

LE CONCEPT DE DROITS

*Stéphane Bernatchez**

Dans son article de 1963 proposant une charte des droits pour le Québec, le professeur Jacques-Yvan Morin avait énoncé divers fondements philosophiques des droits. Le présent texte examine les fondements contemporains qui ont été ajoutés par les travaux en philosophie et théorie du droit depuis la publication de cet article et l'adoption de la Charte des droits et libertés de la personne. Ainsi, dans la première partie consacrée à la philosophie du droit, après l'examen du libéralisme et du pluralisme, l'auteur se penche sur les principes développés par les tribunaux et l'hypothèse de l'éthicisation du droit. Dans la deuxième partie portant sur les théories du droit, le texte s'intéresse au pluralisme juridique et au droit souple, au pragmatisme juridique et à l'exigence de réflexivité ainsi qu'à la fonction éducative et promotionnelle des droits. Pour démontrer ces fondements philosophiques et théoriques contemporains des droits, l'auteur réfère aux travaux de nombreux spécialistes de la Charte québécoise qui pensent aujourd'hui le concept de droits.

In his 1963 article, Professor Jacques-Yvan Morin outlined the philosophical foundations for a prospective Quebec Charter of Rights. Building on these insights, this research examines the contemporary philosophical and legal theories that have emerged since Morin's seminal work and the adoption of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms. The first part draws on the philosophy of law to explore the notions of liberalism and pluralism, the principles elaborated by the courts, and the hypothesis of the ethnicization of law. The second part presents, with regard to legal theory, analyses of legal pluralism and soft law, legal pragmatism and the requisite reflexivity, and the educational and promotional functions of the Commission. To establish the contemporary philosophical and theoretical foundations of Charter rights, the present-day works of numerous Quebec Charter experts are referenced.

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

« La reconnaissance des droits de l'homme est avant tout une question de civilisation et de philosophie. »

Jacques-Yvan Morin, « Une charte des droits de l'Homme pour le Québec » (1963) 9 McGill LJ 273 à la p 278.

Jacques-Yvan Morin a été mon professeur dans un magistral cours de philosophie du droit, qu'il enseignait à la maîtrise générale de type recherche. Ce cours, il le consacrait à l'État de droit, en retraçant son évolution à travers l'histoire de la pensée juridique, en parcourant les différentes époques, les divers régimes constitutionnels – à la manière d'Aristote jadis – et, surtout, en examinant les idées des penseurs et de certains acteurs politiques et juridiques¹.

En se concentrant sur les droits et libertés, le professeur Morin s'était livré au même exercice dans son remarquable article publié en 1963², en montrant, cette fois, les multiples fondements possibles des droits et libertés de la personne à travers diverses philosophies politico-juridiques. Cette question du concept de droits mérite aujourd'hui encore qu'on s'y intéresse, tant elle influe non seulement sur la pensée juridique, mais également, comme nous le verrons, sur la pratique du droit.

Les droits et libertés représentent sans doute la formulation juridique la plus achevée de la modernité juridico-politique³, cette pensée des Lumières inspirée de la philosophie libérale et traduite juridiquement dans les grandes déclarations de droits. Le professeur Morin ne manque évidemment pas de souligner les fondements modernes des droits et libertés dans son article publié il y a un demi-siècle :

Pour ne remonter qu'au début des temps modernes, la révolution anglaise de 1688, qui entraîna l'abolition de l'absolutisme royal, proclama « les droits véritables, anciens et incontestables du peuple »; l'année suivante, le Parlement transforma cette déclaration en loi sous le nom de *Bill of Rights*. [...] Les idées libérales qui étaient à l'origine de cette révolution et dont le promoteur fut John Locke (1632-1704) ne tardèrent pas à essaimer. Transplantée en France et en Amérique, cette philosophie conduisit en effet, d'une part, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et à la Gironde, d'autre part à la Déclaration d'Indépendance de 1776 et au *Bill of Rights* de la Constitution des États-Unis (1791)⁴.

¹ Jacques-Yvan Morin, *L'État de droit : Émergence d'un principe du droit international*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995.

² Jacques-Yvan Morin, « Une charte des droits de l'Homme pour le Québec » (1963) 9 McGill LJ 273 [Morin, « Une Charte »].

