeur fondamentale d'une philosophie morale donnée (en l'occurrence, la morale chrétienne)²³⁷. C'est St-Augustin qui, le premier, au début du Moyen-Âge énonça la maxime «*reum linguam non facit nisi mens rea*»²³⁸. En droit anglais, au Moyen-Âge, l'intention n'était pas un élément indispensable d'un acte qui entraînait la responsabilité de l'individu²³⁹. On ne faisait pas de distinction entre le droit criminel

237. L'évolution du concept de *mens rea* en *common law* a été analysée par F.B. SAYRE, «*Mens Rea*», (1931-32) 45 *Harv. L. Rev.* 974. Pour un résumé de cette évolution et de sa source morale, voir TURNER, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 9e éd., 1966, ch. II.

238. Sermones, no 180, c. 2, cité dans Pollock et Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. II, 1968, p. 476, note 5. Il est bon de noter que dans *Ethique à Nicomaque*, chap. VIII, livre V, Aristote discute de l'action blâmable en fonction de son caractère volontaire ou non.

239. Il est évident cependant que cela n'insinue pas que l'intention n'était jamais un élément considéré. La morale dominante de l'époque, sous la pression de l'Eglise, avait conduit les rois anglais à gracier ou pardonner (*mercy*) certains individus qui tuaient par inadvertance ou par légitime défense. Il fallut toutefois attendre au 13ième siècle avant de pouvoir dire que c'était devenu une coutume. Voir Sayre, *supra*, note 237, p. 980. Ce que cette proposition insinue, c'est que le système juridique ne faisait pas de place à l'intention de l'individu. Un volume sur le droit anglais, rédigé en 1118, intitulé *Leges Henrici Primi*, montre comment le droit anglais appliquait la responsabilité sans faute ou absolue (publié dans Douglas, Greenaway, *English Historical Documents*, Vol. II, 1953, p. 459). Voir SAYRE, p. 978 ss. Toutefois, en parlant de l'infraction de parjure (*perjury*), le livre mentionne la maxime *reum non facit nisi mens rea*. Pour plusieurs auteurs, il s'agissait là d'une copie de quelques fragments de la doctrine de

et la responsabilité civile (*tort*). Dans tous les cas où une personne subissait un préjudice, la personne responsable devait payer une somme d'argent (qui correspondait à la fois à une compensation et à une amende) à la victime ou à sa famille sans égard à l'intention qu'elle avait de causer l'acte préjudiciable²⁴⁰. Le système anglais était donc fondé sur la responsabilité absolue²⁴¹. Il n'y avait rien de répugnant à punir une personne moralement innocente. D'ailleurs, le juriste anglais ne concevait pas que l'esprit humain puisse être sondé²⁴².

L'attitude de l'Eglise était différente. Sa théologie enseignait que l'élément mental était le critère primordial qui déterminait l'innocence ou la culpabilité. L'expiation du péché ou la pénitence dépendait directement de l'intention «coupable» ou non de l'individu. Il n'existait donc pas pour les théologiens quelque chose comme la responsabilité absolue. Ainsi, lorsque le droit anglais déclarait qu'une personne moralement innocente était coupable (que l'Eglise l'ait déjà déclarée innocente ou non), il contrevenait à la morale chrétienne. Lorsqu'au Moyen-Age on a structuré le droit canon, le clergé était déjà familier avec l'aspect intentionnel qui détermine la culpabilité ou l'innocence de l'individu. Pour lui, l'esprit humain *pouvait* et *devait* être sondé. Ainsi, en matière criminelle, les tribunaux ecclésiastiques firent un rapprochement entre le crime et le péché²⁴³. Il ne pouvait donc y avoir culpabilité criminelle lorsqu'un individu était moralement innocent. La responsabilité absolue était juridiquement incompatible avec la morale chrétienne qui enseignait qu'on ne doit pas punir les innocents. C'est donc le droit canon qui fut le premier système juridique à transformer une valeur morale fondamentale (ne pas punir les innocents; ce qui impliquait nécessairement ceux qui sont moralement innocents) en principe juridique²⁴⁴.

l'Eglise. Voir SAYRE, p. 983 et de façon générale, BAKER, *supra*, note 162, p. 12.

240. WIGMORE, «Responsibility for Tortious Act», (1894) 7 *Harv. L. Rev.* 315 et SAYRE, *supra*, note 237, pp. 976-977.

241. *Ibid.*

242. Voir TURNER, *supra*, note 237.

243. Les tribunaux firent la même relation entre le crime et la peine qu'entre le péché et la pénitence.

244. PLUCKNETT, *supra*, note 166, p. 305.

A cette époque, nous l'avons vu plus haut, la *common law* a emprunté beaucoup au droit canon et a été influencée par la morale chrétienne en général. A son tour elle a traduit en principe juridique la valeur fondamentale de la morale chrétienne. La reconnaissance du principe fut graduelle. Certes, en 1118 on en retrouve une version atténuée dans le volume *Leges Henrici Primi*²⁴⁵. Cependant, au 13^{ème} siècle, fortement influencé par la doctrine canonique, Bracton incorpora dans ce qu'il concevait être la *common law*, leur morale qui consiste à ne pas punir celui qui est moralement innocent:

«We must consider intention and purpose, as well as what is done or said, in order to ascertain what action follows and what punishment. For remove intention and every act will be indifferent; it is your intent which distinguishes your acts, and a crime is not committed unless an intention to injure exists ...»²⁴⁶.

Peut-être Bracton avait-il exagéré l'importance du principe de justice à l'époque. Toutefois, sous la pression constante de la morale chrétienne dominante, le principe fut reconnu par les tribunaux et devint un élément essentiel de la *common law*. Lorsque Lord Coke formula dans son *Third Institute*²⁴⁷, la maxime qui fait encore autorité aujourd'hui *actus no facit reum nisi mens sit rea*, le principe de justice fondamentale à l'effet qu'«une personne moralement innocente ne doit pas être punie» était déjà devenu l'un des préceptes fondamentaux du système juridique²⁴⁸.

Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, la Cour suprême n'a pas de difficulté à qualifier le principe à l'effet qu'«un innocent ne doit pas être puni», entendu depuis le Moyen-Age comme signifiant en particulier qu'«on ne doit pas punir les personnes moralement innocentes» de «principe de justice fondamentale» au sens de l'article 7 de la *Charte*. «Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne

245. Voir *supra*, note 239, pour le crime de parjure.

246. BRACON, *supra*, note 167, pp. 289, 290. Ce passage est aussi cité dans l'article de SAYRE, *supra*, note 237, p. 985.

247. 3 Inst. 6. Voir STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, 1883, vol. II, p. 94.

248. Voir BAKER, *supra*, note 162, pp. 426-427.

humaine et en la primauté du droit»²⁴⁹. La Cour fait grand état de l'origine très ancienne de ce principe: «Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni»²⁵⁰. Elle cite quelques passages célèbres de décisions anglo-canadiennes qui démontrent que les tribunaux ont toujours considéré ce principe comme fondamental. On mentionne l'affaire *Beaver v. The Queen*²⁵¹, et peut-être la plus importante décision à ce sujet au Canada R. v. *Ville de Sault-Ste-Marie*²⁵². La Cour nous rappelle que dans cette dernière affaire, elle avait clairement énoncé que la responsabilité absolue «viole les principes fondamentaux de la responsabilité pénale»²⁵³ et que c'était là l'argument le plus sérieux pour en limiter l'application²⁵⁴. D'où l'incompatibilité entre cette catégorie d'infraction et un précepte «essentiel» ou fondamental de notre système juridique. De plus, la Cour nous rappelle que dans l'affaire *Sault Ste-Marie*, le juge Dickson avait insisté sur le fait qu'«on répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent»²⁵⁵. D'où l'affirmation que le principe fondamental en cause a un contenu moral et qu'il doit se qualifier de «justice fondamentale». La Cour conclut que «la responsabilité absolue en droit pénal contrevient aux principes de justice fondamentale» en ce qu'elle permet au législateur de punir celui qui est innocent²⁵⁶.

