

# LA FONCTION PARADOXALE DE LA MORALE ET DE L'ÉTHIQUE DANS LE DISCOURS JUDICIAIRE

Stéphane Bernatchez\*

---

*Le discours judiciaire doit prendre en considération la morale et l'éthique, particulièrement dans le cadre du contrôle judiciaire de constitutionnalité sous la Charte canadienne des droits et libertés. Les juges adoptent cependant une approche minimaliste en vertu de laquelle ils décident du litige en évitant de trancher la question philosophique ou éthique plus fondamentale. Cette approche d'évitement ou de réduction de la complexité conduit à des décisions judiciaires qui, du point de vue de l'éthique philosophique, demeurent non entièrement théorisées. Le présent texte traite d'abord des théories qui expliquent la distinction entre le discours juridique et le discours éthique ainsi que l'approche minimaliste adoptée par le pouvoir judiciaire. Ensuite, des décisions de la Cour suprême du Canada relatives à la Charte sont présentées et analysées comme des exemples de décisions judiciaires minimalistes et non entièrement théorisées.*

---

*The judicial discourse has to take morals and ethics into consideration, particularly in the framework of judicial review under the Canadian Charter of Rights and Freedoms. However, judges adopt a minimalist approach according to which they decide cases without determining the more fundamental philosophical or ethical questions. This method of avoidance or reduction of complexity leads to judicial decisions that remain, from the perspective of philosophical ethics, incompletely theorized. The first part of the paper presents the theories explaining the distinction between the legal and the ethical discourses, along with the minimalist approach endorsed by the judiciary power. Then, some Supreme Court of Canada's decisions relative to the Charter are analysed and presented as examples of minimalist and incompletely theorized decisions.*

---

## Introduction

Le discours juridique ne peut éviter les jugements de valeurs (la morale) et l'étude philosophique de la morale (l'éthique). En menant une

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Je remercie les professeurs Luc Bégin, François Chevrette, Luc Tremblay et José Woehrling pour les

réflexion critique sur la morale, le droit participe à l'étude philosophique de la morale et propose des théories éthiques, c'est-à-dire des théories sur la morale. Les rapports entre le droit et les autres systèmes normatifs, notamment les systèmes moral et religieux, continuent de susciter d'importantes réflexions<sup>1</sup>. Quelle place les jugements de valeurs et les normativités religieuses doivent-ils occuper dans le discours juridique, et plus particulièrement le discours judiciaire? Comment le jugement juridique peut-il et doit-il prendre en compte les orientations axiologiques et idéologiques? Les rapports entre le droit et la morale constituent l'une des questions les plus difficiles de la philosophie du droit<sup>2</sup>, à laquelle tant de penseurs se sont, depuis toujours, intéressés. Aussi, les tribunaux doivent constamment soupeser des considérations relatives aux valeurs. Suivant cette perspective où le pouvoir judiciaire remplit une fonction éthique<sup>3</sup>, les juges seraient devenus nos philosophes du droit<sup>4</sup> : « Qui allons-nous interroger pour obtenir réponse à nos grandes questions morales? Les tribunaux »<sup>5</sup>.

Cette transformation de la fonction de juger s'observe notamment en matière constitutionnelle, sous le régime de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>6</sup>. Le contrôle judiciaire de constitutionnalité risque, dans ces circonstances, de basculer dans le moralisme juridique<sup>7</sup>. Car, en concevant les droits comme des valeurs ou des orientations idéologiques,

---

commentaires qu'ils ont formulés suite à la lecture d'une version préliminaire de cet article.

<sup>1</sup> Voir par ex. : Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997; Suzanne Philips-Nootens, « La Cour suprême face à la vie, face à la mort : de valeurs et de droits » (2000) 79 R. du B. can. 145; Luc B. Tremblay, « Les signes religieux à l'école : Réflexions sur le rapport Stasi et les accommodements raisonnables » (2004) 48 Archives de philosophie du droit 169; Anne Saris, « Les tribunaux religieux dans les contextes canadien et québécois » (2006) 40 R.J.T. 353.

<sup>2</sup> Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 579-580.

<sup>3</sup> Georges A. Legault, « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada » (1989) 1 Ethica 95.

<sup>4</sup> Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, Harmattan : Presses de l'Université Laval, 1998 à la p. 77.

<sup>5</sup> Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996 à la p. 312.

<sup>6</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U.), 1982, c. 11 [*Charte*].

<sup>7</sup> Luc Bégin, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective », dans Georges A. Legault, Alejandro Rada-Donath et Guy Bourgeault (dir.), *Éthique de société*, Sherbrooke, Éditions G.C.C., 1999, p. 221 [Bégin, « L'intervention »].

les tribunaux opèrent ainsi un « travestissement téléologique des droits »<sup>8</sup>. Insistant sur la distinction entre les valeurs et les normes, entre l'élection des premières et l'adoption des secondes, la théorie procédurale — communicationnelle au sens de Jürgen Habermas et Jean-Marc Ferry — s'oppose à la conception morale du contrôle de constitutionnalité.

Dans le présent texte, je vais tenter de montrer, dans une perspective descriptive (et non prescriptive) — mais néanmoins critique — que le contrôle judiciaire se fait plutôt minimaliste lorsqu'il s'agit de trancher des questions philosophiques fondamentales. Face à ces cas difficiles, les juges semblent adopter une stratégie argumentative d'évitement, ou plutôt de réduction de la complexité. À la différence de l'argumentation philosophique qui poursuit un objectif plus ambitieux, le discours juridique mène à des résultats qui ne sont pas entièrement théorisés. Au surplus, les tribunaux, et plus particulièrement la Cour suprême du Canada qui assume, dans le système juridique canadien, la responsabilité judiciaire ultime face à ces problèmes éthico-juridiques, décident de certains cas tout en laissant irrésolues les questions sous-jacentes les plus fondamentales. Afin de montrer en quoi 1) le discours juridique se distingue du discours philosophique en éthique et 2) le contrôle de constitutionnalité effectué par les tribunaux relève d'une forme de minimalisme judiciaire, je présenterai des théories du droit qui, à des fins non seulement descriptives mais aussi normatives, entendent dicter à la raison juridique comment elle devrait juger. Cette présentation théorique sera faite dans la première partie du texte. La seconde partie servira à illustrer cette pratique judiciaire minimaliste à l'aide de décisions de la Cour suprême du Canada dans le cadre du contrôle judiciaire de constitutionnalité en vertu de la *Charte*.

### 1. Le discours juridique minimaliste

#### A. Les discours éthique et juridique

Dans l'histoire de la pensée juridique, la question des rapports entre le droit et la morale a été au cœur de la sempiternelle opposition entre le jusnaturalisme et le juspositivisme. Le normativisme positiviste de Hans Kelsen, dans sa tentative d'élaborer une *Théorie pure du droit*<sup>9</sup>, sépare le droit de la morale, en renvoyant à cette dernière le problème de la justice puisqu'il s'agit d'un problème de valeurs. Dans sa rigueur scientifique,

<sup>8</sup> Jürgen Habermas, *Droit et démocratie : Entre faits et normes*, trad. par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997 à la p. 280.

<sup>9</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenman, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1962.

la science du droit objective (ou théorie générale du droit) se distingue de la philosophie du droit qui s'attache à ce problème moral du droit juste. Le retour en force du droit naturel vers le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, avec des auteurs tels Léo Strauss, Michel Villey, John Finnis et Gustav Radbruch, a de nouveau posé ce problème de la place de la morale dans le droit. Les débats autour des thèses du néo-positivisme juridique, mettant aux prises notamment Herbert L.A. Hart, Lord Patrick Devlin, Lon Fuller et Ronald Dworkin, portaient, entre autres, sur le rôle de la morale dans le droit. L'importance accrue des droits et libertés depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale explique en partie la résurgence de ce questionnement.

Au Canada, le débat s'articule largement autour de l'enchâssement constitutionnel des droits et libertés en 1982. Dès ses premiers arrêts sous la *Charte*, la Cour suprême du Canada a adopté une interprétation large et libérale des droits, selon une approche téléologique. Cette dernière insiste sur les principes qui sous-tendent ces droits, ce qui nécessite un jugement de valeurs sur les intérêts qui doivent être protégés et les raisons de créer un droit:

Il s'ensuit que la justification, le fondement, ou la raison d'être d'un droit constitutionnel garanti et, corrélativement, d'un devoir juridique imposé à l'état dans le but de protéger tel intérêt est le droit moral qui affirme que cet intérêt particulier est digne d'une protection constitutionnelle et qu'il constitue une raison suffisante pour conférer un droit juridique et, corrélativement, imposer un devoir à l'État<sup>10</sup>.

Par exemple, l'interprétation du droit à l'égalité de l'article 15 de la *Charte* est fondée sur la notion de dignité humaine — la victime de discrimination doit d'ailleurs faire la preuve d'une atteinte à sa dignité<sup>11</sup>.

En insistant sur un tel fondement moral des droits, l'interprétation constitutionnelle prend la forme d'une réalisation des valeurs. Cependant, tous n'applaudissent pas à cette évolution substantielle des normes juridiques. Jürgen Habermas, entre autres, écrit dans son ouvrage *Droit et démocratie* : « La transformation conceptuelle des droits fondamentaux en valeurs fondamentales revient à opérer un travestissement téléologique des droits, par lequel on masque le fait que les normes et les valeurs assument dans les contextes de justification *des rôles distincts dus à la différence du statut qui est le leur du point de vue de la logique de l'argumentation* » [italiques dans l'original]<sup>12</sup>. Cette

<sup>10</sup> Luc B. Tremblay, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels » (1995) 29 R.J.T. 459 à la p. 470.

<sup>11</sup> *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

<sup>12</sup> Habermas, *supra* note 8 à la p. 280.

compréhension des droits comme étant des valeurs, qui omet de distinguer le système juridique du système de la morale, s'observerait, selon le professeur Luc Bégin, dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada<sup>13</sup>, particulièrement dans les affaires soulevant des conflits de représentations ultimes<sup>14</sup>. Cela donnerait lieu à une « jurisprudence des valeurs »<sup>15</sup>. Cette transformation de la fonction de juger, qui consiste à hiérarchiser les valeurs, conduit au dilemme suivant :

[...] plutôt que d'assumer le rôle de gardiens des normes permettant au droit d'exercer sa fonction de médiation entre les perspectives morales en concurrence dans la sphère publique, les juges comprendraient plutôt leur intervention dans la définition de notre éthique collective soit dans une perspective positiviste-formaliste menant à un effacement – ou du moins une retenue – devant les priorités axiologiques du législateur, soit dans la perspective d'un conventionnalisme moral<sup>16</sup>.