³ Voir notamment Alain Renaut et Lukas Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991; Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008 [Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme*].

⁴ Morin, « Une Charte », *supra* note 2 aux pp 274-75.

La modernité a construit la pensée juridico-politique autour de certaines idées-maîtresses des Lumières, tels l'humanisme, l'individualisme, le rationalisme et le droit naturel axé sur le contrat social⁵. Le professeur Morin a non seulement présenté la *Charte des droits et libertés de la personne* (*Charte québécoise*) comme étant le fruit « de la réflexion politique depuis les Révolutions anglaise, américaine et française et de la pensée philosophique et juridique européenne des XVIII^e et XIX^e siècles⁶ », mais il l'a également inscrite dans le vaste mouvement de l'après-Seconde Guerre mondiale et dans les suites de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁷ (*Déclaration*), adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, le 10 décembre 1948. Le projet de charte proposé par le professeur Morin a certes le mérite d'élargir la conception des droits et libertés aux différentes générations de droits, une idée inspirée du droit international public – bien que l'article du professeur Morin ait été écrit avant l'avènement des deux pactes internationaux⁸ qui n'étaient alors que des projets.

En adoptant une charte des droits et libertés en 1975, le Québec accédait ainsi à la modernité juridico-politique, cette pièce législative s'inscrivant dans le processus de modernisation de l'État québécois et de la société que fut la Révolution tranquille. La *Charte québécoise*⁹ venait parachever cette révolution moderne. La pensée des Lumières succédait alors à la Grande noirceur, cette période historique « qui aurait été faite d'un sulfureux mélange d'amoralité politique et d'obscurantisme religieux¹⁰ », et pendant laquelle les libertés fondamentales n'étaient qu'implicitement protégées¹¹.

Or, tout comme il l'avait fait pour sa recherche sur les fondements de l'État de droit, le professeur Morin énonce, dans son article de 1963, différentes inspirations des droits de la personne, qui ne seraient pas à rattacher uniquement aux idéaux de la modernité – bien que ceux-ci soient prédominants. Il reconnaît ainsi que, depuis la protestation d'Antigone jusqu'à la *Déclaration* en 1948, « la violation des droits de la personne humaine et la lutte pour leur défense contre le prince ou l'État [ont constitué] la trame même de la pensée politique occidentale¹² » :

⁵ Jean Leclair, « L'avènement du constitutionnalisme en Occident : fondements philosophiques et contingence historique » (2011) 41 RDUS 159.

⁶ Jacques-Yvan Morin, « Propos liminaires » (2005) Numéro thématique hors série R du B à la p 19.

⁷ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés AG 217 (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71.

⁸ *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Rés AG 2200 (XXI), Doc off AG NU, 21^e sess, 1496^e séance plén, A/RES/21/2200 (1966) 51.

⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ c C-12 [*Charte québécoise*].

¹⁰ Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port de signes religieux à l'école publique : réflexion en forme de points d'interrogation » dans Myriam Jézéquel, dir, *Les accommodements raisonnables. Quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 241 à la p 248, au para 11 [Gaudreault-DesBiens, « Quelques angles morts »].

¹¹ Jacques-Yvan Morin, « La sécession du Québec et la Cour suprême du Canada » (1998) 88 L'action nationale 117 à la p 133.

¹² Morin, « Une Charte », *supra* note 2 à la p 274.

En outre, s'il est vrai que les libertés individuelles nous sont apparues jusqu'ici dans la livrée de la *common law*, il ne faudrait pas oublier que la Grande-Bretagne a puisé sa tradition dans l'héritage occidental, auquel le Québec participe également. Les droits de l'homme sont d'origine grecque et stoïcienne; par la suite le christianisme et l'humanisme en ont été les principaux véhicules, donnant naissance au libéralisme et à tous les *Bills of Rights* des temps modernes. D'ailleurs, la plus récente de ces déclarations des droits de la personne n'est-elle pas celle que vient de nous donner l'encyclique *Pacem in terris*¹³?