Une fois que la Cour suprême a reconnu que le principe à l'effet qu'«un innocent ne doit pas être puni» était un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7, il lui fallait juger si l'art. 94(2) de la *Motor Vehicle Act* lui était compatible. La réponse fut limpide:

- 1- La loi créait expressément une infraction de responsabilité absolue ce qui violait les principes de justice fondamentale enchâssés à l'article 7;

249. *Supra*, note 1, p. 513.

250. *Ibid.*

251. (1957) R.C.S. 531.

252. *Supra*, note 5.

253. *Id.*, 1311.

254. *Ibid.*

255. *Id.*, 1310.

256. *Supra*, note 1, p. 514.

- 2- La loi privait de sa liberté celui qui commettait cette infraction en lui imposant 7 jours de prison²⁵⁷.

La loi était donc incompatible avec l'article 7. Le législateur peut encore pour les mêmes raisons politiques priver un individu de sa liberté, mais il devra le faire en respectant les principes de justice fondamentale. En l'occurrence, il semble bien que le législateur se conformerait aux principes de justice fondamentale s'il créait une infraction de responsabilité stricte²⁵⁸.

Cette décision de la Cour suprême est un excellent exemple de l'application fonctionnelle de la théorie constitutionnelle restreinte. La Cour cherche parmi les préceptes fondamentaux du système juridique un principe dont le contenu moral peut se qualifier de «justice fondamentale» et qui avait pour objet de protéger la vie, la liberté ou la sécurité de l'individu²⁵⁹. En particulier, la Cour vérifie si, en *common law*, une présomption d'intention protège le principe en question.

J'aimerais maintenant ajouter trois commentaires. D'abord, il faut noter que les principes de justice fondamentale enchâssés à l'article 7 de la *Charte* peuvent être plus ou moins spécifiques. Par exemple, le principe à l'effet qu'un «innocent ne doit pas être puni» est général alors que le principe à l'effet qu'un détenu a droit à l'*habeas corpus* est spécifique. Bien souvent, le principe de justice plus spécifique sera le corollaire d'un principe de justice plus géné-

257. *Id.*, 515.

258. *Supra*, note 1, p. 521.

259. Le principe *actus non facit reum nisi mens sit rea* avait pour objet de protéger la liberté. Voyez l'extrait du juge en chef Goddard dans *Harding v. Price*, (1948) 1 K.B. 695, p. 700, cité par le juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, *supra*, note 1, p. 514. «La règle générale applicable aux affaires criminelles est *actus non facit reum nisi mens sit rea* et j'oserais répéter ce que j'ai dit dans l'arrêt *Brend v. Wood* (1946), 62 T.L.R. 462, à la p. 463: «Il est de la plus haute importance pour la protection de la liberté des citoyens qu'un tribunal se rappelle toujours qu'à moins qu'une loi n'élimine clairement ou par implication logique la *mens rea*, comme élément constitutif d'un crime, il ne déclarera pas coupable d'une infraction au droit criminel un homme dépourvu d'intention coupable.»»

ral. En effet, pour être fonctionnel, ce dernier a exigé des tribunaux la création de principes plus spécifiques.

Par exemple, le principe «substantif» général à l'effet qu'«un innocent ne doit pas être puni» a eu, entre autres, pour corollaires les principes «substantifs» plus spécifiques suivants:

- 1- Les accusés sont présumés innocents;
- 2- Il n'y a pas de crime sans texte;
- 3- On ne contrevient aux infractions de nature criminelle que si le prévenu a la *mens rea*;
- 4- Les infractions de nature réglementaire sont de responsabilité stricte.

De plus, les principes «substantifs» généraux et plus spécifiques n'ont pas que des corollaires qui touchent le fond. Ces principes de justice «substantifs» impliquent bien souvent des corollaires «procéduraux» plus spécifiques. Par exemple:

Le principe de la «présomption d'innocence» implique au moins les deux principes procéduraux suivants:

- 1- Il appartient à la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu;
- 2- Le prévenu a droit à une défense pleine et entière²⁶⁰.

De la même façon, si les présomptions d'intention protègent parfois directement un principe de justice fondamentale général substantif, d'autres fois elles protégeront l'un de ses corollaires plus spécifiques «substantif» ou «procédural».

Deuxièmement, s'il est vrai que plusieurs principes de justice fondamentale «procéduraux» sont des corollaires spécifiques qui sanctionnent des principes de justice fondamentale «substantifs», la distinction qui fut proposée entre «procédure» et «substance» pour les fins de l'article 7 n'a théoriquement pas de pertinence. Une telle distinction serait tout à fait artificielle, car même si on disait

260. Remarquez que le principe à l'effet qu'«il appartient à la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu» a eu pour corollaire, récemment dans l'affaire *Oakes*, *supra*, note 97, le principe à l'effet qu'il ne pouvait pas y avoir de renversement de fardeau de preuve.

que l'article 7 n'enchâssait que des principes procéduraux, il faudrait reconnaître qu'un principe «procédural» n'est bien souvent que l'application fonctionnelle et nécessaire d'un principe de justice fondamentale «substantif» reconnu. Il serait alors impossible de soutenir que l'article 7 n'enchâsse que des principes de justice procéduraux²⁶¹. De plus, cette constatation explique bien en quoi la distinction entre procédure et substance est difficile à articuler: elle est fondamentalement artificielle.

Enfin, soutenir que la méthodologie est fonctionnelle n'implique pas qu'elle soit mécanique²⁶². Cela n'implique pas non plus que la «découverte» ou la reconnaissance des principes qui se qualifieront de «justice fondamentale» au sens de l'article 7 de la *Charte* sera une tâche facile et évidente. Au contraire, elle sera souvent difficile et exigera une connaissance approfondie de l'histoire du droit et de la philosophie morale qui sous-tend les divers principes de *common law*. Le passage suivant du professeur Dworkin, tiré de *Taking Rights Seriously* au sujet de la Constitution américaine, est pertinent pour l'interprétation de l'article 7 de la *Charte*.

«The difficult clauses of the Bill of Rights, like the due process and equal protection clauses, must be understood as appealing to moral concepts rather than laying down particular conceptions; therefore a Court that undertakes the burden of applying these clauses fully as law must be an activist Court, in the sense that it must be prepared to frame and answer questions of political morality»²⁶³.

Cependant, une fois identifié, le principe de justice fondamentale fournira aux tribunaux des «*objective and manageable standards*»²⁶⁴.

2ième sous-section: Une théorie restreinte compatible avec les traditions constitutionnelles anglo-canadiennes.

L'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» n'a rien à voir avec la doctrine du «substantive due

261. Je reviendrai indirectement sur cette question dans ma troisième sous-section *infra*.

262. Voir par exemple POUND, «Mechanical Jurisprudence», (1908) 8 *Col. L. Rev.* 605.

263. *Supra*, note 109, p. 147.

264. *Supra*, note 136.

process». Au contraire, elle implique que le contrôle judiciaire des lois sera conforme aux traditions anglo-canadiennes de droit constitutionnel. La Cour contrôlera le contenu des lois, certes, mais ne s'occupera pas de la sagesse ou de l'opportunité de ce contenu ni de ses politiques sous-jacentes. Par conséquent, conformément à la théorie constitutionnelle générale exposée dans ma première partie, la nature du processus de décision constitutionnelle conserve sa légitimité.

La doctrine du «*substantive due process*», nous l'avons vu plus haut, conduisait les tribunaux à reviser la sagesse et l'opportunité des lois. Ce contrôle judiciaire des lois était rendu possible par les critères même qui découlaient de la doctrine américaine. Les tribunaux, en revisant la «raisonnabilité» de la loi, scrutaient les objectifs de la loi et se demandaient s'ils étaient permmissibles, légitimes ou s'ils se justifiaient en vertu d'un intérêt suffisant. Nous avons vu qu'en ce faisant, les tribunaux substituaient leur opinion à celle du législateur: «vous dites qu'il faut protéger la santé des boulangers, nous on pense que non: loi invalide». Aussi, ils contrôlaient la nécessité des moyens pour atteindre la fin: «vous prétendez que la loi va atteindre votre objectif? Nous on pense que non: loi invalide». Les tribunaux s'étaient donnés des critères qui les amenaient directement au coeur du débat sur la sagesse et l'opportunité de la loi.