Le philosophe Jean-Marc Ferry explicite ce travestissement téléologique des droits<sup>17</sup>. À son avis, adhérer à des valeurs et accepter des normes relèvent de deux horizons d'argumentation différents. Les règles juridiques que nous devons suivre peuvent nous imposer de respecter d'autres visions philosophiques, d'autres valeurs que les nôtres. En assumant le rôle de régulation sociale qui maintenant leur incombe, les normes juridiques n'exigent pas un débat éthique. En d'autres termes, pour établir ou adopter une norme juridique, il n'est pas nécessaire de trancher définitivement la question morale qui la sous-tend. La discussion pratique servant à fonder des normes ne vise pas à établir des vérités; il ne s'agit pas de déterminer quelle position théorique ou

---

<sup>13</sup> Bégin, « L'intervention », *supra* note 7 à la p. 232 et s. L'auteur y interprète l'affaire *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 [*Butler*] comme un exemple d'ouverture vers un travestissement téléologique des droits. Cet arrêt sera examiné plus loin.

<sup>14</sup> Luc Bégin, « La Cour suprême et les conflits de représentations ultimes : l'exemple de l'arrêt Rodriguez » [Bégin, « L'arrêt Rodriguez »] dans Josiane Boulad-Ayoub, dir., *Carrefour : Philosophie et Droit. Actes du Colloque Diké*. Montréal, Association canadienne-française pour l'avancement de sciences, 1995, 299; Georges Legault, « La crise des représentations en droit » dans Josiane Boulad-Ayoub, dir., *ibid.* à la p. 247.

<sup>15</sup> Michel Coutu et Marie-Hélène Giroux, « L'après-11 septembre devant la Cour suprême du Canada : situation exceptionnelle et légitimité » (2003) numéro spécial R. du B. 239 aux pp. 247-248.

<sup>16</sup> Bégin, « L'intervention », *supra* note 7 à la p. 233.

<sup>17</sup> Jean-Marc Ferry, *Valeurs et normes : La question de l'éthique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, c. 3 aux pp. 43-91 [Ferry, *Valeurs et normes*]. Une version préliminaire de ce texte avait déjà été publiée : Jean-Marc Ferry, « De l'élection de valeurs à l'adoption de normes » dans Sylvie Mesure, dir., *La rationalité des valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, 143.

philosophique l'emporte sur les autres visions du monde. Lorsque l'enjeu consiste à régler des situations ou des conflits par l'adoption de normes juridiques, le retranchement de chacun dans une éthique des convictions doit faire place à une confrontation publique des perspectives et des raisons.

Presque subrepticement, l'argumentation mène les protagonistes d'une éthique de la conviction à une éthique de la discussion, ouvrant ainsi leur pratique à des attitudes plus réflexives et plus décentrées que s'ils avaient tenu leurs positions protégées dans le for intérieur. Ce qui constitue, autrement dit, la moralité principielle de cette argumentation, ce n'est pas le fait qu'elle porte sur des contenus moralement significatifs, mais le fait qu'elle se règle sur des procédures intersubjectives<sup>18</sup>.

L'adoption d'une norme n'exige pas d'établir la supériorité d'une valeur sur une autre : « les normes, à l'inverse des valeurs, peuvent valoir indépendamment de leur contenu »<sup>19</sup>. Ceci ne signifie évidemment pas que tout système juridique jouit d'une légitimité :

Mais il demeure qu'un corpus de normes peut prétendre à être juste (right), si le sens attaché à la procédure dans laquelle il aura été adopté permet de fonder sa présomption de validité au regard des exigences propres de la raison pratique – classiquement, l'autonomie et l'universalité – que nous traduisons ainsi : pour qu'un système normatif soit valablement opposable aux sociétaires, il faut et il suffit que la procédure dans laquelle il a été adopté accrédite la possibilité effective pour les citoyens de le rejeter ou l'amender sur la base de raisons publiquement discutées, en se tenant sous la loi de l'argument meilleur. Ainsi en va-t-il des procédures, quel que soit le nom qu'on leur donne, qui s'alignent sur un principe dialectique de publicité<sup>20</sup>.

Dans le processus d'adoption des normes, des valeurs ont pu être avancées, mais le problème à régler doit recevoir un traitement non idéologique.

Le fait pour elle [la norme] de s'accorder avec des systèmes de valeurs, même éventuellement divergents, ne fournit qu'une légitimation. Cela ne saurait remplacer une véritable justification.

Une norme peut essentiellement être juste ou injuste; c'est là le sens de validité qui lui est attaché, alors qu'une valeur peut essentiellement être vraie ou fausse, bonne ou mauvaise (mais elle n'est elle-même ni juste ni injuste). Passer des valeurs aux normes, c'est aussi passer du vrai ou du bon au correct ou au juste. Cela suppose que,

---

<sup>18</sup> Ferry, *Valeurs et normes*, *ibid.* à la p. 74.

<sup>19</sup> *Ibid.* à la p. 76.

<sup>20</sup> *Ibid.*

au sein des argumentations censées justifier l'adoption de normes, la force illocutoire se déplace de l'évaluatif vers le normatif<sup>21</sup>.

Enfin, Ferry poursuit plus loin :

Si l'on recherche pour les normes une justification propre, on fait alors fond sur des procédures qui révèlent plus clairement que d'autres le changement des forces illocutoires, du mode évaluatif au mode normatif, là où se traduit grammaticalement la différence logique entre valeurs et normes. La recherche de conciliation sera alors menée sur le fil de discussions argumentées, plutôt que suivant le calcul d'un point d'équilibre ou d'un dénominateur commun. Surtout, l'argumentation engagée pour justifier des normes ne regardera pas les valeurs comme un arrière-plan de préjugés circonscrivant des visions du monde et limitant son pouvoir à la mise en forme réflexive d'une doxa préexistante, mais y verra plutôt un potentiel de raisons sédimentées, qu'il demeure loisible de fluidifier pour les recomposer dans d'autres directions<sup>22</sup>.

Par rapport aux valeurs, les normes juridiques opèrent une distanciation critique, par un processus d'institutionnalisation de la critique : « [...] soumis au test des principes d'égalité, des droits et libertés, toute culture quelle qu'elle soit est condamnée à la révision permanente, parfois même radicale et donc douloureuse, à l'auto-colonisation ou à la critique interne et externe »<sup>23</sup>.

### *B. Les décisions judiciaires non-entièrement théorisées*

Devant des conflits de valeurs insolubles dans le contexte du pluralisme, des conflits qu'aucun autre système normatif ne parvient d'ailleurs à régler, le système juridique permet néanmoins d'en arriver à l'adoption de normes juridiques et à la prise de décisions judiciaires. Parmi les stratégies possibles, l'une d'elles consiste à élaborer des « accords non-entièrement théorisés » (« *incompletely theorized agreements* ») [italiques dans l'original]<sup>24</sup>. S'agissant des tribunaux, je parlerai de

<sup>21</sup> *Ibid.* aux pp. 80-81.

<sup>22</sup> *Ibid.* aux pp. 82-83.

<sup>23</sup> Lukas Sosoe, « Éloge de la colonisation? » dans Pierre Laberge, Guy Lafrance et Denis Dumas, dir., *L'année 1795 – Kant : Essai sur la paix*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1997, 264 aux pp. 272-273. À la page 270, l'auteur écrit : « Les cultures occidentales sont supérieures en un point et en un seul : elles ont réussi l'institutionnalisation de la critique, sont critiques d'elles-mêmes et — la plupart du temps cette critique se fait sur fond des principes des droits de l'homme, notamment de l'égalité entre les hommes au plan politique et social, ce qui constitue un puissant moteur de leur transformation continue endogène, mais aussi exogène. »

<sup>24</sup> Cass R. Sunstein, « Incompletely Theorized Agreements » (1995) 108 Harv. L.

décisions judiciaires non-entièrement théorisées. Dans l'adoption d'une norme constitutionnelle, plutôt que de chercher à régler définitivement la question éthique fondamentale, l'on réduit la complexité du problème à ses dimensions plus concrètes. Le constitutionnaliste américain Cass Sunstein écrit : « [...] people can often agree on constitutional *practices*, and even on constitutional rights, when they cannot agree on constitutional *theories*. In other words, well-functioning constitutional orders try to solve problems, including problems of deliberative trouble, through reaching *incompletely theorized agreements* »<sup>25</sup>.

Les pratiques et les droits constitutionnels peuvent exister sans que cela ne signifie qu'il y ait accord sur les théories constitutionnelles fondamentales sous-jacentes. Un tel accord existe aussi lorsqu'il n'a pas été entièrement particularisé, ce qui est généralement le cas avec la reconnaissance des droits que l'on enchâsse dans la Constitution. Par exemple, lorsqu'on constitutionnalise le droit à l'égalité, bien que tous s'entendent sur la nécessité d'une telle reconnaissance, il est évident qu'on ne règle pas du même coup toutes les applications particulières de ce droit. En enchâssant le par. 15(1) dans la *Charte*, entendait-on garantir aux bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans le même montant de prestations de base qu'aux prestataires plus âgés? L'absence de consensus sur une question aussi précise et, plus probable encore, le fait que l'on n'ait même pas envisagé ce problème spécifique au moment d'édicter le droit à l'égalité dans la *Charte*, n'ont pas empêché la constitutionnalisation du droit. À l'inverse, lorsque la Cour suprême tranche cette question dans l'affaire *Gosselin*<sup>26</sup>, elle n'entend pas choisir définitivement la théorie du droit à l'égalité qui doit l'emporter parmi toutes les conceptions philosophiques de l'égalité. Il est possible de s'entendre sur la question fondamentale sans être d'accord sur la résolution de problèmes concrets qui en découlent et, inversement, la solution d'un litige particulier n'implique pas nécessairement l'accord au plan des principes fondamentaux. Cette compréhension du droit comme étant non-entièrement théorisé a d'importantes conséquences sur les

---

Rev. 1733 aux pp. 1735-1736 [Sunstein, « Incompletely Theorized Agreements »] : « *Participants in legal controversies try to produce incompletely theorized agreements on particular outcomes. They agree on the result and on relatively narrow or low-level explanations for it. They need not agree on fundamental principle. They do not offer larger or more abstract explanations than are necessary to decide the case. When they disagree on an abstraction, they move to a level of greater particularity.* » Voir aussi Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford University Press, 1996 aux pp. 35-61.

<sup>25</sup> Cass R. Sunstein, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, New York, Oxford University Press, 2001 à la p. 50 [italiques dans le texte].

<sup>26</sup> *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S. 429.

processus législatif et judiciaire:

En effet, une délibération guidée par l'objectif de produire une bonne justification intersubjective pourrait aboutir à des solutions de compromis qui, dans l'abstrait, pourraient apparaître boiteuses ou à des accommodements qui pourraient heurter de plein front l'idéal d'universalité caractérisant la législation libérale et démocratique. L'objectif de la démocratie délibérative n'est pas de produire une législation idéale dans l'abstrait et formellement universelle; il est de produire une législation dont la justification puisse être acceptée comme bonne du point de vue de tous les citoyens qu'elle affecte. Si le compromis et l'accommodement constituent les meilleurs moyens de préserver l'accord rationnel, ce sont eux qui doivent être promus<sup>27</sup>.