En cherchant plus largement les fondements des droits et libertés de la personne, il serait certes possible d'ajouter, ci et là, d'autres références, tel que par exemple, le nominalisme de Guillaume d'Occam pour expliquer l'avènement de l'individualisme dans la philosophie occidentale¹⁴, ou encore la pensée des anti-fédéralistes américains relative à la nécessité d'enchâsser des droits et libertés dans une constitution¹⁵. Il serait également possible, pour la reconnaissance des droits sociaux, de remonter, notamment, aux écrits de Georges Gurvitch¹⁶.

Pierre Elliot Trudeau, qui fut le principal porteur du projet imaginé par Frank Scott d'enchâsser une charte des droits dans la constitution canadienne, s'inspirait, quant à lui, de la philosophie libérale de Lord Acton et de Thomas Hill Green, et a lui-même situé la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷ (*Charte canadienne*) dans « la grande tradition de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 et du *Bill of Rights* des États-Unis d'Amérique de 1791 », en ce qu'elle « établissait implicitement la primauté de la personne sur l'État et sur toutes les institutions gouvernementales et reconnaissait de la sorte que toute souveraineté réside dans le peuple¹⁸ ». Selon Trudeau, « l'adoption même d'une charte s'inscrit dans la ligne la plus pure de l'humanisme libéral : tous les membres de la société civile jouissent de certains droits fondamentaux inaliénables, et ils ne peuvent en être privés par aucune collectivité (État, Gouvernement) ni au nom d'aucune collectivité (nation, ethnie, religion, ou autre)¹⁹ ». Ce sont des « humaines personnalités », une expression qu'il emprunte à la philosophie chrétienne d'inspiration thomiste qu'est le personnalisme

¹³ *Ibid* à la p 316.

¹⁴ Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003 aux pp 220-68.

¹⁵ Herbert J Storing, *The Complete Anti-Federalist*, Chicago, Chicago University Press, 2007.

¹⁶ Georges Gurvitch, *La déclaration des droits sociaux*, Paris, Dalloz, 2009 (l'édition originale est parue en 1946 chez Vrin). Voir aussi Georges Gurvitch, *L'idée du droit social, notion et système du droit social Histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Sirey, 1932.

¹⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, 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 canadienne*].

¹⁸ Pierre Elliot Trudeau, « Des valeurs d'une société juste » dans Thomas S Axworthy et Pierre Elliot Trudeau, dir, *Les années Trudeau : La recherche d'une société juste*, Montréal, Le Jour, 1990, 381 à la p 386 [Trudeau, « Des valeurs »]. Sur ce développement, voir Stéphane Bernatchez, « Les fondements philosophiques et théoriques de la Charte canadienne des droits et libertés » dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir, *Canadian Charter of Rights and Freedoms/Charte canadienne des droits et libertés*, Markham, LexisNexis, 2013, 47 aux pp 52-53 [Bernatchez, « Les fondements philosophiques »].

¹⁹ Trudeau, « Des valeurs », *supra* note 18 aux pp 386-87.

prôné en France par Jacques Maritain²⁰; ce sont donc « des êtres qui relèvent de l'ordre moral, c'est-à-dire libres et égaux entre eux, chacun ayant une dignité absolue et une valeur infinie²¹ ».

Dans le présent texte, il ne s'agit évidemment pas de reprendre l'exercice déjà très bien réalisé en 1963 par le professeur Morin et qui consiste à rechercher les fondements des droits et libertés de la personne à travers l'histoire de la pensée juridique. Dans l'esprit du colloque à la base du présent article, je souhaite plutôt, à partir de son article²² paru dans la *Revue de droit de McGill* qu'il a contribué à fonder, à mesurer, un demi-siècle plus tard, l'évolution des fondements philosophiques et théoriques des droits et libertés de la personne, par rapport au concept de droits tel qu'il avait été imaginé et construit dans la pensée juridique jusqu'alors. Il s'agit donc de montrer comment la philosophie (partie I) et la théorie (partie II) contemporaines du droit ont permis de développer, avec la pratique du droit, le concept de droits et libertés de la personne, et ce, depuis 1963.

I. La philosophie contemporaine du droit et les droits et libertés de la personne

Depuis la parution de l'article de Jacques-Yvan Morin, la philosophie du droit pertinente aux droits et libertés s'est principalement concentrée, dans les années 1970 et 1980, sur le libéralisme, à partir des célèbres ouvrages de John Rawls²³ et de Ronald Dworkin²⁴. Les pensées de Rawls (A) et de Dworkin (B) ont eu un impact sur le droit de la *Charte québécoise*. La philosophie contemporaine a, plus récemment, situé le concept de droits dans l'hypothèse de l'éthicisation du droit (C).