Les critères d'application des principes de justice fondamentale ne transformeront pas les tribunaux en «superlégislatures». Au contraire, la nature du processus de décision constitutionnelle qui découle de l'article 7 est tout à fait conforme à ce qu'elle était avant 1982. Pour bien saisir l'exactitude de cette affirmation, il faut se rappeler à la fois du processus d'interprétation des lois et à la fois du processus de décision constitutionnelle en matière de division des pouvoirs.

Depuis plusieurs siècles maintenant les tribunaux interprètent les textes législatifs. Pour bien exercer cette tâche ils ont créé certains principes d'interprétation que l'on retrouve maintenant énoncés dans diverses monographies²⁶⁵. Parmi ces principes, on re-

265. Par exemple, P.A. COTE, *Interprétation des lois*, 1982; W.F. CRAIES, *On Statute Law*, 7e éd., 1971; R. DICKERSON, *The Interpretation and Application of Statutes*, 1975; E.A. DRIEDGER, *The Construction of Statutes*, 1974; P.B. MAX-

trouve le principe à l'effet que les lois doivent recevoir une interprétation favorable aux droits et libertés des citoyens. Traditionnellement, il s'agissait de protéger les droits à la vie, à la liberté et à la propriété. Aujourd'hui, d'autres droits et libertés se sont ajoutés à ceux-là²⁶⁶. Dans ces cas, les tribunaux restreignent la portée des lois qui portent implicitement atteinte aux droits et libertés des individus. Ce n'est que lorsque le parlement exprime clairement et expressément son intention de limiter un droit ou une liberté que les tribunaux vont appliquer la loi en ce sens²⁶⁷. Les tribunaux ont donc créé les présomptions d'intention. Nous avons déjà dit que certaines d'entre elles avaient pour objet de protéger les «principes de justice fondamentale»²⁶⁸.

La nature du processus décisionnel relatif à l'article 7 de la *Charte* est conforme à celle qui existait en matière de présomptions d'intention²⁶⁹. D'une part les tribunaux doivent identifier les principes de justice fondamentale qui méritent une protection particulière. Dans les deux cas, soit en *common law*, soit en vertu de l'article 7 de la *Charte*, la nature du processus d'identification et de reconnaissance (ce qu'on pourrait appeler la définition) des principes est la même²⁷⁰. En outre, dans les deux cas les juges doivent tirer les corollaires fonctionnels pertinents²⁷¹. D'autre part, que nous soyons en matière d'interprétation des lois ou en droit constitutionnel, les tribunaux devaient et doivent nécessairement scruter le contenu des lois de façon à mesurer sa compatibilité avec les principes de justice protégés (soit par les présomptions, soit par l'article 7). Or, cette analyse est encore la même dans les deux cas. Par exemple, l'article 94 de la *Motor Vehicle Act* qui créait une infraction de responsabilité absolue était incompatible avec le même principe («on ne doit pas punir les individus moralement innocents»)

WELL, *On the Interpretation of Statutes*, 12e éd., 1969.

266. Voir *Boucher v. Le Roi*, (1951) R.C.S. 265. Voir aussi A. DENNING, *supra*, note 154.

267. Pour un exemple récent, voir l'affaire *Colet v. La Reine*, *supra*, note 206.

268. Voir notre discussion dans la section précédente.

269. Evidemment ce processus d'interprétation des lois existe encore aujourd'hui pour tous les principes de justice, enchâssés ou non, à l'article 7.

270. Voyez par exemple la discussion au sujet de l'identification du principe de la *mens rea* dans la sous-section précédente.

271. *Ibid.*

pour les mêmes raisons et en fonction des mêmes critères tant en matière d'interprétation des lois qu'en vertu de l'article 7 de la *Charte*.

De plus, les principes protégés (par l'article 7 et par les présomptions d'intention) sont tantôt procéduraux et tantôt substantifs. Par conséquent, les tribunaux connaissent déjà ce que signifie le contrôle du contenu substantif des lois. C'est une tâche qu'ils exécutent depuis longtemps en interprétant les lois. Par exemple, la présomption en faveur de la *mens rea* exigeait déjà un contrôle substantif des lois. La *Charte* n'a pas modifié cet aspect important du processus décisionnel qui consiste à protéger les principes de justice fondamentale. Sous cet aspect, il n'y a pas eu de rupture mais une continuité conforme aux traditions constitutionnelles anglo-canadiennes.

Il y a cependant une différence entre l'interprétation des lois et l'application de l'article 7. Elle se situe au niveau des sanctions de l'incompatibilité qui existe entre le contenu des lois et les principes de justice fondamentale. En matière d'interprétation des lois, dès que les tribunaux avaient la conviction que l'intention du législateur était de limiter un principe de justice fondamentale, ils donnaient préséance à la loi. Ceci découlait du principe de la suprématie du parlement. Ainsi, s'il y avait effectivement incompatibilité, le principe devenait en quelque sorte inopérant. Depuis 1982, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a inversé la sanction de l'incompatibilité. Les tribunaux doivent désormais donner prépondérance à la *Charte*²⁷². En l'occurrence, s'il y a incompatibilité entre un principe de justice et le contenu d'une loi, cette dernière devient inopérante. Ceci découle du principe de la suprématie de la Constitution.

Cependant, cette rupture dans le processus décisionnel au niveau de la sanction de l'incompatibilité n'en est plus une si on l'analyse à la lumière du processus de décisions constitutionnelles en matière de division des pouvoirs. Il y a longtemps que les tribunaux canadiens invalident les lois qui sont incompatibles avec les valeurs constitutionnelles enchâssés dans la *Loi constitutionnelle de*

272. Voir le Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba, (1985) 1 R.C.S. 721, pp. 744 et ss.

1867²⁷³. Dans le cadre de cette fonction, les tribunaux définissaient d'abord le contenu des valeurs fondamentales enchâssées principalement aux articles 91-92 de cette loi et scrutaient ensuite le contenu des lois pour voir si son aspect dominant était compatible avec les valeurs constitutionnelles. Comme pour l'interprétation des lois, le contenu des valeurs constitutionnelles impliquait un contrôle du contenu procédural ou substantif des lois²⁷⁴. Lorsque la Cour concluait qu'il y avait incompatibilité, elle invalidait la loi et donnait préséance à la Constitution.

C'est pourquoi nous pouvons prétendre et affirmer que la nature du processus de décision constitutionnelle qui découle de l'application de l'article 7 est conforme aux traditions juridiques anglo-canadiennes. D'une part elle implique une méthode analytique conforme au processus d'interprétation des lois et d'autre part la sanction est conforme au processus de décision constitutionnelle que l'on retrouve en division des pouvoirs. Par conséquent, cette approche n'a rien à voir avec la doctrine du «*substantive due process*». Elle ne devrait pas conduire au contrôle de la sagesse ou de l'opportunité du contenu et des politiques sous-jacentes des lois.

Dans la mesure où l'interprétation des lois au Canada et le contrôle judiciaire des lois en matière de division des pouvoirs étaient légitimes avant 1982, le processus de décision constitutionnelle sous l'article 7 devrait aussi être considéré comme légitime. Si on ajoute à cela certains arguments tirés de l'article 33 de la *Charte* qui a pour effet de laisser le «dernier mot» au parlement ainsi que la formule d'amendement, il faut conclure que l'interprétation de l'expression «principe de justice fondamentale» conduira à des décisions constitutionnelles aussi légitimes que celles que nous avions avant 1982²⁷⁵.

273. Voir *supra*, seconde partie, section 1.

274. Par exemple, dans l'affaire *Marshall v. R.*, (1961) R.C.S. 123 les tribunaux ont contrôlé le contenu procédural de la *Highway Traffic Act* de l'Ontario alors que dans l'affaire *Caloil Inc. v. Le P.G. du Canada*, (1971) R.C.S. 543, la Cour suprême a analysé le contenu substantif de la loi litigieuse.