Au surplus, pour distinguer l'argumentation juridique de l'argumentation en éthique philosophique, il faut reconnaître que le droit s'approprie les questions en les reformulant dans son propre langage ou code normatif :

[...] quelle que soit sa conviction, aucun juge ou aucun avocat n'utiliserait un argument extrajuridique, moral ou autre, si le système juridique ne qualifiait pas l'argument d'après des exigences qui sont les siennes ou n'en prévoyait pas l'acceptation, ne serait-ce qu'au prix d'une interprétation éventuelle. Sous peine d'être discrédité, l'argument doit se transformer au contact du code du système juridique et se soumettre à ce dernier. Même la réflexion la plus juridiquement morale n'est pas acceptable par le système juridique comme tel. Elle doit être recodée d'après les exigences du système juridique lui-même<sup>28</sup>.

En formulant les questions dans son propre code, le système juridique en modifie la teneur. Gunther Teubner écrit : « Lorsque le droit reconstruit de manière autonome les conflits sociaux dans son propre discours, sous des conditions procédurales hautement artificielles, il déclenche un remarquable « effet d'aliénation ». Le droit ne résout aucunement les conflits qui lui sont soumis, mais reconstruit des conflits propres qu'il est en mesure de résoudre »<sup>29</sup>.

Dans le contexte du contrôle judiciaire de constitutionnalité, les tribunaux ne sauraient régler les questions philosophiques fondamentales chaque fois qu'ils doivent trancher un litige — même qu'ils ne le font à

<sup>27</sup> Luc B. Tremblay, « La justification de la législation comme jugement pratique » (2001) 47 R.D. McGill 59 à la p. 93.

<sup>28</sup> Lukas K. Sosoe, « Préface à l'édition française » dans Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, trad. par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard, Saint-Nicolas (Qc), Cerf : Presses Université Laval, 2001, XIII à la p. XXXVII.

<sup>29</sup> Gunther Teubner, « Un droit spontané dans la société mondiale? » dans Charles-Albert Morand, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant : Éditions de

peu près jamais. Ainsi, les décisions judiciaires peuvent généralement être considérées comme des exemples de cette stratégie des systèmes juridique et judiciaire d'en arriver à des accords non-entièrement théorisés.

If reciprocity and mutual respect are desirable, it follows that judges, perhaps even more than ordinary people, should not challenge a litigant's or one another's deepest and most defining commitments, at least if those commitments are reasonable and if there is no need for them to do so. Thus, it would be better if judges intending to reaffirm *Roe v. Wade* could do so without challenging the belief that the fetus is a human being, or if judges seeking to invalidate the death penalty could do so without saying that the punishment of death is invalid because of its sheer brutality.

Institutional arguments in law, especially those involving judicial restraint, are typically designed to bracket fundamental questions and remove them from the realm of the judiciary. The allocation of certain roles has the important function of allowing outcomes to be reached without forcing courts to make decisions on fundamental issues. Those issues are resolved by reference to institutional competence, not on their merits<sup>30</sup>.

Ainsi, devant des cas difficiles, tels des problèmes éthico-juridiques, les tribunaux adoptent généralement une approche minimaliste, laissant les questions fondamentales irrésolues<sup>31</sup>. Que ce soit dans le but de laisser la délibération démocratique se poursuivre dans l'espace public et politique ou, plus simplement, en raison des limites des systèmes juridique et judiciaire, les juges évitent de se prononcer sur les aspects plus fondamentaux, philosophiques ou éthiques, que soulèvent les litiges soumis à leur pouvoir décisionnel. Même s'ils laissent les questions fondamentales non décidées, l'obligation qu'ils ont de décider leur impose néanmoins d'en arriver à une solution. Celle-ci peut cependant emprunter un chemin moins difficile ou ambitieux. Ainsi, en limitant la portée de leurs décisions ou en restreignant le précédent à ce seul cas d'espèce, les juges diminuent leurs risques d'erreur ou encore, dans un

---

l'Université de Bruxelles : Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2001, 197 à la p. 216. Pour illustrer cet effet d'aliénation, qu'il suffise pour le moment de mentionner la question de l'ouverture des commerces le dimanche, qui soulève d'abord des aspects socio-économiques et qui devient, au contact de la *Charte*, une affaire de liberté de religion. Voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

<sup>30</sup> Sunstein, « Incompletely Theorized Agreements », *supra* note 24 aux pp. 1746-1747.

<sup>31</sup> Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999 [Sunstein, *One Case at a Time*].

système à ce point préoccupé par les précédents, ils évitent de traiter d'aspects qui pourraient être contraignants dans le futur. Cette prudence s'observe par exemple dans le refus de répondre à certaines questions en raison de leur caractère trop théorique ou du manque d'intérêt pour agir du requérant. Ces techniques juridiques à la disposition des tribunaux, et dont ils peuvent se servir pour exercer une certaine retenue, ont déjà été considérés nécessaires à la reconnaissance de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, dans le cadre de ce que Bickel a appelé des « *passive virtues* »<sup>32</sup>. L'approche minimaliste ne se manifeste pas uniquement par le recours à ces moyens procéduraux, mais également en termes de substance. Dans ce dernier cas, les juges examinent les questions fondamentales, les laissant toutefois ouvertes ou partiellement réglées. En décidant du cas sans trancher les questions les plus fondamentales, les tribunaux réduisent la complexité du litige et n'occupent pas tout l'espace délibératif en permettant un débat démocratique plus large.

When at last the Court decides that “judgment cannot be escaped – the judgment of this Court,” the answer is likely to be a proposition “to which widespread acceptance may fairly be attributed,” because in the course of a continuing colloquy with the political institutions and with society at large, the Court has shaped and reduced the question, and perhaps because it has rendered the answer familiar if not obvious. In these continuing colloquies, the profession – the practicing and teaching profession of the law – plays a major role; the law, as Bentham long ago remarked, is made, not by judge alone, but by judge and company. But in American society the colloquy goes well beyond the profession and reaches deeply into the places where public opinion is formed<sup>33</sup>.

Le minimalisme judiciaire s'inscrit dans une approche pragmatique, qui consiste à régler des litiges plutôt qu'à défendre une position constitutionnelle ou philosophique parfaitement théorisée. En l'absence de théories abstraites ou d'énoncés généraux, l'argumentation judiciaire s'éloigne de la démarche déductive fondée sur un énoncé général ou un principe que l'on applique ensuite aux différents cas d'espèce, pour y préférer notamment le raisonnement par analogie<sup>34</sup>. Enfin, le minimalisme judiciaire n'est pas nécessairement synonyme de retenue judiciaire si cette dernière expression doit s'entendre dans le sens d'une

---

<sup>32</sup> Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New York, Bobbs-Merrill, 1962.

<sup>33</sup> *Ibid.* à la p. 240. Voir aussi Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 2<sup>e</sup> éd., New Haven, Yale University Press, 1978 aux pp. 90-91.

<sup>34</sup> Sunstein reconnaît que le raisonnement par analogie réfère néanmoins à une conception plus générale : Cass R. Sunstein, « From Theory to Practice » (1997) 29 *Ariz. St. L.J.* 389 à la p. 391.

attitude en vertu de laquelle les tribunaux s'abstiennent d'invalider des lois. Ainsi, dans l'analyse de la jurisprudence qui suit, certains arrêts ayant conduit à des déclarations d'inconstitutionnalité seront néanmoins considérés comme des exemples de décisions minimalistes.

## *2. Quelques exemples de décisions minimalistes de la Cour suprême du Canada*

Cette stratégie judiciaire minimaliste s'observe dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sous le régime de la *Charte*<sup>35</sup>. Face à des questions difficiles (« *hard cases* »), la Cour suprême a réglé des litiges à un niveau moins fondamental. Les arrêts relatifs à l'avortement, l'extradition, le suicide assisté, la criminalisation de la marihuana et de la pornographie, la publicité des produits du tabac et le mariage entre personnes du même sexe peuvent servir d'exemples de décisions judiciaires non-entièrement théorisées. Cette liste n'est évidemment pas exhaustive, le minimalisme judiciaire s'observant dans plusieurs autres domaines. Mais cet examen de la jurisprudence permettra néanmoins d'étayer mon hypothèse. Pour les fins du présent texte, j'entends discuter brièvement chacun des cas.

### *A. L'avortement*

Parmi les nombreux problèmes éthico-juridiques contemporains, c'est sans doute la question de l'avortement qui soulève les positions éthiques fortes les plus connues et débattues. En conséquence, l'on pourrait s'attendre à ce que les tribunaux en fassent un traitement substantiel ou fondamental. À la fin des années 1980, la Cour suprême du Canada n'a toutefois pas opté pour cette voie. C'est ainsi, par exemple, qu'elle n'a pas décidé, dans *Tremblay c. Daigle*<sup>36</sup>, si le fœtus avait ou non un droit moral à la vie. Elle a plutôt examiné si les différentes règles de droit

---

<sup>35</sup> L'on pourrait également en déceler des traces dans la jurisprudence sous le partage des compétences législatives. Voir Pierre Carignan, « De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles » (1986) 20 R.J.T. 27 à la p. 45 :

Par ailleurs, il est des cas où la constitutionnalisation d'une norme n'implique aucun jugement de valeur sur son contenu. Ainsi, l'avis donné par la Cour suprême du Canada à l'occasion du *Renvoi sur la compétence législative du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute* n'implique de la part de la Cour aucun jugement de valeur sur l'utilité de l'institution, ni sur sa composition, ni sur son fonctionnement. Il s'inspire uniquement du souci de soustraire, à toute possibilité de révision unilatérale, une norme contribuant à tisser le lien entre l'État central et les États membres.

<sup>36</sup> [1989] 2 R.C.S. 530 [*Tremblay*].

positif contenues dans la *Charte québécoise des droits et libertés*<sup>37</sup> et le *Code civil du Bas-Canada*<sup>38</sup> reconnaissaient un tel droit au fœtus. Dans cette perspective positiviste, la Cour écrit :

La Cour n'est pas tenue d'intervenir dans les débats philosophiques et théologiques quant à savoir si le fœtus est une personne; sa tâche est plutôt de répondre à une question juridique, à savoir si le législateur québécois a attribué au fœtus le statut de personne. Pour pertinents que puissent être les arguments métaphysiques, ils ne sont pas l'objet principal de l'analyse. Les arguments scientifiques sur le statut biologique du fœtus ne sont pas déterminants non plus. La classification juridique et la classification scientifique du fœtus sont deux démarches différentes. L'attribution de la personnalité au fœtus est en droit une tâche essentiellement normative. Elle a pour conséquence la reconnaissance de droits et d'obligations — une préoccupation totalement étrangère à la classification scientifique. Bref, la tâche de cette Cour est juridique. Les décisions fondées sur des choix sociaux, politiques, moraux et économiques au sens large, doivent plutôt être confiés au législateur<sup>39</sup>.

Il faut toutefois reconnaître que la Cour suprême n'a pas alors adopté une attitude entièrement minimaliste puisqu'au moment d'entendre le pourvoi, le 8 août 1989 (les juges ayant alors interrompu leurs vacances judiciaires), la Cour a été informée du fait que madame Daigle avait déjà subi l'avortement.