A. Le libéralisme et le pluralisme

Avec sa *Théorie de la justice*, John Rawls a remis à l'avant-scène une question que la culture juridique, américaine, bien sûr, mais aussi québécoise, avait négligée, soit l'étude des théories de la justice servant d'arrière-plan à la structure de base de la société et à la justification des droits et libertés de la personne. Comme Dworkin l'a lui-même fait remarquer²⁵, au moment où les juristes paraissaient avoir besoin d'une théorie de la justice, ils avaient plutôt tendance à fuir la philosophie du

²⁰ Jacques Maritain, *Les Droits de l'Homme et la Loi naturelle*, New York, Éditions Maison de la française, 1942.

²¹ Trudeau, « Des valeurs », *supra* note 18 à la p 387.

²² Morin, « Une Charte », *supra* note 2.

²³ John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard, Belknap Press, 1971.

²⁴ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 [Dworkin, *Taking Rights Seriously*]; Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Oxford, Hart, 1986.

²⁵ Ronald Dworkin, « L'impact de la théorie de Rawls sur la pratique et la philosophie du droit » dans Catherine Audard *et al*, *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988, 37 [Dworkin, « L'impact de la théorie »].

droit pour se rabattre, le plus souvent, à l'ère du positivisme juridique dominant, sur leur travail d'élaboration de la doctrine juridique, ou encore, pour mener des recherches sur la base de la sociologie du droit, de l'anthropologie du droit et de l'analyse économique du droit, bref sur la base des regards externes au droit en provenance d'autres sciences offrant des constructions méthodologiques et épistémologiques déjà complètes²⁶ : « C'est alors qu'est apparue une théorie de la justice, celle de John Rawls, dans laquelle les juristes ont vu une issue à l'impasse où ils se trouvaient²⁷. »

Cette alternative à l'intuitionnisme et à l'utilitarisme, qui servaient généralement jusque-là de bases justificatives en matière de justice, a servi de cadre d'analyse pour la *Charte québécoise*. En effet, le doctorant David Robitaille, aujourd'hui professeur à la faculté de droit civil de l'Université d'Ottawa, a proposé une analyse de la *Charte québécoise* sur la base de la théorie rawlsienne de la justice²⁸. Même s'il « faut renoncer à trouver dans la *Théorie de la justice* des développements originaux immédiatement transposables au droit²⁹ », la pensée de John Rawls permet, selon Robitaille, « de comprendre davantage la conception philosophique qui sous-tend actuellement la Charte³⁰ ». La *Charte québécoise* incarne, selon cette thèse, la consécration du libéralisme égalitaire de Rawls. Robitaille fait observer que

la Charte québécoise suit un schème très similaire et reconnaît en premier lieu un ensemble de libertés qui correspondent de façon générale à celles auxquelles Rawls attache une importance particulière. Sont en effet reconnues les libertés fondamentales de conscience, de religion, d'opinion, d'expression, de réunion pacifique et d'association dont « [t]oute personne est titulaire ». La Charte consacre également les droits à l'intégrité de sa personne, à la jouissance paisible de ses biens et au respect de sa vie privée, ainsi que certains droits politiques et judiciaires parmi lesquels se trouvent respectivement le droit de vote et certaines dispositions visant la protection de la personne arrêtée ou incarcérée. Elle prévoit ensuite, rejoignant selon nous la pensée de Rawls, le droit à la reconnaissance et à l'exercice des droits et libertés de la personne, *en pleine égalité*. Comme dans la philosophie de Rawls, ces libertés doivent ainsi être attribuées à tous et susceptibles d'être exercées par toute personne, peu importe les caractéristiques personnelles immuables qui sont les siennes³¹.

Comme le souligne Robitaille, le principe qui affirme à la fois la reconnaissance et l'exercice effectif des libertés et l'absence de discrimination dans cette reconnaissance ou cet exercice, jouit de la priorité lexicale que Rawls lui-même

²⁶ Stéphane Bernatchez, « La doctrine juridique, un obstacle à la théorie du droit? » dans Georges Azzaria, dir, *Les cadres théorique et le droit*, Cowansville, Yvon Blais, 2013 à la p 7.