275. Comme je l'ai mentionné dans ma *deuxième partie*, la question de la légitimité du contrôle judiciaire des lois par les tribunaux dépend de la théorie politique acceptée. Or, ni la Cour suprême, ni ce commentaire n'ont tenté d'élaborer le contenu normatif d'une telle théorie. Pour les fins de l'argumentation, il

3ième sous-section: *Une application évolutive*

L'une des principales objections que l'on formulera à l'encontre de la théorie constitutionnelle restreinte consiste à prétendre qu'elle favorisera le *statu quo*. En fondant l'interprétation de l'article 7 sur les principes de justice développés en *common law*, les tribunaux auront tôt fait de geler la portée de l'expression «principes de justice fondamentale» à des valeurs traditionnelles²⁷⁶. A mon avis, cette objection ne doit pas être retenue pour deux raisons.

Le premier motif est le plus évident. Depuis la première décision de la Cour suprême sur la *Charte*, un des principes d'interprétation constants et clairs est à l'effet que la *Charte* doit

«être susceptible d'évoluer avec le temps *de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques* que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées. Les tribunaux sont les gardiens de la constitution et ils doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'ils interprètent ses dispositions»²⁷⁷.

Cependant, un second motif m'incite à croire que les «principes de justice fondamentale» enchâssés à l'article 7 seront interprétés de façon évolutive. Il s'agit de la nature même des prin-

est présumé que l'interprétation et le contrôle judiciaire des lois avant 1982 étaient légitimes politiquement.

276. C'est du moins ce qu'a prétendu le professeur Mackay dans son article «Fairness After the Charter: A Rose by Any Other Name?», (1985) 10 *Queen's L.J.* 263. A son avis, l'approche historique utilisée pour interpréter le concept de droit à la vie enchâssé à l'article 7 de la *Charte* dans l'affaire *Borowski v. P.G. du Canada*, (1984) 1 W.W.R. 15 (Sask. Q.B.) protégeait le *statu quo* et les valeurs traditionnelles (p. 329). A la note 281, en référant à la thèse que j'avais développée dans «Section 7...», *supra*, note 15, au sujet de l'interprétation à donner à l'expression «principes de justice fondamentale», on peut lire «[t]his seems to be a point which is under-rated by Professor Tremblay [...]», p. 329.
277. *Hunter v. Southam Inc.*, (1984) 2 R.C.S. 145, p. 155. Les italiques sont de nous. Voir aussi *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, (1984) 1 R.C.S. 357.

cipes. Comme nous l'avons démontré plus haut, la nature du processus de décision constitutionnelle en vertu de l'article 7 sera conforme aux traditions juridiques anglo-canadiennes. En particulier, les tribunaux continueront à faire ce qu'ils font depuis des siècles en matière d'interprétation des lois (sauf pour la sanction de l'incompatibilité)²⁷⁸. Or, dans ce domaine, avant 1982, les tribunaux faisaient évoluer les principes de justice fondamentale. La nature même de la *common law* impliquait que ces principes soient interprétés et appliqués de façon évolutive. Comme le disait le juge Rand dans l'affaire *Boucher v. Le Roi*²⁷⁹,

«the basic nature of the Common law lies in its flexible process of traditional reasoning upon significant social and political matter [...]»²⁸⁰.

L'affaire *R. v. Ville de Sault Ste-Marie*²⁸¹ nous fournit un très bon exemple où la Cour suprême du Canada, en 1978, a fait évoluer un principe de justice fondamentale. Comme on l'a vu dans la première sous-section, un principe existait déjà: «un innocent ne doit pas être puni». L'histoire socio-politique du pays a amené le législateur à créer des infractions de type réglementaire qui n'exigeaient pas de *mens rea*²⁸². Les tribunaux ont déduit du principe de justice général un corollaire plus spécifique: les infractions de type réglementaire doivent permettre la défense de diligence raisonnable et d'erreur de fait de façon à ne pas contrevenir au principe de justice fondamentale²⁸³. Cette illustration nous montre bien le caractère évolutif des principes de justice fondamentale.

Par ailleurs, il serait irrationnel de soutenir qu'alors que ces principes de justice évoluaient en *common law*, ils ont été figés par

278. Voir la sous-section précédente.

279. *Supra*, note 266.

280. *Id.*, 286.

281. *Supra*, note 5.

282. Voir F.B. SAYRE, «Public Welfare Offences», (1933) 33 *Colum. L. Rev.* 55.

283. Le professeur Glanvill Williams écrivait au sujet des infractions de responsabilité absolue: «[...] the ready concession of liability without fault by the judges naturally has the effect of devaluing the principle of justice». *Textbook of Criminal Law*, 1978, p. 906.

leur enchâssement à l'article 7 de la *Charte*. Au contraire, l'interprétation des principes enchâssés, on l'a dit, doit être évolutive.

Par ailleurs, à mon avis, la question n'est pas tant de savoir si les principes de justice fondamentale recevront une interprétation évolutive que d'identifier la méthode qui permettra aux juristes de créer les nouveaux principes.

Intuitivement nous pourrions distinguer entre deux catégories de nouveaux principes: la première regroupant les nouveaux corollaires de principes de justice fondamentale préexistants ou reconnus, la seconde regroupant des nouveaux principes qui ne sont apparemment pas des corollaires de principes de justice fondamentale préexistants ou reconnus.

Selon cette classification, la première catégorie ne pose pas beaucoup de problème théorique (ce qui ne veut pas dire que l'application concrète sera facile). Nous en avons déjà parlé plus haut. Elle suppose une méthode par laquelle les tribunaux identifient les corollaires nécessaires pour qu'un principe général soit appliqué de façon fonctionnelle. Encore une fois, l'affaire *Sault Ste-Marie*²⁸⁴ peut nous servir d'exemple. La Cour suprême a déduit du principe général à l'«effet qu'un innocent ne doit pas être puni» le principe à l'effet que les infractions de type réglementaire doivent permettre une défense de diligence raisonnable et d'erreur de fait. Cependant, le principe général continuera à évoluer. Il est susceptible d'impliquer d'autres principes qui ne sont pas reconnus à ce jour. Pensons par exemple à la défense d'«ignorance de la loi»²⁸⁵. Cette défense pourrait peut-être un jour être considérée comme un corollaire du principe enchâssé à l'article 7. De même, si on ne peut pas prétendre aujourd'hui qu'il existe un principe de justice clair à l'effet que les «lois ne doivent pas être vagues», peut-être qu'un jour les tribunaux l'incluront dans le concept de principes de justice fondamen-

284. *Supra*, note 5.

285. Voir JODOUIN, *supra*, note 15, p. 221. Voir aussi N.S. KASTNER, «Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error», (1986) 28 *Crim. L.Q.* 308 et la bibliographie jointe, pp. 339 et 340.

tale²⁸⁶. Dans l'affaire *Marcotte v. Sous-procureur général du Canada*²⁸⁷, la Cour suprême écrivait:

«Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'importance de la clarté et de la certitude lorsque la liberté est en jeu. Il n'est pas besoin de précédent pour soutenir la proposition qu'en présence de réelles ambiguïtés ou de doutes sérieux dans l'interprétation et l'application d'une loi visant la liberté d'un individu, l'application de la loi devrait alors être favorable à la personne contre laquelle on veut exécuter ses dispositions. Si quelqu'un doit être incarcéré, il devrait au moins savoir qu'une loi du Parlement le requiert en des termes explicites, et non pas, tout au plus, par voie de conséquence»²⁸⁸.