L'arrêt *Morgentaler*<sup>40</sup> est un autre exemple de minimalisme judiciaire en matière d'avortement — à l'exception de la position prise par la juge Wilson. Parmi les juges majoritaires, trois opinions ont été rédigées (par les juges Dickson, Beetz et Wilson). Dans leurs motifs respectifs, les juges Beetz et Dickson ont choisi de régler la question sur la base du droit à la sécurité, physique et psychologique, plutôt que de décider si le droit à la liberté conférerait un droit fondamental à l'avortement. Selon le juge Beetz, « [l]a « sécurité de la personne » doit inclure un droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale »<sup>41</sup>. À son avis « [c]ette interprétation de l'art. 7 de la *Charte* suffit pour évaluer en fonction de la *Charte* le contenu de l'art. 251 du *Code criminel*<sup>42</sup>, afin de statuer sur le pourvoi »<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

<sup>38</sup> L.Q. 1865, c. 41.

<sup>39</sup> Tremblay, *supra* note 36 aux pp. 552-553.

<sup>40</sup> R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 [*Morgentaler*].

<sup>41</sup> *Ibid.* à la p. 90.

<sup>42</sup> L.R.C. 1985, c. C-46 [*Code criminel*].

<sup>43</sup> *Morgentaler*, *supra* note 40 à la p. 91.

Exprimant certains motifs concordants, le juge en chef Dickson est également d'avis que « l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne »<sup>44</sup>. Il ajoute cependant qu'il « n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle »<sup>45</sup>.

Afin de bien mesurer le minimalisme des positions prises par les juges Beetz et Dickson (et des quatre autres juges qui souscrivent à leurs motifs), il y a lieu de les comparer à la position de la juge Wilson. Cette dernière est la seule à s'être prononcée sur la question du libre choix. Elle a reconnu l'existence d'un droit à l'avortement pour convenances personnelles sur la base du droit à la liberté, qui accorde à chaque individu une sphère d'autonomie personnelle. Ainsi, les décisions importantes touchant à la vie privée, telle celle d'interrompre une grossesse, relèvent du droit à la liberté conféré par l'article 7 de la *Charte*<sup>46</sup>. En cela, la juge Wilson s'est fondée sur la position développée par la Cour suprême des États-Unis dans le célèbre arrêt *Roe v. Wade*<sup>47</sup> en 1973. La Cour suprême étatsunienne n'y avait d'ailleurs pas adopté une stratégie minimaliste :

A court that favored incompletely theorized agreements would have decided *Roe* quite shallowly and narrowly. The Court might have said, for example, that the Texas law was unconstitutionally vague (as Justice Blackmun's initial draft in fact argued). Or it might have said, most minimally, that someone who alleges (as did *Roe* herself) that she was raped may not be required to bring the child to term. Or – if the Court eventually was forced to think more ambitiously – the Court may have bracketed issues involving the political and moral status of the fetus and argued that if men are not obliged to devote their bodies to the protection of third parties, women may not be so obliged either. This view also requires a degree of theoretical ambition, but perhaps it is less contentious if it succeeds in putting to one side any view about the moral or political status of the fetus<sup>48</sup>.

La juge Wilson a également donné une signification forte au droit à la sécurité protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Elle y intègre une notion de contrôle de son propre corps, une interprétation qui sera reprise par la

---

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.* à la p. 56.

<sup>46</sup> *Ibid.* à la p. 171.

<sup>47</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>48</sup> Sunstein, *One Case at a Time*, *supra* note 31 aux pp. 251-252.

suite dans l'affaire *Rodriguez*<sup>49</sup>. Elle écrit, dans *Morgentaler* :

Je crois néanmoins que la faille dans la structure législative actuelle est beaucoup plus profonde. Essentiellement, ce qu'elle fait, c'est affirmer que la capacité de reproduction de la femme ne doit pas être soumise à son propre contrôle. Elle doit être soumise au contrôle de l'État. On ne lui permet pas de choisir d'exercer la capacité qui est la sienne ou de ne pas l'exercer. À mon avis, il ne s'agit pas seulement d'une entrave à son droit à la liberté au sens (déjà analysé) de son droit à son autonomie décisionnelle personnelle, c'est aussi une atteinte à sa « personne » physique. Elle est littéralement traitée comme un moyen, un moyen pour une fin qu'elle ne désire pas et qu'elle ne contrôle pas. Elle subit une décision prise par d'autres sur l'éventuelle utilisation de son corps pour alimenter une nouvelle vie. Que peut-il y avoir de moins compatible avec la dignité humaine et le respect de soi? Comment une femme dans cette situation peut-elle entretenir un quelconque sentiment de sécurité à l'égard de sa personne? Je crois que l'art. 251 du Code criminel prive la femme enceinte à la fois de son droit à la sécurité de sa personne et de son droit à la liberté<sup>50</sup>.

Enfin, la juge Wilson favorise aussi une interprétation très forte des principes de justice fondamentale de l'article 7. Elle considère que les autres droits et libertés garantis par la *Charte* font partie de ces principes, ce qui signifie en l'espèce que l'atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité n'est pas confirmée aux principes de justice fondamentale dans la mesure où il y a atteinte à la liberté de conscience protégée par l'al. 2a) de la *Charte*<sup>51</sup>.

### B. L'extradition

D'autres exemples jurisprudentiels peuvent illustrer cette thèse selon laquelle les juges s'abstiennent de traiter un conflit dans ses dimensions les plus fondamentales au plan philosophique. Dans certaines affaires sur l'extradition, les juges de la Cour suprême ne se sont pas prononcés sur la constitutionnalité de la peine de mort, ni sur la question philosophique de son incompatibilité avec le caractère sacré de la vie humaine. En

<sup>49</sup> *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519 [*Rodriguez*].

<sup>50</sup> *Morgentaler*, *supra* note 40 aux pp. 173-174.

<sup>51</sup> *Ibid.* aux pp. 175-176. La juge Wilson écrit :

À mon avis, l'atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui nous intéresse en l'espèce enfreint l'al. 2a) de la *Charte*. Si je dis ceci, c'est que je crois que la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question de conscience. Je ne pense pas qu'on le conteste ni puisse le contester. La question qui se pose est donc : quelle conscience? La conscience de la femme doit-elle prévaloir sur la conscience de l'État? Je crois, pour les raisons que j'ai données dans mon analyse du droit à la liberté, que dans une société libre et démocratique ce doit être la conscience de l'individu.

1991, la Cour suprême avait reconnu au ministre de la Justice du Canada le pouvoir d'extrader Kindler sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée<sup>52</sup>, ce qu'elle a jugé inconstitutionnelle dix ans plus tard dans *Burns*<sup>53</sup>.

La Cour suprême du Canada a adopté une approche formelle pour décider de la validité de l'extradition de Kindler. La décision majoritaire semble guidée par une volonté de faire preuve de déférence à l'égard de l'exécutif. En comparant avec l'arrêt *Burns*, il devient évident que les arguments de principes n'ont pas prédominé dans *Kindler*. Selon Michel Coutu et Marie-Hélène Giroux, l'argument décisif dans cette affaire est « celui de la déférence prudente et de « l'extrême circonspection » que devrait manifester la Cour face aux décisions discrétionnaires de l'Exécutif en matière d'extradition »<sup>54</sup>.

Dans l'arrêt *Burns*, la Cour suprême, à l'unanimité, déclare inconstitutionnelle l'extradition si elle n'est pas précédée de l'obtention d'une garantie que la peine de mort ne sera pas appliquée. Certains auteurs voient dans cet arrêt l'énoncé d'une jurisprudence des valeurs<sup>55</sup>. Il faut d'abord préciser cette dernière notion. À cet égard, Coutu écrit :

Par jurisprudence des valeurs, nous entendons toute méthode d'interprétation fondée sur une éthique constitutionnelle de la conviction, qui affirme d'emblée la prééminence de valeurs ou de principes fondamentaux et tend à établir une hiérarchie des valeurs constitutionnelles devant guider l'interprète dans son travail d'énonciation et d'application des normes fondamentales. À la différence de la jurisprudence formelle, la jurisprudence des valeurs rejette la neutralité axiologique, elle recherche la cohérence sur un plan matériel, d'ordre éthique, et non d'un point de vue purement formel. Elle ne croit pas davantage aux vertus de la logique formelle du moment que celle-ci prétend opérer en se détachant de la sphère des valeurs. Une telle jurisprudence axiologique ne récuse pas en soi la pondération des intérêts ou la contextualisation du litige dans son environnement socio-historique. À la différence de la jurisprudence instrumentale, elle se refuse toutefois à un traitement utilitariste des questions juridiques et exige que la solution de celles-ci soit dégagée non en fonction des conséquences, mais plutôt de l'affirmation des valeurs et principes fondamentaux. En définitive, est seule légitime la décision rationnelle en valeur, fondée sur l'éthique constitutionnelle de la conviction; la prise en considération des conséquences doit être subordonnée à la hiérarchie des valeurs qui donne cohérence au texte constitutionnel<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779 [*Kindler*].

<sup>53</sup> *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283 [*Burns*].

<sup>54</sup> Coutu et Giroux, *supra* note 15 à la p. 255.

<sup>55</sup> *Ibid.* aux pp. 254-258.

<sup>56</sup> Michel Coutu, « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la

Il est vrai que la Cour suprême a situé sa décision dans une telle perspective :

[L]a Cour est le gardien de la Constitution et les affaires de peine de mort sont liées à des valeurs constitutionnelles fondamentales de façon exceptionnelle. Quoique la possibilité d'application de la peine de mort ne se présente que dans un faible pourcentage des affaires d'extradition examinées chaque année par le ministre et ses fonctionnaires, cette situation soulève des questions d'une importance fondamentale pour la société canadienne<sup>57</sup>.

La Cour en arrive donc à la conclusion que la décision du ministre de la justice de donner suite à la demande d'extradition sans obtenir la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée est incompatible avec l'article 7 de la *Charte*. Selon les auteurs Coutu et Giroux, l'argument principal à l'appui de cette position est l'évolution du droit international et l'importance de l'initiative canadienne à l'échelle internationale pour l'abolition de la peine de mort elle-même. Il est vrai que la Cour suprême en fait longuement état dans sa décision, cependant il me semble que la Cour suprême accorde tout autant d'importance, sinon plus, à un autre argument, soit la possibilité d'erreurs judiciaires. À cet égard, il est très révélateur que le tout premier paragraphe de la décision en fasse ainsi mention :

Il faut accepter la possibilité que l'application d'un système juridique puisse entraîner des erreurs. La caractéristique particulière de la peine capitale est que, s'il y a erreur, celle-ci ne peut être corrigée. Au cours des dernières années, grâce en partie aux progrès réalisés en médecine légale, notamment dans le domaine des analyses génétiques, les tribunaux et les gouvernements, tant au Canada qu'à l'étranger, ont dans un certain nombre de cas reconnu que des personnes avaient été déclarées à tort coupables de meurtre, malgré toutes les garanties rigoureuses qui ont été mises en place pour protéger les innocents. De tels cas sont rares au Canada, mais si la peine de mort avait existé, des personnes innocentes auraient pu être mises à mort par l'État. Les noms Marshall, Milgaard, Morin, Sophonow et Parsons appellent à la prudence et à la circonspection dans les affaires de meurtre. Des déclarations de culpabilité erronées ont également été mises au jour à l'étranger, y compris dans des États des États-Unis où la peine de mort est encore prononcée et appliquée<sup>58</sup>.