²⁷ Dworkin, « L'impact de la théorie », *supra* note 25 à la p 43.

²⁸ David Robitaille, « La Charte québécoise des droits ou la consécration du libéralisme égalitaire de John Rawls » (2004) 34 RGD 473 [Robitaille, « La Charte québécoise »].

²⁹ François Ost, « Théorie de la justice et droit à l'aide sociale » dans Catherine Audard *et al*, *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988 à la p 245.

³⁰ Robitaille, « La Charte québécoise », *supra* note 28 à la p 476.

³¹ *Ibid* aux pp 479-80.

attribue aux libertés de base par rapport au second principe qui concerne l'organisation économique et sociale et vise à corriger les inégalités : « C'est d'ailleurs là que réside et prend rationnellement vie dans sa théorie une certaine notion de justice sociale³². » En consacrant, à ses articles 11 à 18 et à l'article 19, le droit à la non-discrimination dans diverses sphères d'activités quotidiennes, la Charte reflète ici aussi la pensée de Rawls. Ces dispositions, qui visent à « accorder une réelle *égalité des chances*³³ », sont complétées, dans la *Charte québécoise*, par des droits économiques et sociaux qui « entretiennent un lien direct avec le principe de différence de John Rawls dans la mesure où ils visent le même objectif général qui consiste en la répartition ou la redistribution d'une certaine quantité de ressources vers les plus démunis³⁴ ». Robitaille fait même observer que, « comme dans la théorie de la justice du philosophe, les libertés prévues par la Charte sont hiérarchiquement et normativement supérieures aux droits économiques et sociaux³⁵ ». Sur ce point, en demeurant d'abord préoccupé par la question de l'efficacité économique, Rawls rejoint la philosophie libérale³⁶.

Certains arrêts récents de la Cour suprême du Canada tendent à consacrer cette priorité de la liberté sur l'égalité des chances, ou même sur la protection contre la discrimination. En effet, dans des arrêts tels *Chaoulli*³⁷, *Bruker c Marcovitz*³⁸, *A*³⁹, la conception de la liberté économique ou contractuelle semble être priorisée⁴⁰, et ce, malgré la mise en garde formulée par les juges dissidents Binnie et LeBel, dans *Chaoulli*, relativement à un possible retour à la philosophie judiciaire du libéralisme économique propre à l'ère *Lochner* :

Toutefois, nous ne sommes pas d'accord avec les appelants pour dire que le régime de santé québécois compromet la « liberté » des Québécois. L'argument voulant que la notion de « liberté » inclue la liberté contractuelle (en l'espèce, la liberté de conclure un contrat d'assurance médicale privée) est nouveau au Canada, où les droits économiques ne sont pas inclus dans la *Charte canadienne*, et est discrédité aux États-Unis. Dans ce pays, la Cour suprême a, pendant les premières décennies du XX^e siècle, reconnu la liberté individuelle (principalement d'employeurs) de renoncer à l'application de programmes socioéconomiques, en vertu du postulat que les règles de droit interdisant aux employeurs la conclusion de contrats oppressifs avec leurs employés portaient atteinte à leur « liberté » contractuelle : voir, p. ex., l'arrêt *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905), p. 62 :

³² *Ibid* à la p 481.

³³ *Ibid* à la p 483.

³⁴ *Ibid* à la p 486.

³⁵ *Ibid*.

³⁶ *Ibid*.

³⁷ *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 RCS 791 [*Chaoulli*].

³⁸ *Bruker c Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 RCS 607 [*Bruker*]. Il faut préciser que le droit à l'égalité était également en cause et cet argument y est invoqué dans le même sens que la liberté contractuelle.

³⁹ *Québec (Procureur général) c A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 RCS 61.

⁴⁰ À l'inverse dans l'arrêt *Gosselin c Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 RCS 429, la dimension économique est écartée.

[TRADUCTION] ... l'interdiction de conclure, dans une boulangerie, un contrat de travail qui permettrait de dépasser un certain nombre d'heures de travail par semaine, n'a, d'après nous, tellement rien de commun avec une disposition légitime, raisonnable et équitable qu'elle va à l'encontre de la liberté de la personne et de la liberté contractuelle prévues dans la Constitution fédérale.