En *common law*, la loi pouvait être vague et même très vague. Il appartenait aux tribunaux de l'interpréter. De manière à respecter les droits fondamentaux, les juges en restreignaient la portée. Qui sait si un jour on ne déduira pas du principe qui veut qu'«un innocent ne doit pas être puni» le corollaire qu'une loi ne doit pas être vague lorsque les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité sont en jeu²⁸⁹? Si tel est le cas, il faudra s'assurer que la méthode

286. L'idée que les lois ne doivent pas être vagues fait partie de la théorie juridique depuis longtemps. Voir NOTE, «Void for Vagueness: an Escape from Statutory Interpretation», 23 *Ind. L.J.* 272 (1948). Fuller, dans son principal volume *The Morality of Law*, 1964, fait même de la «clarté» ou de la «précision» des lois l'un des huit éléments minimum qui forment ce qu'il a appelé «an inner morality of law». Pour lui, «the desideratum of clarity represents one of the most essential ingredients of legality», p. 63.

287. (1976) 1 R.C.S. 108.

288. *Id.*, 115.

289. Depuis l'enchâssement de la *Charte*, on voit que les tribunaux canadiens ont parfois invalidé des lois imprécises ou vagues. Dans *Re Ontario Film and Video Appreciation Society v. Ontario Board of Censors*, 5 C.R.R. 373, la Cour d'appel d'Ontario a déclaré inopérantes certaines dispositions de la *Theatres Act*, R.S.O. 1980, c. 498, en argumentant qu'une loi vague n'était pas une règle de droit au sens de l'article 1 de la *Charte*. Dans l'affaire *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada*, (1985) 1 C.F. 85, la Cour fédérale d'appel a rendu inopérant le numéro tarifaire 99201-1 de la liste C du *Tarif des douanes*, S.R.C.

suivie pour élaborer ce nouveau principe aura été conforme aux traditions anglo-canadiennes.

La seconde catégorie de nouveaux principes de justice fondamentale, par contre, pose beaucoup plus de problèmes. J'inclus dans cette catégorie tous les principes de justice qui ne sont apparemment pas des corollaires de principes de justice fondamentale préexistants ou reconnus. De prime abord, rien ne s'oppose à ce que les tribunaux créent des principes de cette catégorie. Une approche évolutive pourrait aller jusque-là. Cependant, si tel était le cas, il y aurait raison de s'inquiéter. Quelles seront les balises de la Cour? Quels seront les paramètres de sa discrétion? N'y a-t-il pas un risque de les voir créer des principes qui leur permettront de contrôler indirectement ou même directement la sagesse du législateur?

La réponse à ces questions dépendra de la méthode qui guidera les tribunaux dans leur quête de nouveaux principes. Le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* n'aborde pas cette question. Dans cette affaire, la Cour suprême a élaboré une méthode qui lui a permis d'identifier un principe de justice fondamentale préexistant et reconnu. La question qu'il faut se poser est de savoir si les critères proposés par la Cour dans cette affaire sont des indices pertinents pour circonscrire la méthode qui permettrait aux tribunaux de créer des principes nouveaux qui ne seraient pas des corollaires de principes préexistants ou reconnus.

Cette question est très difficile et soulève tant de problèmes qu'elle pourrait faire elle-même l'objet d'une thèse. Aussi, je ne m'aventurerai pas sur cette voie. Toutefois, je m'en voudrais de ne pas faire les six brèves remarques suivantes.

1970, chap. C-41 (mod. par S.C. 1976-77, chap. 28, art. 49(2)) pour le motif qu'une norme législative imprécise ne peut pas être considérée comme une limite raisonnable au sens de l'article 1 de la *Charte*. A mon avis, si le principe à l'effet qu'une «loi ne doit pas être vague» devait un jour être garanti par la *Charte*, le fondement devrait se trouver à l'article 7 et non à l'article 1. Ce dernier article n'a pas pour objet de protéger des principes de justice ou des droits mais d'établir «les seuls critères justificatifs auxquels doivent satisfaire des restrictions». Voir *R. v. Oakes*, supra, note 97. *La démonstration de cette affirmation n'a malheureusement pas sa place ici.*

1- Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, la Cour précise que les principes de justice fondamentale «se trouvent dans les préceptes fondamentaux»²⁹⁰ du système juridique. Elle ajoute que la nature, les sources, la raison d'être et le rôle essentiel (ou non) du principe dans le système juridique à l'époque en cause détermineront si un principe sera enchâssé à l'article 7²⁹¹.

Ces propositions semblent incompatibles avec la création de principes de la seconde catégorie. Comment peut-on logiquement réconcilier un principe qui n'est le corollaire d'aucun principe de justice fondamentale préexistant et la proposition qui en fait l'un des «préceptes fondamentaux du système»? C'est pourquoi je crois que la Cour suprême refusera de créer des principes qui ne se rattachent ou qui n'ont pas de racine dans le système juridique. Par conséquent, seuls des corollaires de principes de justice fondamentale préexistants pourront être créés, si on ne veut pas contredire les caractéristiques de la théorie constitutionnelle restreinte.

2- Il faut ajouter cependant que tout ceci peut devenir une simple question de rhétorique. Il est possible que plusieurs d'entre nous confondent les principes préexistants avec les principes reconnus ou déclarés par une Cour de justice dans une décision. Cette confusion a été éloquemment soulignée dans *Taking Rights Seriously*²⁹², par le professeur Dworkin. Bien que ce dernier cherchait à faire une critique du positivisme moderne (en fait il attaquait plus précisément la théorie exposée par Hart, dans *The Concept of Law*²⁹³), sa discussion peut être très utile pour qui cherche à identifier des nouveaux principes de justice fondamentale.

Pour Dworkin, l'idée essentielle des positivistes qui consiste à définir le droit existant en fonction d'une règle de reconnaissance (rule of recognition) est mal fondée et incomplète²⁹⁴. Par exemple, pour Hart, la règle de reconnaissance identifie certaines sources (lois, décisions judiciaires) comme sources du droit. Une règle

290. *Supra*, note 1, p. 512.

291. *Id.*, 513. Il faut ajouter que le «système juridique» ne sera peut-être pas limité à la *common law*. La constitution, les lois, les règlements et tous les autres éléments du système juridique sont susceptibles d'être analysés.

292. *Supra*, note 109, voir principalement les chap. II, III et IV.

293. *Supra*, note 149.

294. *Supra*, note 109, chap. II, pp. 14 à 45.

devient une règle de droit si elle a été déclarée par une telle source²⁹⁵. De la même façon, un principe est un principe juridique seulement si une autorité reconnue l'a déclaré.

Pour Dworkin, cette théorie (basée sur la règle de reconnaissance) n'explique pas comment on identifie tous les principes juridiques. En se servant d'exemples²⁹⁶, il tente de démontrer qu'un principe peut déjà faire partie du système juridique sans qu'aucune Cour ne l'ait jamais formulé ou déclaré. Ainsi, pour lui, si un principe justifie correctement un ensemble de règles juridiques déjà déclarées et reconnues, ce principe est un principe juridique: c'est-à-dire qu'il existe déjà dans le système juridique²⁹⁷. Par consé-

295. *Supra*, note 149, chap. VI, pp. 97 à 120. Cependant, il arrive parfois qu'un cas présente un problème d'une nature telle que la Cour ne sait pas quelle est la règle de droit applicable. Pour Hart, ceci est inévitable étant donné que le langage (qui est l'outil par lequel les règles de droit sont articulées) a ce qu'il appelle une «*open texture*». Dans un tel cas, Hart prétend que la Cour doit exercer une discrétion et décider en dehors du droit en fonction de considérations politiques et morales. *Id.*, 120 à 132.

296. En réalité, il se sert de deux exemples tirés de la jurisprudence américaine: *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889) et *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A. 2d 69 (1960), *supra*, note 109, pp. 23 et ss. Dworkin prétend toutefois que «almost any case in a law school casebook would provide examples that would serve as well». *Id.*, 23.