En ce sens, l'éthique axiologique cède ici le pas devant une éthique conséquentialiste. Le jugement de valeurs sur le droit international et le rôle du Canada dans le mouvement abolitionniste est contrebalancé par des considérations relatives au processus judiciaire lui-même. Pour

---

jurisprudence constitutionnelle » (2004) 56-57 Dr. et Soc. 233 aux pp. 245-246.

<sup>57</sup> *Burns*, *supra* note 53 au para. 35.

<sup>58</sup> *Ibid.* au para. 1.

justifier son approche minimaliste, la Cour réfère d'ailleurs à cette fonction du pouvoir judiciaire:

La distinction entre « l'ordre public en général » d'une part et le « pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire » d'autre part revêt une importance particulière dans les affaires où la peine de mort est susceptible d'être infligée. Les aspects plus généraux de la controverse que suscite la peine de mort, y compris le rôle du châtement et de la dissuasion dans la société et le point de vue selon lequel la peine de mort est incompatible avec le caractère sacré de la vie humaine, font non seulement partie intégrante des préceptes fondamentaux de notre système juridique, mais ils reflètent également des positions reposant sur des convictions et des éléments de preuve fondés sur les sciences sociales qui ne relèvent pas du « pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire ». Les aspects plus étroits de la controverse touchent l'enquête, la poursuite, la défense, l'appel et la détermination de la peine dans le cadre du droit criminel. Ils visent à protéger les innocents ainsi qu'à prévenir les erreurs judiciaires et à corriger celles qui surviennent. Ces considérations sont au coeur du souci premier des tribunaux et font directement intervenir la responsabilité des juges « en tant que gardien[s] du système judiciaire ». Nous estimons que la controverse qui a cours actuellement au Canada et aux États-Unis relativement à la possibilité que des erreurs judiciaires entachent des déclarations de culpabilité pour meurtre (question qui est examinée plus en profondeur plus loin) relève de la deuxième catégorie et, en conséquence, fait intervenir la responsabilité particulière qu'a l'appareil judiciaire de protéger les innocents<sup>59</sup>.

Ainsi, lorsque l'on compare les décisions *Kindler* et *Burns*, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada présente une contradiction importante. Lorsque la Cour suprême a rendu sa décision dans *Kindler*, le problème des erreurs judiciaires était pourtant déjà connu. Au surplus, l'un des intervenants devant la Cour suprême, Amnistie Internationale, avait invoqué cet argument dans l'affaire *Kindler*. Au paragraphe 24 de son mémoire, voici comment il l'avait porté à la connaissance de la Cour :

AI submits that an overwhelming disadvantage of the death penalty is the impossibility of correcting errors resulting from judicial procedures. AI's investigations in the United States, as in every country in the world, reveal that no system of justice is infallible. Thus, the crime of murder for which Donald Marshall

was wrongly convicted could have exposed him to a death sentence under both the California and Pennsylvania death penalty statutes<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> *Ibid.* au para. 71.

<sup>60</sup> À l'appui de ce paragraphe, les procureurs David Matas et Emilio S. Binavince citent : Hugo Adam Bedau et Michael L. Radelet, « Miscarriages of Justice in

Les tribunaux ont développé différentes stratégies ou méthodes pour traiter de questions qui présentent des aspects moraux. Ils ne prétendent pas élaborer des argumentations qui règlent entièrement, au plan théorique, les problèmes éthiques. C'est ainsi qu'en 2002, dans une décision en porte-à-faux par rapport aux décisions *Kindler* et *Burns*, la Cour suprême, à l'unanimité (9 juges), affirme : « Nous n'excluons pas la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée, soit au terme du processus de pondération requis par l'art. 7 de la *Charte* soit au regard de l'article premier de celle-ci »<sup>61</sup>. À travers ce manque de cohérence dans l'interprétation et l'application des principes de justice fondamentale, comment assurer alors l'intégrité du droit? Prises ensemble ou individuellement, ces décisions *Kindler*, *Burns* et *Suresh* demeurent non-entièrement théorisées.

### C. *Le suicide assisté*

Le discours judiciaire est certes insatisfaisant lorsque jugé du point de vue de l'éthique philosophique. Dans l'affaire *Rodriguez*, sur la constitutionnalité de la criminalisation de l'aide au suicide, même si la Cour suprême justifie cette interdiction par le principe du caractère sacré de la vie, sa démarche philosophique demeure incomplète. Je vais développer trois arguments pour étayer cette hypothèse, en me fondant sur des analyses en philosophie du droit et en éthique : 1) le conflit de représentations ultimes quant à ce qu'est la vie est réduit à un conflit de valeurs sociales; 2) le problème est posé dans une perspective subjectiviste; et 3) les arguments invoqués relèvent d'approches éthiques inconciliables.

- Le premier argument : *Le conflit de représentations ultimes quant à ce qu'est la vie est réduit à un conflit de valeurs sociales.*

Voici d'abord l'extrait dans lequel le juge Sopinka affirme l'argument de principe :

Est mieux fondé, à mon avis, l'argument selon lequel la sécurité de la personne, par sa nature même, ne peut inclure le droit d'accomplir un geste qui met fin à la vie de quelqu'un puisque la sécurité de la personne s'intéresse intrinsèquement au bien-être de la personne vivante. Cet argument est axé sur la croyance généralement

---

Potentially Capital Cases » (1987) 40 Stan. L. Rev. 21; Amnesty International, *United States of America : The Death Penalty — The Risk of Executing the Innocent* (1989), AI Index : AMR 51/19/89.

<sup>61</sup> *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 au para. 78.

véhiculée et profondément enracinée dans notre société que la vie humaine est sacrée ou inviolable (termes que j'emploie dans le sens non religieux, défini par Dworkin (*Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (1993)), pour signifier que la vie humaine possède en elle-même une valeur intrinsèque profonde)<sup>62</sup>.

Alors que l'on semble ici aborder la question dans sa dimension éthique fondamentale, sur la base du caractère sacré de la vie, le juge Sopinka s'empresse, dès le paragraphe suivant, d'exclure la perspective morale de la requérante :

Comme nous le verrons, historiquement, le principe du caractère sacré de la vie signifie l'exclusion du libre choix de s'infliger la mort et certainement l'exclusion de la participation d'autrui à l'exercice d'un tel choix. Tout au moins, il n'est apparu dans la société aucun consensus nouveau pour s'opposer au droit de l'État de réglementer la participation d'autrui en exerçant un pouvoir sur des personnes mettant fin à leur vie<sup>63</sup>.

Et il ajoute:

L'appelante soutient que, pour les malades en phase terminale, le choix porte sur le temps et les circonstances de la mort plutôt que sur la mort en soi puisque cette dernière est inévitable. Je ne suis pas d'accord. Il s'agit plutôt de choisir la mort au lieu de laisser la nature suivre son cours. Le moment et les circonstances précises de la mort demeurent inconnus jusqu'à ce que la mort survienne effectivement. On ne peut prévoir avec certitude les circonstances précises d'une mort. La mort est inévitable pour tous les mortels. Même lorsque la mort semble imminente, chercher à contrôler le moment et la façon de mourir constitue un choix conscient de mourir plutôt que de vivre. C'est pourquoi la vie, comme valeur, entre en jeu dans le cas du malade en phase terminale qui demande à choisir la mort plutôt que la vie [nos italiques]<sup>64</sup>.

En discréditant la perspective de madame Rodriguez sur une question aussi fondamentale que la signification du caractère sacré de la vie, la Cour suprême n'aborde « pas le problème tel qu'il est posé par l'appelante »<sup>65</sup>, car « *la décision de recourir à l'aide au suicide ne serait pas, autrement dit, un véritable choix existentiel exprimant le sens profond et le type de respect accordés par la personne à la vie humaine* » [italiques dans l'original]<sup>66</sup>. « Ce dernier point vaut d'être

<sup>62</sup> Rodriguez, *supra* note 49 à la p. 585.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.* aux pp. 585-586.

<sup>65</sup> Bégin, « L'arrêt Rodriguez », *supra* note 14 à la p. 308.

<sup>66</sup> *Ibid.* à la p. 306.

souligné puisqu'il s'inscrit dans une argumentation générale qui tend à nier le fait que l'on soit en présence, dans cette cause, d'un véritable problème de moralité publique : il s'agirait tout au plus d'une requête individuelle isolée n'ayant peut-être pas d'ailleurs à entraîner de grands débats publics »<sup>67</sup>.

Selon le philosophe Luc Bégin, « l'opinion majoritaire *marginalise l'opposition morale manifestée par l'appelante* au nom, pour l'essentiel, d'une autre option morale dont la légitimité supérieure prendrait assise dans notre tradition juridique, nos croyances communes et les pratiques ayant actuellement cours dans la plupart des pays occidentaux » [italiques dans l'original]<sup>68</sup>. Il écrit encore :

« Ce qui m'intéresse plutôt ici, c'est l'apparent refus d'admettre qu'il s'agit bien d'un problème de moralité publique mettant en scène des convictions profondes divergentes, des conflits de représentations ultimes ayant trait à la façon de concevoir la vie humaine et ce qui lui donne son sens. Par ce refus – ou, si l'on trouve cette affirmation trop forte, par cette négligence à voir la position de l'appelante comme un véritable choix existentiel – il devient possible d'esquiver une question importante, cruciale même à mon avis, lorsqu'une requête adressée en vertu de la *Charte* met directement en cause des convictions profondes : l'État est-il justifié de s'ingérer dans les décisions personnelles fondamentales concernant dans ce cas-ci les dernières étapes de la vie? Pour le dire d'une façon plus directe, l'État est-il justifié d'imposer à ses citoyens des restrictions de conduite en vertu d'une conviction morale profonde<sup>69</sup>?

À la différence des conflits de représentations ultimes, les conflits de valeurs sociales ne portent pas sur les significations fondamentales quant à la vie, mais plutôt sur les idées de justice, d'équité et d'égalité. En optant pour une atteinte au droit à l'égalité de l'article 15 de la *Charte*, le juge en chef Lamer transforme ainsi la question en un conflit de valeurs sociales. Ce travestissement s'observe également chez les autres juges majoritaires. « En n'abordant pas le problème tel qu'il est posé par l'appelante, c'est-à-dire comme problème de convictions personnelles profondes, la question de la pondération des intérêts de l'État et de ceux de l'individu est traitée comme s'il s'agissait d'une cause ne mettant en jeu que des conflits de valeurs sociales »<sup>70</sup>. Enfin, ce refus d'aborder les représentations ultimes est encore davantage manifeste dans la dissidence de la juge McLachlin. Elle en arrive à concevoir la question dans une logique purement instrumentale (la rationalité des moyens mis

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

<sup>68</sup> *Ibid.* aux pp. 307-308.