Dans un commentaire sur ce courant de jurisprudence qui n'est disparu qu'avec l'arrêt *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), le professeur L. H. Tribe a écrit que la Cour suprême des États-Unis :

[TRADUCTION] ... s'[était] fondée sur la clause d'application régulière de la loi du quatorzième amendement pour invalider des mesures législatives économiques qui, selon la Cour, portaient indûment atteinte à la liberté contractuelle, mais où la Cour était largement (voire toujours à juste titre) perçue comme substituant, en l'absence de véritable mandat constitutionnel, son propre jugement à celui du législateur. [Nous soulignons.]

(*American Constitutional Law* (3^e éd. 2000), vol. 1, p. 1318)

Nous ne reconnaissons pas non plus que l'art. 7 de la *Charte canadienne* garantit au D^r Chaoulli la « liberté » de dispenser des soins de santé dans un contexte privé. La juge de première instance a conclu, à juste titre, que « l'article 7 de la charte canadienne ne protège pas le droit d'un médecin d'exercer sa profession sans contrainte dans le domaine privé. Ceci est un droit purement économique. » (p. 823 (en italique dans l'original)) Le seul fait que la mesure étatique restreigne la liberté individuelle par l'élimination de choix de carrière par ailleurs possible ne met pas en jeu la protection du droit à la liberté visé par l'art. 7. Le droit à la liberté ne comprend pas, par exemple, le droit de faire des affaires dans toutes les occasions souhaitées : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 786. Il ne s'étend pas non plus au droit d'une personne d'exercer la profession de son choix : *Renvoi sur la prostitution*, p. 1179, le juge Lamer. Par conséquent, nous rejeterions l'argument, qu'avance le D^r Chaoulli au nom des dispensateurs de soins, selon lequel le système de santé public unique du Québec porte atteinte à un droit à la liberté garanti par la *Charte canadienne* ou la *Charte québécoise*⁴¹.

Sur la priorité des droits, Robitaille souligne toutefois que la *Charte québécoise* « se distancie de la pensée de Rawls dans la mesure où les libertés fondamentales ne bénéficient pas d'un caractère absolu⁴² », tel que le reconnaît l'article 9.1 qui édicte ce qui suit :

Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice⁴³.

⁴¹ *Chaoulli*, *supra* note 37 aux para 201-02.

⁴² Robitaille, « La *Charte québécoise* », *supra* note 28 à la p 481.

⁴³ *Charte québécoise*, *supra* note 9, art 9(1).

Plus significatif encore, en opposition à la *Théorie de la justice*, cette disposition limitative avalise la conception utilitariste avec cette notion de « bien-être général des citoyens ». Le raisonnement judiciaire sous les droits et libertés tend d'ailleurs de plus en plus à prendre la forme d'une balance des inconvénients entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables, ce qui tend à accroître l'importance de la logique conséquentialiste⁴⁴.

D'ailleurs, cette dernière approche s'inscrit dans le tournant que Rawls a insufflé à la philosophie politique avec la publication, en 1993, de *Political Liberalism*⁴⁵, ouvrage dans lequel il prend acte de certaines critiques adressées à sa *Théorie de la justice*. Dans sa reformulation de la justice comme équité⁴⁶, Rawls avait déjà indiqué que sa théorie ne doit pas être comprise comme étant métaphysique, mais politique. Voilà maintenant qu'en raison du fait pluraliste, les doctrines compréhensives de la vie bonne ne peuvent, au mieux, que faire l'objet d'un consensus par recoupement. En effet, « dans les sociétés modernes et pluralistes, rares sont les questions sur lesquelles il existe un consensus social que le droit pourrait se borner à refléter⁴⁷ ».

À cet égard, la pratique judiciaire des droits et libertés prend une distance par rapport au libéralisme de Ronald Dworkin qui reconnaissait aux libertés individuelles une priorité normative par rapport aux considérations pouvant être invoquées à l'appui d'une politique législative⁴⁸. Selon cette logique libérale et individualiste, les droits constituent des principes déontologiques qui l'emportent à l'égard de toute considération conséquentialiste ou utilitariste susceptible d'être invoquée sous la forme de l'intérêt général, du bien-être général ou du plus grand bonheur du plus grand nombre. De plus en plus, en raison du pluralisme, le raisonnement juridique tend toutefois à porter davantage sur l'optimisation des valeurs en conflit plutôt que sur la reconnaissance d'une priorité normative d'un droit⁴⁹.