297. Il est évident qu'une discussion articulée de la thèse de Dworkin n'a pas sa place ici et doit faire l'objet d'un article en soi. Cependant, l'idée générale qui sous-tend cette thèse que l'on retrouve au chap. II de *Taking Rights Seriously* peut très sommairement se résumer ainsi: il arrive souvent que les tribunaux s'écartent des règles de droit déclarées et reconnues par les sources appropriées (décisions, lois ...) au nom d'un principe; cette attitude est tout à fait incompatible avec l'idée fondamentale des positivistes qui veut que les tribunaux appliquent le droit tel qu'il est (*as it is*) plutôt que comme il doit être (*ought to be*). En d'autres mots, cette attitude est incompatible avec l'idée que les règles de droit lient les tribunaux. Par conséquent, les principes doivent faire partie du système de droit. Dworkin offre un second argument: la Cour a pour fonction de sanctionner des droits; si les principes ne font pas

quent, la règle de reconnaissance est insuffisante puisqu'il ne suffit pas de regarder les sources pour identifier les principes juridiques. Les principes juridiques, pour l'auteur, peuvent découler de la théorie morale ou politique qui justifie le mieux les règles de droit reconnues et déclarées²⁹⁸.

Si jamais la critique de Dworkin était fondée, ceci voudrait dire qu'il n'y a pas beaucoup de distinction méthodologique à faire entre les première et seconde catégories de nouveaux principes de justice fondamentale. En fait, les principes de la seconde catégorie seraient des corollaires de principes *préexistants* mais *non déclarés* par les sources alors que ceux de la première catégorie seraient des corollaires de principes *préexistants* et *déclarés* par une ou des sources. Dans les deux cas, les tribunaux auraient le devoir de déduire certains corollaires (plus spécifiques) d'un principe de justice fondamentale général préexistant (déclaré ou pas).

La seule distinction entre les nouveaux principes de la première et ceux de la seconde catégorie procéderait alors du processus d'identification des principes de justice préexistants. Pour la première catégorie, il n'y a pas de problème. La Cour analyse les sources et décide à la lumière de l'histoire du droit et de la théorie morale si un principe préexistant reconnu et déclaré doit être qualifié de principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte*. Le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* fournit un exemple de ce processus d'identification.

Encore une fois, c'est la seconde catégorie qui pose des problèmes. Comment les tribunaux identifieront-ils les principes de justice fondamentale préexistants qui n'ont été ni reconnus ni déclarés par une Cour ou par une législature? Cette question nous invite encore à consulter la théorie proposée par Dworkin dans *Taking Rights Seriously*²⁹⁹. Je ne prétends pas que cette dernière doive nécessairement être celle retenue par les tribunaux mais elle forme un

partie du droit, et que les tribunaux décident en fonction de ceux-là, les parties ne peuvent pas prétendre avoir des droits. De plus, pour l'autre partie, des obligations seraient créées *ex post facto*. Certains principes doivent donc nécessairement faire partie du droit, sans quoi le positivisme lui-même doit être révisé.

298. *Ibid.* Voir en particulier *supra*, note 109, pp. 39 à 45.

299. *Supra*, note 109.

bon point de départ et s'applique bien à l'interprétation de l'article 7 de la *Charte*.

Dworkin a créé un juge qui possède des pouvoirs de surhumain. Il l'a baptisé Hercule. Ce dernier est si puissant intellectuellement qu'il connaît tout le système juridique, toutes ses règles et tous ses principes et peut les articuler d'une manière parfaitement cohérente. Hercule accepte aussi toutes les règles fondamentales du système (le rôle d'une loi, les précédents, le *stare decisis*, etc.)³⁰⁰.

Les pouvoirs exceptionnels de Hercule lui permettent de décider les cas difficiles (*hard cases*) en fonction de diverses théories juridiques. Pour lui, il existe une théorie juridique qui structure chaque secteur de droit. Il se demande donc quelle est la théorie morale ou politique qui justifie le mieux l'ensemble des institutions et des règles de droit élaborées par les diverses sources (lois et décisions judiciaires). Cette théorie morale ou politique implique plusieurs principes que Hercule doit identifier. Par exemple, quels sont les principes moraux ou politiques de la théorie morale ou politique qui justifient le mieux l'ensemble des règles de droit en matière criminelle? Ce travail, s'il est correctement exécuté, conduira les tribunaux à reconnaître plusieurs principes préexistants qui font partie du système juridique et qui méritent le nom de principes juridiques même s'ils n'ont jamais été déclarés³⁰¹.

L'approche suggérée par Dworkin est pertinente pour interpréter l'article 7 de la *Charte*. Il ne suffirait donc pas de dire aux plaideurs «le principe que vous nous proposez d'inclure à l'article 7 n'a aucun fondement; d'une part il n'a jamais été déclaré et d'autre part il n'est pas le corollaire d'un principe de justice fondamentale déclaré»³⁰². La Cour devrait encore se demander d'abord si le prin-

300. *Id.*, 105 et ss.

301. En faisant reposer les décisions dans les cas difficiles sur les principes qui sont implicites dans la théorie morale ou politique qui sous-tend l'ensemble des règles de droit, Dworkin limite la discrétion judiciaire (et critique cet aspect du positivisme exposé, entre autres, par HART, *supra*, note 295). Voir *id.*, chap. 4 et 13.

302. Ce qui, encore une fois, n'était pas le cas dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*. Le principe à l'effet qu'un innocent ne doit pas être puni et son corollaire qui faisait tomber les infractions de types réglementaires dans la catégorie de res-

cipe allégué fait partie de la théorie morale qui sous-tend l'ensemble des principes et des règles déclarées relatif à la «justice fondamentale» ou, ensuite, si ce principe n'est pas le corollaire d'un tel principe moral.

Cette tâche ne sera évidemment pas facile. C'est pourquoi Dworkin avait créé Hercule. En pratique, elle impliquera des choix fort controversés que l'on retrouve en théorie morale³⁰³.

Supposons par exemple que l'Assemblée nationale adopte la *Loi 1* qui a pour objet d'abroger la *Loi sur l'Aide sociale* et qu'un groupe de bénéficiaires en conteste la constitutionnalité sur la base de l'article 7 de la *Charte*. Supposons aussi que les tribunaux concluent, pour les fins de cet exemple seulement, que le droit à la «sécurité» des bénéficiaires intéressés est menacé directement par la *Loi 1*³⁰⁴. Il reste encore aux bénéficiaires de convaincre la Cour que cette violation du droit à la sécurité ne se fait pas en conformité avec les principes de justice fondamentale. Supposons enfin que ces derniers plaident que la *Loi 1* viole le principe de justice à l'effet que «les individus ont droit au minimum vital». Les tribunaux devront décider si le «droit au minimum vital» est un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte*. La réponse à cette question difficile dépendra ultimement de la théorie morale acceptée pour expliquer et justifier les principes et les règles de droit que l'on retrouve dans le système juridique.

S'il est difficile de contester qu'assurer à chacun le «minimum vital» est un aspect de la «dignité humaine», il est plus facile de

ponsabilité stricte étaient préexistants et déclarés.

303. *Supra*, note 109, voir par exemple pp. 117 et 126.

304. Je ne me prononce évidemment pas sur l'exactitude de cette hypothèse ni sur la question de savoir si la seule violation du droit à la sécurité constitue une violation de l'article 7. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, le juge Lamer a laissé la porte ouverte à cette interprétation. «D'après les faits de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'article accorde une plus grande protection, notamment si, en l'absence d'une violation des principes de justice fondamentale, il peut quand même y avoir, compte tenu de la formulation de l'article, une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, que garantit l'art. 7». *Supra*, note 1, p. 500.

contester que ce principe est un élément «essentiel» du système juridique. Plusieurs personnes peuvent se préoccuper de la «dignité humaine» et être en désaccord avec l'existence de cette valeur comme principe juridique fondamental. En fait, l'expression «dignité humaine» est particulièrement vague. Supposons que pour la Cour ce concept signifie au moins que les individus doivent être traités comme des fins en soi, et non comme des moyens, puisqu'ils sont des êtres autonomes, raisonnables et distincts. Pour faciliter les choses, associons cette conception à Immanuel Kant³⁰⁵. Nos juges sont donc kantien. Malheureusement, cela n'implique pas que les juges arriveront à la même conclusion. Ils peuvent chacun insister sur divers aspects de ce que comprend la dignité humaine en argumentant que ce sont là les aspects «essentiels» du système juridique. Par exemple, pour un juge, l'ensemble du système juridique pourrait se justifier par une théorie morale qui ressemble beaucoup à celle proposée par Rawls dans *A Theory of Justice*³⁰⁶. Pour lui, la justice distributive serait un élément essentiel du système juridique et par conséquent, il pourrait exister un principe à l'effet que les plus défavorisés ont droit au minimum vital³⁰⁷. Pour un autre juge, tout aussi kantien, le système juridique serait beaucoup plus inspiré par une théorie morale «libertaire» du genre de celle proposée par Nozick dans *Anarchy, State and Utopia*³⁰⁸. Par conséquent, il n'existerait pas de principe essentiel dans le système juridique à l'effet que les individus ont «droit au minimum vital» puisque la justice distributive n'en serait pas un³⁰⁹.