<sup>69</sup> *Ibid.* à la p. 308.

<sup>70</sup> *Ibid.*

en œuvre pour restreindre le droit à la sécurité), sans considérer la fin :

Si la tâche qui m'était confiée consistait à prendre le pouls de la population, je reculerais moi aussi, bien qu'en matière d'obligation constitutionnelle, un tribunal saisi d'une violation de la *Charte* peut ne pas jouir du luxe de choisir ce sur quoi il se prononcera et ne se prononcera pas. J'estime toutefois que ce n'est pas la tâche qui incombe à notre Cour en l'espèce. On ne nous a pas demandé de reconsidérer l'objectif du Parlement de criminaliser l'aide au suicide. Nous avons la tâche beaucoup plus modeste de déterminer si, étant donné le régime législatif institué par le Parlement pour réglementer le suicide, le fait de priver Sue Rodriguez du pouvoir de mettre fin à sa vie est arbitraire et équivaut par conséquent à une restriction de son droit à la sécurité de sa personne qui est incompatible avec les principes de justice fondamentale. Le Parlement a en fait choisi de légiférer en matière de suicide. Il a mis sur pied un régime qui légalise le suicide, mais qui criminalise l'aide au suicide. La seule question est de savoir si, ayant décidé d'agir dans ce domaine délicat qui touche l'autonomie des gens sur leur personne, le législateur a agi d'une manière fondamentalement équitable pour tous. *L'important n'est pas la raison pour laquelle le législateur a agi, mais la façon dont il a agi*<sup>71</sup>.

- Le second argument : *le problème est posé dans une perspective subjectiviste.*

Au surplus, la Cour suprême a limité son étude de la question à une perspective subjectiviste. Cela s'observe tant du côté du juge Lamer, dissident, qui considère que l'interdiction de l'aide au suicide est discriminatoire à l'égard des personnes handicapées, que de la part du juge Sopinka qui, au nom de la majorité, s'interroge sur le droit de chacun au contrôle de son propre corps dans le respect de la dignité humaine. La question a été pensée dans le cadre de la philosophie de la conscience sans que la distinction entre le suicide et l'aide au suicide soit suffisamment prise en compte<sup>72</sup>. Contrairement à l'aide au suicide, le Parlement canadien a aboli du *Code criminel* l'infraction de tentative de

<sup>71</sup> Rodriguez, *supra* note 49 aux pp. 628-629 [nos italiques].

<sup>72</sup> Melkevik, *supra* note 4 à la p. 88 :

C'est précisément ce principe qui s'applique dans le cas de M<sup>me</sup> Rodriguez, car cette dernière a introduit sa conscience existentielle comme un objet, en se rapportant à elle-même comme à n'importe quel objet. Ceci nous permet d'expliquer l'instrumentalisation de la conscience mise au service d'un simple choix, d'une simple liberté de choisir, qui équivaut à celle dont dispose toute autre personne. Pourquoi? Parce que le choix comme objet, réalisé par la conscience, ne sert qu'à empêcher tout retour de la conscience sur elle-même. En fait, un tel modèle n'amène nullement la conscience devant la conscience en soi, mais la projette plutôt sur le plan de l'attitude objectivante où le sujet se supprime, conformément à sa propre instrumentalisation.

suicide. Sur cette base, c'est-à-dire pour tenir compte de la différence entre ces deux actes, la question du suicide assisté doit être reformulée dans le cadre de la philosophie de l'intersubjectivité. Alors que madame Rodriguez « réclamait la liberté de choisir de se suicider et de le faire au moment où elle serait physiquement impotente, impliquant ainsi l'habilitation d'une tierce personne pour réaliser ce souhait »<sup>73</sup>, cette façon de formuler la question est « fallacieuse »<sup>74</sup> :

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

C'est donc dans l'attribution de ce droit que réside l'essence même de la demande de l'aide au suicide<sup>75</sup>.

Il semble donc que si la question philosophique a été soulevée autour du principe du caractère sacré de la vie, la discussion n'en est pas moins demeurée incomplète du point de vue de l'éthique. Suivant cette dernière critique, il s'agissait surtout de débattre de l'opportunité de créer un droit sur la vie (et la mort) d'autrui. Formulée en tant que droit de se donner soi-même la mort, la requête de Mme Rodriguez « a ainsi permis d'occulter l'habilitation d'une tierce personne qui disposerait de la liberté d'action, sous le couvert de l'immunité juridique »<sup>76</sup>. En situant la discussion de l'aide au suicide dans une perspective intersubjective, il faut décider pourquoi et comment un individu doit redonner à un tiers un tel droit. Cela fait intervenir :

l'idée qu'une partie essentielle de l'évolution du droit occidental consiste à se libérer de l'habilitation juridique du droit sur les individus par une tierce personne, en particulier lorsqu'il est question de leur corps et de leur vie. Qu'il s'agisse de l'esclavage antique, du servage médiéval ou encore de la peine capitale, c'est toujours ce même droit sur la vie ou le corps de quelqu'un d'autre qui se manifeste[...]<sup>77</sup>.

Pour discuter les aspects plus fondamentaux de l'aide au suicide, il aurait fallu aborder la question dans les perspectives 1) de Mme Rodriguez et 2) de l'intersubjectivité et du droit conféré à autrui. À défaut de le faire, la décision de la Cour suprême demeure non-entièrement théorisée.

---

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

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.* aux pp. 88-89.

<sup>76</sup> *Ibid.* à la p. 89.

<sup>77</sup> *Ibid.*

- Le troisième argument : *les arguments invoqués relèvent d'approches éthiques inconciliables.*

J'aimerais maintenant développer un dernier argument qui démontre pourquoi cette décision demeure non-entièrement théorisée. Je résume d'abord l'argument avant de l'expliciter. Tout en faisant valoir le principe déontologique qui condamne le plus fortement le suicide assisté et l'euthanasie, soit le principe du caractère sacré de la vie, le juge Sopinka invoque du même souffle le principe de la dignité humaine qui peut, pourtant, militer tant en faveur qu'en défaveur du droit de mettre fin à sa vie<sup>78</sup>. Par ailleurs, plus problématique encore, il fait intervenir des considérations conséquentialistes (notion de qualité de vie) pour définir le principe déontologique du caractère sacré de la vie. En argumentant de la sorte, le discours judiciaire se situe sur différents niveaux qui, au plan du discours éthique, demeurent incompatibles.

Commençons par rappeler la citation de départ, que je reprends ici en la complétant :

Est mieux fondé, à mon avis, l'argument selon lequel la sécurité de la personne, par sa nature même, ne peut inclure le droit d'accomplir un geste qui met fin à la vie de quelqu'un puisque la sécurité de la personne s'intéresse intrinsèquement au bien-être de la personne vivante. Cet argument est axé sur la croyance généralement véhiculée et profondément enracinée dans notre société que la vie humaine est sacrée ou inviolable (termes que j'emploie dans le sens non religieux, défini par Dworkin (*Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (1993))), pour signifier que la vie humaine possède en elle-même une valeur intrinsèque profonde). En tant que membres d'une société fondée sur le respect de la valeur intrinsèque de la vie humaine et sur la dignité inhérente de tout être humain, pouvons-nous insérer dans la Constitution, qui consacre nos valeurs les plus fondamentales, le droit de mettre fin à sa propre vie dans toutes circonstances? Cette question soulève à son tour d'autres interrogations qui sont d'importance fondamentale, telle la mesure dans laquelle notre conception du caractère sacré de la vie comprend également des notions de qualité de la vie<sup>79</sup>.

L'analyse des arguments invoqués dans ce passage est très significative du traitement éthique que les tribunaux peuvent faire d'une question aussi difficile que celles de l'euthanasie et du suicide assisté. Le juge Sopinka fait appel à la fois à des arguments tirés d'une éthique déontologique et à d'autres propres à une éthique conséquentialiste, ce qui semble contradictoire. En effet, il procède d'abord à une

<sup>78</sup> Jean-Yves Goffi, *Penser l'euthanasie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004 aux pp. 88 et s.

<sup>79</sup> Rodriguez, *supra* note 49 à la p. 585.

condamnation du geste d'enlever la vie à l'aide de l'argument déontologique le plus fort : la sacralité de la vie<sup>80</sup>. Il poursuit toutefois en invoquant un autre argument déontologique, la dignité humaine. Dans le débat éthique contemporain, cet argument est cependant susceptible d'appuyer aussi bien les positions des adversaires que celles des partisans de l'euthanasie et du suicide assisté. Plus inquiétant encore, dans la dernière phrase de la citation, la notion de qualité de la vie est considérée comme faisant partie de la conception du caractère sacré de la vie. Ici, deux niveaux éthiques sont confondus, déontologique et conséquentialiste : d'un côté, le principe déontologique le plus fort, le caractère sacré de la vie, et de l'autre, un argument conséquentialiste, la qualité de la vie, qui est censé faire partie de ce principe. Il est reconnu en bioéthique que « les théories conséquentialistes sont celles qui fournissent le plus d'arguments aux partisans de l'euthanasie »<sup>81</sup>. Et ces éthiques déontologique et conséquentialiste sont convoquées après qu'eut prévalu sous le droit à la sécurité une autre approche déontologique, celle-là fondée sur les droits. Car, en effet, en considérant que le droit à la sécurité confère une autonomie personnelle qui comprend l'intégrité de sa personne<sup>82</sup>, il s'agissait alors de donner priorité à la volonté selon une philosophie libertarienne qui affirme le primat de la souveraineté de l'individu (la possession de soi)<sup>83</sup>. Bref, à jouer sur tous ces tableaux éthiques à la fois, pour en tirer des arguments de toutes sortes, le discours judiciaire demeure insuffisamment théorisé du point de vue de l'éthique philosophique.

#### D. La moralité du droit criminel : la marijuana et la pornographie

Les juges essaient, autant que possible, d'éviter de se prononcer sur la question la plus difficile lorsque le litige peut être résolu sans cela. Cette stratégie d'évitement fait en sorte que la décision judiciaire se situe en deçà du débat philosophique en cause. Par exemple, dans l'affaire *Malmo-Levine et Caine*<sup>84</sup>, relative à la criminalisation de la possession et la consommation de marijuana, la juge Arbour fait mention du débat concernant l'opposition historique entre préjudice et moralité comme raison justifiant de restreindre la liberté de l'individu. Après avoir exposé les positions de John Stuart Mill, James Fitzjames Stephen, Lord Patrick

<sup>80</sup> Goffi, *supra* note 78 aux pp. 61 et s.

<sup>81</sup> *Ibid.* à la p. 109 : par exemple, les arguments relatifs aux coûts et au fardeau que la personne représente pour la famille et la société.

<sup>82</sup> Rodriguez, *supra* note 49 aux pp. 588-589.