Pourtant, les deux juges se disent adhérer à une morale kantienne et s'accordent pour dire qu'elle justifie le concept de dignité humaine qui, sous la pression de la morale chrétienne, est devenu une valeur fondamentale du système juridique!

305. En théorie politique et juridique, il est d'usage d'associer cette conception de la dignité humaine à Kant. Voir, par exemple, B.A. ACKERMAN, *Private Property and the Constitution*, 1977; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971; R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, (1974); C. FRIED, *Right and Wrong*, 1978; S. LUCKES, *Individualism*, 1973.

306. *Ibid.*

307. *Id.*, 65 à 108.

308. *Supra*, note 305.

309. *Id.*, 149 à 231.

Il ne s'agit pas pour moi d'articuler ici une théorie constitutionnelle ou morale qui aidera la Cour à créer des nouveaux principes de justice qui découlent de principes de justice fondamentale préexistants mais non déclarés. Je laisse ce travail à Hercule. Il s'agit simplement d'insister sur l'importance d'articuler une théorie morale ou une théorie constitutionnelle qui justifierait à la fois les principes préexistants et déclarés et à la fois les nouveaux principes de justice fondamentale³¹⁰.

310. Il est fort probable que les nouveaux principes de justice fondamentale enchâssés à l'article 7 de la *Charte* ne seront pas des corollaires de principe de justice favorable à une théorie morale «utilitariste» du genre de celle proposée par Bentham (J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1970). Une telle doctrine morale semble l'antithèse d'une théorie morale qui a foi en la «dignité humaine». Pour un utilitariste, un principe juridique est juste s'il a pour effet de maximiser le bonheur ou le bien-être de la collectivité (ce qu'on appelle «l'utile»). Les principes de justice ne cherchent donc pas à favoriser la «dignité humaine» (même si évidemment la majorité des individus récolteront indirectement les avantages d'une société utilitariste). Les individus sont plutôt conçus comme des moyens qui servent à maximiser la somme comptable de l'utile. L'utilitarisme est aujourd'hui fort critiqué. Pour beaucoup d'auteurs, Rawls (*supra*, note 305), Nozick (*supra*, note 305), Dworkin (*supra*, note 109) ou Fried (*supra*, note 305) par exemple, cette théorie est mal fondée puisqu'elle ne se préoccupe spécifiquement pas de la dignité humaine.

C'est d'ailleurs dans le sens d'un rejet de l'utilitarisme qu'il faut lire certains passages de la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*. Au sujet de l'argument fondé sur l'intérêt public comme élément à tenir compte à l'article 7, le juge Lamer répond:

«Si, en mentionnant l'intérêt public, on a voulu dire que les exigences de l'intérêt public à l'égard de certains types d'infractions constituent un facteur dont il faut tenir compte pour déterminer si la responsabilité absolue est contraire aux principes de justice fondamentale, alors je ne puis être d'accord; si la Cour d'appel parle de l'intérêt public comme étant une justification possible en vertu de l'article premier, d'une limitation des droits garantis par l'art. 7, alors je suis d'accord» (*supra*, note 1, p.

3- La Cour devra aussi s'assurer que le nouveau principe de justice fondamentale est compatible avec la théorie constitutionnelle générale exposée dans ma seconde partie. Ainsi, les critères nécessaires à l'application du principe ne devront pas amener les juges à contrôler la sagesse et l'opportunité des lois et des politiques sous-jacentes. En particulier, la Cour devra s'assurer que le principe ne soit pas une version canadienne de «*substantive due process*»³¹¹.

517).

311. C'est pourquoi, dans la mesure où un principe de justice fondamentale impliquerait un certain contrôle des choix politiques du législateur, la Cour devrait s'assurer des paramètres de son processus décisionnel de façon à ne pas contrôler la sagesse du législateur. Par exemple, si la Cour reconnaissait un principe à l'effet que «tous ont droit au minimum vital» (ce qu'il n'est pas possible d'affirmer aujourd'hui) et que certains bénéficiaires contestaient la validité de la *Loi sur l'aide sociale* en prétendant qu'elle ne leur garantit pas le minimum vital (car les prestations sont trop basses), la Cour ne devrait pas se plonger dans une analyse (politique, budgétaire, statistique ou économique) approfondie pour vérifier si effectivement le montant alloué est suffisant. La Cour pourrait quand même contrôler s'il y avait un fondement rationnel à décider que tel montant pour tel groupe de bénéficiaires était suffisant. Si la loi offrait 1,00 \$ par mois à chacun des bénéficiaires, elle serait invalide car il est évident qu'il lui manque un fondement rationnel et que le législateur fait indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement (par exemple, abroger la *Loi sur l'aide sociale*). Par contre, si le montant est plus substantiel et que la Cour conclut que le législateur a un fondement rationnel à fixer les prestations, la loi devrait être valide. Dans le *Renvoi relatif à la loi anti-inflation*, (1976) 2 R.C.S. 373, à la p. 423, le juge en chef Laskin a proposé le critère de fondement rationnel pour évaluer si le législateur avait utilisé son pouvoir d'urgence valablement.

Le critère du «fondement rationnel» n'est pas une version canadienne du «*substantive due process*» tel que nous l'avons décrit dans la première partie. Tout au plus se rapproche-t-il de la version *non controversée* du «*substantive due process*» appliquée après 1937 aux États-Unis lorsque les droits en jeu n'étaient pas fondamentaux. *supra*, 14 et ss. Ce critère s'appliquerait au Canada lorsque les droits en jeu sont fondamen-

4- A mon avis, la Cour devra encore s'assurer que les nouveaux principes de justice fondamentale ne soient pas simplement une répétition du droit qui les précède. Ainsi, il me semblerait curieux, par exemple, que le droit à la vie soit défini comme incluant le droit au «minimum vital» et qu'en même temps, les principes de justice fondamentale incluent le «droit au minimum vital». Cette redondance soulèverait la question de savoir si l'expression «principes de justice fondamentale» est vraiment, dans ces circonstances, un «modificatif» du droit à la vie, qui en établit les «paramètres». Il apparaîtrait plutôt comme une simple redondance.

5- Enfin, il me semble que si les principes de justice fondamentale peuvent être relativement abstraits, ils devront quand même posséder une certaine forme ou une certaine consistance. En d'autres mots, les principes devront être énoncés avec suffisamment de précision pour qu'il puisse être possible d'en déduire rationnellement les corollaires plus spécifiques nécessaires à une application fonctionnelle.

CONCLUSION

Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, la Cour suprême a clairement refusé d'incorporer à l'article 7 de la *Charte* la doctrine américaine du «*substantive due process*». D'une part, elle a posé quelques jalons d'une théorie constitutionnelle générale dont les principes fondamentaux sont essentiellement incompatibles avec cette doctrine américaine. D'autre part, la Cour suprême a interprété l'expression «principes de justice fondamentale» en fonction d'une théorie constitutionnelle restreinte qui n'a rien à voir avec le «*substantive due process*».

Ceci ne veut pas dire que les tribunaux ne contrôleront jamais le contenu substantif des lois. Il faut plus qu'un contrôle du contenu substantif des lois pour transformer les tribunaux en censeurs des politiques législatives. Tout dépend ultimement des critères uti-

taux. Il permettrait d'équilibrer le principe à l'effet que le législateur ne peut pas faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement avec celui à l'effet que les questions politiques (sagesse ou opportunité) relèvent du législateur.

lisés pour mesurer la compatibilité du contenu substantif d'une loi avec une norme constitutionnelle. Il s'agit de bien saisir le type d'enquête et le type d'arguments adoptés par la Cour.