<sup>83</sup> Goffi, *supra* note 78 à la p. 103. L'auteur présente alors la position de Barush Brody, « Voluntary euthanasia and the law » dans Marvin Kohl, dir., *Beneficent Euthanasia*, Buffalo (NY), Prometheus Books, 1975, 218 aux pp. 218-232.

<sup>84</sup> *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571 aux para. 237-239.

Devlin, Herbert L.A. Hart et Joel Feinberg, la juge Arbour écrit:

Ce débat théorique et philosophique présente un grand intérêt et constitue un instrument utile pour les législateurs. Il peut également servir de guide dans la définition du principe du préjudice comme principe de justice fondamentale. Toutefois, le rôle des tribunaux en tant que gardiens des principes de justice fondamentale garantis par la Constitution ne consiste pas simplement à choisir entre les diverses thèses avancées par les théoriciens du droit criminel à l'égard du principe du préjudice. [...]

Si l'intimée avait fondé sa mesure législative sur des principes de moralité, il nous aurait fallu statuer sur le caractère suffisant de ces motifs comme justification du recours à l'emprisonnement au regard du principe du préjudice en tant que principe de justice fondamentale. Il est toutefois inutile de commenter les chances de succès d'un tel argument, étant donné que quoi qu'il en soit, tout comme c'était le cas dans l'arrêt Butler, précité, l'objectif principal de l'interdiction en l'espèce n'est pas la désapprobation morale mais plutôt la protection contre un préjudice. En conséquence, nous n'avons pas, dans les présents pourvois, à prendre parti dans le débat opposant « préjudice et moralité » ni à déterminer s'il est possible de considérer qu'un comportement choquant la moralité ait pour effet de causer préjudice à d'autres personnes ou à la société en général et, si oui, dans quelles circonstances. L'État veut interdire un comportement qui, selon lui, est directement préjudiciable à la santé de certaines personnes et indirectement préjudiciable à l'ensemble de la société<sup>85</sup>.

Donc, la juge Arbour fait ici preuve de minimalisme judiciaire. D'une part, elle prétend que le débat théorique ou philosophique est plus pertinent pour le travail législatif que pour les tribunaux. D'autre part, elle estime qu'il n'est pas nécessaire de prendre parti dans le débat opposant « préjudice et moralité » pour trancher les présents litiges.

Comme il est mentionné dans l'extrait reproduit ci-haut, la question des fondements du droit criminel en termes de moralité ou de préjudice avait été discutée par la Cour suprême une dizaine d'années auparavant dans l'affaire *Butler*<sup>86</sup> relative à la criminalisation de la pornographie. Sans le mentionner expressément, le juge Sopinka y a adopté la conception féministe de la pornographie développée par Catharine MacKinnon<sup>87</sup>. Cette position avait été présentée à la Cour suprême par l'un des intervenants, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ), Mackinnon ayant d'ailleurs participé à la rédaction du

---

<sup>85</sup> *Ibid.* aux para. 240, 243.

<sup>86</sup> *Supra* note 13.

<sup>87</sup> Pour une analyse, voir Jean-François Gaudreault-DesBiens, *Le sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Cowansville, Liber : Yvon Blais, 2001 aux pp. 25-31.

mémoire. Dans ses travaux bien connus<sup>88</sup>, MacKinnon a proposé de ne plus concevoir l'obscénité selon une approche fondée sur la morale mais plutôt de la condamner en vertu du préjudice – notion politique faisant référence, selon le paradigme féministe, à la subordination ou la domination – qui peut en résulter pour les femmes et la société en général. Ainsi, la pornographie doit être jugée selon son caractère préjudiciable, et non plus en fonction d'une norme sociale de tolérance qui condamne l'exploitation induite des choses sexuelles en raison de son immoralité. Les fondements de l'approche privilégiée par la Cour suprême auraient donc pu être davantage développés afin de clarifier les concepts servant à l'analyse.

L'argumentation demeure encore davantage non-entièrement théorisée lorsque la Cour admet que la preuve d'un lien de causalité entre la pornographie et le risque de préjudice est « non concluante » :

« Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance »<sup>89</sup>.

En reconnaissant que l'absence de lien causal n'est pas un facteur déterminant, le raisonnement judiciaire prête ainsi le flanc à la critique<sup>90</sup>. De plus, les juges Sopinka et Gonthier y retenaient tous deux, dans leurs motifs distincts, une distinction (conceptuellement discutable) entre deux ordres de moralité, soit une conception particulière de la moralité et une conception fondamentale de la moralité. La Cour suprême du Canada a ainsi reconnu que les règles de droit criminel peuvent reposer sur une conception fondamentale de la moralité<sup>91</sup>. Dans le même arrêt, le juge Sopinka acceptait aussi l'idée que la désapprobation morale puisse constituer un fondement adéquat pour le droit. Citant David Dyzenhaus<sup>92</sup>, la Cour adhère à l'idée selon laquelle « [l]a désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu'elle repose sur les valeurs de la *Charte* »<sup>93</sup>. Cette position présente

<sup>88</sup> Voir notamment Catharine MacKinnon, « Not A Moral Issue » (1984) 2 Yale L. & Pol'y Rev. 321.

<sup>89</sup> Butler, *supra* note 13 à la p. 502.

<sup>90</sup> Luc B. Tremblay, « Le Canada de la *Charte* : Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste? » (1995) 40 R.D. McGill 487 aux pp. 508 à 521 [Tremblay, « Le Canada de la *Charte* »].

<sup>91</sup> Butler, *supra* note 13 aux pp. 493 (juge Sopinka), 523-524 (juge Gonthier).

<sup>92</sup> David Dyzenhaus, « Obscenity and the Charter : Autonomy and Equality » (1991) 1 R.J.C. (4<sup>e</sup>) 367.

<sup>93</sup> Butler, *supra* note 13 à la p. 493.

toutefois une difficulté importante du point de vue philosophique :

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

Cette proposition est inacceptable dans le cadre d'une société libre et démocratique qui a enchâssé une charte des droits afin de garantir des droits fondamentaux. Elle consacre le principe juridique selon lequel l'État peut radicalement perfectionner tous les citoyens agissant d'une façon qu'il désapprouve en se fondant sur une interprétation, susceptible d'être profondément controversée, de la conception fondamentale de la moralité. Cela pourrait conduire à un perfectionnisme total et général, c'est-à-dire à une forme de tyrannie que le libéralisme ne saurait accepter<sup>94</sup>.

La position de la Cour suprême pose problème eu égard aux principes du libéralisme :

Rappelons que le fait qu'une conduite risque de causer un préjudice sérieux, direct et défini aux intérêts importants (fondamentaux ou non) d'autrui ou de la société est généralement considéré, dans la tradition libérale, comme suffisant pour justifier une règle de droit qui la prohibe. Il n'est donc pas nécessaire de prouver que le matériel ou la conduite portent aussi atteinte à l'une des valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique. Cependant, la juxtaposition des deux critères (la prévention d'un préjudice et le fait que la conduite porte atteinte aux valeurs de la *Charte*) a pour effet de banaliser et corrompre le sens que donnent généralement les libéraux au principe du « préjudice » à autrui ou à la société<sup>95</sup>.

Comme on le voit, s'avançant sur le terrain philosophique, la Cour suprême émet une thèse qui, sous l'apparence des valeurs libérales de la *Charte*, n'en constitue pas moins une aporie par rapport à la théorie du libéralisme. Confrontée à des questions philosophiques, la Cour suprême énonce des thèses non-entièrement théorisées.

#### *E. La publicité relative aux produits du tabac*

C'est également dans ce sens d'une réduction de la complexité qu'il faut

<sup>94</sup> Tremblay, « Le Canada de la *Charte* », *supra* note 90 aux pp. 510-511.

<sup>95</sup> *Ibid.* à la p. 518.

comprendre la transformation de l'article premier de la *Charte* en un test à plusieurs volets<sup>96</sup>. Le caractère rhétorique d'un tel test formel de raisonnabilité cherche à minimiser l'importance des préférences subjectives dans la pondération des intérêts, en présentant le résultat du contrôle judiciaire comme la conséquence de l'application d'un test mécanique indépendant de la volonté du juge<sup>97</sup>.

Ainsi, sous l'article premier, le raisonnement en arrive souvent à porter principalement sur la preuve du caractère raisonnable des limites aux droits. Par exemple, la juge McLachlin fait de la constitutionnalité de l'interdiction de la publicité relative aux produits du tabac une affaire de preuve<sup>98</sup> :

Bien loin de juger en vérité par elle-même de l'adéquation de cette loi avec les valeurs de la communauté politique, bien loin de rechercher l'équilibre entre l'État et le marché en matière de santé publique, la juge s'en remet totalement à la procédure. Le sort de la loi tiendra tout simplement à l'habileté du procureur de l'État à présenter des éléments de preuve qui, selon toute vraisemblance, démontreront que l'interdiction de la publicité est la meilleure mesure qui puisse réduire la consommation de tabac et qu'elle est aussi la moins attentatoire aux libertés<sup>99</sup>.

Comparant cette position à la figure du juge Hercule imaginé par Ronald Dworkin, c'est-à-dire la « version moderne et libérale du roi

---

<sup>96</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 aux pp. 138-139. Pour une analyse de la jurisprudence relative à l'article premier, voir notamment : Stéphane Bernatchez, « La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire Sauvé » (2006) 20 N.J.C.L./R.N.D.C. 73 (à paraître).

<sup>97</sup> Jacques Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Yvan Blais, 1991 à la p. 120; José Woehrling, « L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême » dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens*, (Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1992), Cowansville, Yvan Blais, 1993, 3 à la p. 34; Marc Gold, « La rhétorique des droits constitutionnels » (1988) 22 R.J.T. 1 aux pp. 18-35.

<sup>98</sup> *RJR-MacDonald c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199. Sur cette question, voir Danielle Pinard, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac » (1994) 39 R.D. McGill 401.

<sup>99</sup> Marc Chevrier, « Nos ancêtres les Gallo-Romains. La perte des humanités chez les juristes québécois » dans Stéphane Kelly, dir., *Les idées mènent le Québec : Essais sur une sensibilité historique*, Saint-Nicolas (Qc), Presses de l'Université Laval, 2003 aux pp. 139-140.

philosophe »<sup>100</sup>, Marc Chevrier écrit :

Il est frappant de constater l'écart entre cet idéal-type esquissé par Dworkin, dont la Cour suprême aime à l'occasion citer la prose, et ce qu'est en réalité la justice rendue par des juges techniciens. Dans une affaire telle que *RJR-MacDonald*, rendre un jugement qui soit à la fois compatible avec le droit et la morale politique de la communauté est bien autre chose que de se réfugier derrière la procédure. Est-ce que juger, en invoquant la grande autorité des droits de l'Homme, consiste à exiger de l'État qu'il justifie scientifiquement ses choix législatifs, comme si la loi morale posée par le législateur pouvait être déduite d'une loi de la nature? Dans cette affaire de 1995, il eût fallu que les juges cessent d'emprunter l'échappatoire procédurale. Pour étayer leur décision, ils auraient pu développer une théorie de l'État et une morale politique, indiquer en vertu de quels principes les choix collectifs doivent se réconcilier avec les libertés individuelles et préciser l'étrange théorie anthropomorphique au nom de laquelle une grande entreprise multinationale peut jouir de la liberté d'expression au même titre que M. Dupont. Voilà une tâche peut-être trop herculéenne pour de simples mortels que la Cour suprême a tout simplement esquivée, dans l'affaire *RJR-MacDonald*, comme dans plusieurs autres affaires tranchées à la suite de celle-là de la même façon<sup>101</sup>.