Pour emprunter le vocabulaire utilisé en théorie du droit et particulièrement popularisé par le professeur Dworkin, les décisions politiques peuvent se fonder sur deux types d'arguments: des arguments de «*policy*» et des arguments de «*principes*». Ainsi, si les tribunaux, en contrôlant le contenu d'une loi, revisitent les arguments de la législature qui justifient la loi «*by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole*»³¹², ils se fondent sur des arguments de «*policy*». Dans de tels cas, il est fort probable que les tribunaux soient en train de contrôler la sagesse et l'opportunité du contenu et des politiques sous-jacentes aux lois. C'est, à mon avis, exactement le type d'arguments qui ont fait de la doctrine du «*substantive due process*» une doctrine fort controversée (voir première partie).

Par contre, si les critères utilisés par la Cour démontrent que la décision «*respects or secures some individual or group right*»³¹³, plutôt que l'intérêt public, par exemple, il s'agit d'une argumentation de «*principe*». Dans un tel cas, les tribunaux ne se préoccupent pas de la sagesse ni de l'opportunité des lois. Il ne s'agit donc pas pour eux de contrôler les arguments de «*policy*» mais de sanctionner un droit enchâssé dans la constitution. Bien que difficile à cerner, parfois, la distinction est capitale si on veut respecter la théorie constitutionnelle générale exposée par le juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* à l'effet que la Cour doit s'assurer

«que les personnes bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* [...] tout en évitant de se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales»³¹⁴.

Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, la Cour suprême du Canada n'a pas évalué les arguments de «*policy*» qui sous-tendaient la décision de la législature à l'effet d'imposer sur simple preuve de l'*actus reus* une peine minimale d'emprisonnement à quiconque conduisait son véhicule automobile alors que son permis était suspendu.

312. *Supra*, note 109, p. 82. Voir aussi mon commentaire à la note 310, *supra*.

313. *Ibid.*

314. *Supra*, note 1, p. 499

Elle a même expressément rejeté ce type d'arguments³¹⁵. En particulier, elle n'a pas, comme l'exige la doctrine du «*substantive due process*», analysé les objectifs de la loi ni la relation entre les moyens utilisés et les objectifs de cette loi. Elle a plutôt scruté la loi sous l'angle d'une argumentation de «principe». Cette loi viole-t-elle un principe de justice fondamentale? Si oui, la loi est inopérante; à moins que l'article 1, pour des raisons toutes différentes (et peut-être même de «*policy*»), permette de lui donner effet³¹⁶.

315. Voir *supra*, note 310.

316. Pour certains, cette distinction entre «*principle*» and «*policy*» masque la réalité. Pour eux, tout contrôle du contenu des lois, procédural et substantif, implique ultimement un contrôle de la sagesse et de l'opportunité des politiques législatives. Lorsque le législateur décide de joindre une peine minimale d'emprisonnement à une infraction de responsabilité absolue, il le fait pour des motifs d'opportunité, y compris, dans ce cas, l'opportunité de violer un principe de justice fondamentale. «Comment peut-on prétendre, demandent-ils, qu'il soit possible de réviser cette décision politique sans en réviser la sagesse?» - «C'est du camouflage!» concluent-ils. Pour eux, le processus de contrôle judiciaire des lois est donc toujours anti-démocratique et par conséquent illégitime. Cet argument a été brièvement discuté plus haut (voir ma seconde partie). Nous avons vu qu'il était essentiellement incompatible avec l'enchâssement d'une charte dans la Constitution: poussé à sa limite, il doit en nier l'existence. Pour eux, puisque le contrôle judiciaire des lois est illégitime, la Cour ne doit sanctionner que les valeurs les moins controversées. Ainsi, dans le contexte de l'article 7 de la *Charte*, ils croient que la Cour aurait dû s'en tenir au contrôle du contenu procédural des lois. «En effet, soumettent-ils, plus la Cour s'insinue dans la 'substance' plus elle agit illégitimement». A mon avis, il est tout à fait artificiel de bâtir une échelle d'illégitimité en partant de la procédure la plus insignifiante jusqu'au principe de justice substantif le plus important. Comment mesurer l'illégitimité d'une décision judiciaire sanctionnant le «droit à un procès équitable» ou le «droit de ne pas être puni si nous sommes moralement innocents»? Est-ce parce que le sens le plus restreint d'une norme constitutionnelle est celui pour lequel il est possible d'avoir un certain consensus populaire? Je dirais, sans le prouver, que ce n'est pas évident. A mon avis, il est tout aussi possible d'avoir un consensus sur la sanction judiciaire du principe à l'effet

Ce commentaire, assurément trop long, nous convainc au moins d'une chose: la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* laisse bien des questions sans réponse. Cependant, avec une disposition comme l'article 7 de la *Charte*, c'était inévitable. Sachons nous réjouir toutefois de ce que la Cour suprême a su situer le débat là où il devait se situer: au niveau de la théorie constitutionnelle.

Au moment de remettre cet article à l'éditeur³¹⁷, j'ai pris connaissance de la récente décision de la Cour supérieure dans *Dion v. P.G. du Canada*³¹⁸ rendue après le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*. Conformément aux principes énoncés par la Cour suprême, la Cour supérieure a d'abord reconnu que les «principes de justice fondamentale» visaient autant le contenu procédural que substantif des lois. Toutefois, elle a ensuite adopté un raisonnement qui, s'il n'est pas identique à «*substantive due process*», s'en approche par l'esprit³¹⁹. Ainsi, en un sens, les juristes dont on a parlé au début de cet article avaient raison d'avoir peur: le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* peut être mal interprété.

qu'«un innocent ne doit pas être puni» que celui à l'effet, par exemple, qu'un inculpé a le droit «d'être jugé dans un délai raisonnable». L'échelle d'illégitimité est difficile à mesurer. Mais surtout, une telle échelle est artificielle puisque, comme nous en avons discuté dans la troisième partie, les principes procéduraux dérivent de principes substantifs plus généraux; ils en sont les corollaires. A mon avis, la distinction entre «*principe*» et «*policy*» est un point de départ beaucoup plus pertinent pour réconcilier les principes démocratiques avec l'enchaînement d'une *Charte* dans la Constitution que l'échelle d'illégitimité qui distingue artificiellement les principes procéduraux des principes substantifs.

317. Ce texte a été remis à l'éditeur à l'automne 1986.

318. (1986) R.J.Q. 2196.

319. *Id.*, 2203. «En ce sens, et en considérant la nature du mal à proscrire en fonction de la nature des actes reprochés aux consommateurs d'hallucinogènes, il est juste de conclure que l'intervention du législateur, qui veut que cesse la consommation d'hallucinogènes et qui exige des prévenus un échantillon de leur urine, est conforme aux principes de la justice fondamentale».

Il nous faudra du temps et du talent pour maîtriser le langage et les concepts de la *Charte*. En particulier, il faudra du temps avant que les tribunaux saisissent la portée de leur «nouveau» rôle. Comme nous en avons discuté plus haut, la *Charte* n'a pas eu simplement pour effet de substituer la suprématie des juges à la suprématie du parlement. Certes, le pouvoir judiciaire a désormais le mandat exprès de sanctionner les valeurs fondamentales enchâssées à l'encontre des lois votées par le parlement et les législatures. Cependant, cela ne doit pas faire perdre de vue que cette fonction s'exerce dans une société démocratique. C'est cet équilibre entre les valeurs libérales fondamentales et les valeurs démocratiques que les tribunaux doivent chercher à atteindre. Comme nous l'avons mentionné dans la seconde partie de cet article, les tribunaux ont besoin de se doter d'une théorie politique et constitutionnelle conforme à cet idéal. C'est un défi de taille. A mon avis, la Cour suprême, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, a su le relever.