#### F. Le mariage entre personnes du même sexe

Dans sa jurisprudence récente, la Cour suprême continue de faire preuve de minimalisme. C'est ainsi que, dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*<sup>102</sup>, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire en ne répondant pas à la quatrième question, qui posait, somme toute, le problème fondamental : « L'exigence, sur le plan civil, selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier, prévue par la common law et, pour le Québec, à l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, est-elle conforme à la *Charte*? »<sup>103</sup> La réponse aurait exigé de déterminer s'il y avait atteinte au droit à l'égalité et, ce qui est beaucoup plus complexe encore, si une telle atteinte était justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Pour en arriver à la conclusion qu'elle ne devait pas répondre, la Cour invoque différents arguments. Elle considère d'abord « la volonté exprimée par le gouvernement d'agir, en empruntant la voie législative, peu importe la réponse de la Cour à cette question. Lors de

<sup>100</sup> *Ibid.* à la p. 140.

<sup>101</sup> *Ibid.* aux pp. 140-141. Pour cette dernière phrase, l'auteur réfère en note infrapaginale aux affaires *Libman c. Québec (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 569 et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 877.

<sup>102</sup> [2004] 3 R.C.S. 698.

<sup>103</sup> *Ibid.* à la p. 699.

la plaidoirie orale, les avocats ont réitéré l'intention non équivoque du gouvernement de prendre des mesures législatives relativement au mariage entre personnes du même sexe, sans égard à la réponse donnée à la Question 4 »<sup>104</sup>. Il eût certes été plus prudent de relativiser l'importance de cette volonté gouvernementale en tenant compte du contexte politique du moment, c'est-à-dire de l'existence d'un gouvernement minoritaire qui contrôlait difficilement l'activité parlementaire. Néanmoins, la Cour poursuit en invoquant le fait que le gouvernement fédéral a clairement accepté, en ne les portant pas en appel, les conclusions des juridictions inférieures qui, dans plusieurs provinces, avaient déclaré inconstitutionnelle l'interdiction de mariage entre personnes du même sexe. Au surplus, selon la Cour, le fait que des mariages homosexuels aient déjà été célébrés crée des droits acquis qui « l'emportent sur tout avantage pouvant découler d'une réponse à la Question 4 »<sup>105</sup>. Enfin, les neuf juges de la Cour suprême considèrent « que le fait de répondre à cette question risquerait de compromettre le but exprès du gouvernement d'uniformiser le droit en matière de mariage civil dans l'ensemble du Canada »<sup>106</sup>.

Ce refus de répondre à la question la plus difficile illustre bien que le minimalisme judiciaire peut également être atteint par la voie procédurale, c'est-à-dire par ces techniques judiciaires que Bickel considérait nécessaires pour assurer la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

### *Conclusion*

Dans ce texte, j'ai principalement montré que les tribunaux ne tranchent généralement pas la question philosophique ou éthique fondamentale soulevée par un litige afin de résoudre ce dernier. Le minimalisme judiciaire permet au système juridique de s'approprier des conflits de valeurs et d'en faire un traitement juridique. Le système juridique doit utiliser son propre code normatif pour fonctionner, il ne peut se situer dans le système de la morale — pas plus d'ailleurs que dans les systèmes du politique, de l'économique, de la biologie, etc. Le système juridique veille ainsi à son autoreproduction tout en se différenciant de son environnement. Le droit doit néanmoins s'adapter aux évolutions de la société pour remplir sa fonction. Mais il doit le faire à partir de ses propres mécanismes internes.

---

<sup>104</sup> *Ibid.* au para. 65.

<sup>105</sup> *Ibid.* au para. 66.

<sup>106</sup> *Ibid.* au para. 69.

Au surplus, s'agissant du système judiciaire, il doit agir dans le cadre de la séparation des pouvoirs. C'est ainsi, par exemple, que pour intégrer des considérations du juste dans l'interprétation des lois, les tribunaux ont développé des présomptions d'intention du législateur servant à masquer les jugements de valeurs des juges et écarter ainsi la crainte du subjectivisme<sup>107</sup>. De la même façon, dans les difficiles questions de prise en compte de la diversité religieuse, dont le port du hidjab ou du kirpan à l'école, les tribunaux ont développé une notion d'obligation d'accommodement raisonnable, qui leur permet de décider sans avoir à se prononcer sur la signification religieuse ou symbolique du signe ou de la pratique<sup>108</sup>.

L'analyse du discours judiciaire présentée ici a pour toile de fond le débat sur la légitimité du contrôle de constitutionnalité. Le discours judiciaire se distingue du discours éthique. Concevoir ainsi la relation entre le droit et la morale permet aux systèmes juridique et judiciaire d'en arriver à des solutions et des décisions non entièrement théorisées.

---

<sup>107</sup> Côté, *supra* note 2 à la p. 558 : « Ces principes et ces valeurs, ce système de valeurs, trouvent leur place dans le processus d'interprétation des textes législatifs sous la forme de présomptions d'intention du législateur : on prête à celui-ci l'intention de respecter les valeurs et de ne pas déroger aux principes de la société à laquelle il s'adresse. On supposera, par exemple, que le « bon législateur », le « législateur raisonnable » ne peut pas, sauf s'il en manifeste clairement l'intention, vouloir que la loi produise des effets déraisonnables ou manifestement injustes. Cette référence obligée à la volonté présumée du législateur constitue une exigence du positivisme juridique. Puisque, selon la théorie positiviste de l'interprétation, celle-ci devrait avoir pour seul objectif la recherche de la volonté législative, la prise en compte des conséquences d'une interprétation donnée doit reposer sur l'idée que le législateur a eu en vue la conséquence en question et qu'il a voulu, effectivement ou par présomption, qu'elle se produise ou qu'elle soit évitée. »

<sup>108</sup> José Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998) 43 R.D. McGill 325 aux pp. 328-329 :

Dans ce contexte, l'obligation d'accommodement (ou d'adaptation) raisonnable constitue un instrument de maintien des identités particulières et de gestion de la diversité ethnoculturelle. En effet, l'obligation d'accommodement oblige dans certains cas l'État et les personnes ou entreprises privées à modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes et justifiées, qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de certaines minorités, surtout ethniques et religieuses.

L'obligation d'accommodement peut être principalement fondée sur le droit à l'égalité et la liberté de religion. En fait, le concept d'accommodement raisonnable a d'abord été élaboré, à partir du concept d'égalité, par les tribunaux spécialisés appliquant les lois relatives aux droits de la personne adoptées par les

Cette situation pourrait aussi être analysée dans la perspective des paradoxes<sup>109</sup>. La morale devient alors ni nécessaire et ni non-nécessaire pour le droit, suivant l'exemple connu en théorie du droit du douzième chameau dans le conte arabe :

Il est de bon usage, dans la discipline et la profession juridiques, de discuter les questions difficiles à l'aide de cas pratiques. Je voudrais suivre cet usage. Le cas qui nous servira de fil conducteur ici ne se trouve sans doute dans aucun recueil d'arrêtés. Le cas en question est cependant assez connu et convient tout à fait à notre propos. Un riche bédouin avait réglé par testament le partage de sa succession entre ses trois fils. Un riche bédouin avait réglé par testament le partage de sa succession entre ses trois fils. Il s'agissait de la répartition de ses chameaux. L'aîné, Ahmed, devait en obtenir la moitié, le cadet Ali, le quart, quant au plus jeune, Benjamin, seul un sixième lui revenait. Une telle distribution peut nous paraître, parce qu'inégale, arbitraire et injuste. Elle correspondait cependant exactement au rapport des enfants quant à leur rôle dans la perpétuation du clan ainsi qu'à la joie qu'eut leur père à la naissance de chacun d'eux : le deuxième fils ne serait privilégié que dans le cas où le premier resterait sans descendance masculine, etc. D'où la proportion de la diminution des parts.

Entre-temps, le père étant toujours en vie et ses affaires connaissant des hauts et des bas, le troupeau s'est trouvé considérablement réduit. Quand il mourut, il ne restait plus que onze chameaux. Comment les partager? Rappelant son droit d'aînesse, Ahmed [Ali] en réclamait six. Mais cela faisait plus que la moitié. Les deux autres protestèrent. Le conflit fut porté devant le juge qui fit la proposition suivante. Il dit : je mets à votre disposition l'un de mes chameaux. Vous me le rendez, si Allah le veut, le plus vite possible. Avec douze chameaux, le partage se fit aisément. Ahmed reçut la moitié, c'est-à-dire six. Ali eut droit à son quart, à savoir trois. Benjamin ne fut pas défavorisé et obtint son sixième, à savoir deux. Onze chameaux furent ainsi répartis et le douzième put être rendu<sup>110</sup>.

---

législatures canadiennes. Ces lois ont essentiellement pour but d'interdire la discrimination. Dans le cadre des lois sur les droits de la personne, l'obligation d'accommodement s'applique principalement dans le domaine des relations d'emploi et dans celui de la fourniture de biens et de services destinés au public. Elle vise les organismes gouvernementaux et les entreprises privées auxquels la loi — fédérale, provinciale ou territoriale — s'applique. Elle les oblige à faire un effort pour tenter d'adapter leurs normes et politiques aux croyances et pratiques religieuses avec lesquelles celles-ci entrent en conflit, à moins que l'adaptation requise n'entraîne une contrainte excessive. Les principes développés par les tribunaux des droits de la personne en matière d'accommodement raisonnable ont été repris et entérinés par les tribunaux judiciaires, y compris la Cour suprême du Canada.

<sup>109</sup> Gunther Teubner, « Dealing with Paradoxes of Law : Derrida, Luhmann, Wiethölter », Storrs Lectures 2003/04 Yale Law School.

<sup>110</sup> Niklas Luhmann, « La restitution du douzième chameau : du sens d'une analyse sociologique du droit » (2001) 47 *Dr. et Soc.* 15.

Ainsi, pour le droit, la morale et l'éthique ne seraient-elles que l'équivalent du douzième chameau? Cette question doit alimenter la réflexion sur l'éthique et le droit. Évidemment, il ne s'agit pas de soutenir que la morale et l'éthique ne jouent aucun rôle dans le jugement juridique; au contraire, elles interviennent, ne serait-ce qu'à titre d'horizon. L'on retrouve souvent de telles considérations morales et éthiques jalonnant les décisions judiciaires. Néanmoins, dans les cas difficiles, les juges établissent généralement une frontière entre le discours éthique et le discours juridique. Les décisions judiciaires s'avèrent ainsi minimalistes et non-entièrement théorisées.