Dans la mesure où le modèle libéral de la priorité des droits n'est pas entièrement neutre à l'égard des différentes conceptions du bien, le libéralisme ne respecte pas parfaitement le principe de l'égalité morale des personnes⁵⁰. Or, la

⁴⁴ Sur cette question, voir notamment : Bernatchez, « Les fondements philosophiques », *supra* note 18; Stéphane Bernatchez, « Quand appliquer les chartes, c'est hiérarchiser les droits » (2012) 4 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 61.

⁴⁵ John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993 [Rawls, *Political Liberalism*].

⁴⁶ John Rawls, « Justice as Fairness : Political not Metaphysical » (1985) 14 *Philosophy and Public Affairs* 223; John Rawls, « La théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique » dans Audard, *supra* note 25 à la p 279.

⁴⁷ Julie Ringelheim, « Droit, contexte et changement social » (2013) 70 *RIEJ* 157 à la p 159.

⁴⁸ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* note 24 à la p 11. Voir aussi Ronald Dworkin, « Rights as Trumps » dans Jeremy Waldron, dir, *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984 à la p 153 [Dworkin, « Rights as Trumps »].

⁴⁹ Luc B Tremblay, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle » (2012) 57 *RD McGill* 429 [Tremblay, « Le principe de proportionnalité »].

⁵⁰ *Ibid* aux pp 455-56.

philosophie politique contemporaine a bien mis en lumière le « fait du pluralisme⁵¹ », en vertu duquel il existe, dans les sociétés démocratiques, « une pluralité de conceptions du bien, de visions du monde, de modes de vie et de cultures (de langages ou de schèmes conceptuels)⁵² ». Le modèle de la priorité des droits postule une conception libérale de l'être humain et de ses intérêts, besoins, valeurs et revendications, conception qui n'est pas susceptible d'assurer la neutralité et l'impartialité requises constitutionnellement.

Selon le modèle de la priorité des droits, « en cas de conflit entre un droit garanti et une valeur ou un intérêt concurrent, le droit doit l'emporter en principe⁵³ ». S'il en est ainsi, c'est parce qu'il

existe un ordre de priorité relative, lexical ou autre, entre les divers types de valeurs constitutionnelles. En principe, les droits garantis ont priorité sur les valeurs concurrentes, telles que les buts collectifs, le bien-être général, les objectifs gouvernementaux perfectionnistes ou centrés sur l'efficacité économique⁵⁴.

Pour le dire dans les termes de Dworkin, auquel Luc Tremblay réfère explicitement, les droits constitutionnellement garantis sont considérés comme des « atouts », selon la fameuse thèse des « *rights as trumps*⁵⁵ », que leurs titulaires peuvent opposer aux actions gouvernementales dont la justification est en principe insuffisante :

Les droits individuels sont des atouts politiques détenus par les individus. Les individus ont des droits quand, pour une raison ou une autre, un but commun n'est pas une justification suffisante pour les priver de ce qu'ils désirent, en tant qu'individus, obtenir ou accomplir; ou lorsqu'il ne constitue pas une justification suffisante pour leur imposer une perte ou un tort⁵⁶.

Pour être efficient, ce modèle de la primauté des droits exige toutefois « l'élaboration ou la reconnaissance par les juges d'une théorie substantielle des droits constitutionnels⁵⁷ », qui repose sur

un ordre normatif substantiel établissant dans l'abstrait les droits qui, en principe, ont priorité sur les valeurs et les intérêts concurrents, ainsi que les valeurs et les intérêts concurrents qui, en principe, peuvent légitimement

⁵¹ Rawls, *Political Liberalism*, New York, *supra* note 45; John Rawls, *Libéralisme politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

⁵² Tremblay, « Le principe de proportionnalité », *supra* note 49 à la p 457.

⁵³ *Ibid* à la p 434.

⁵⁴ *Ibid*.

⁵⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* note 24 à la p 11; Dworkin, « Rights as Trumps », *supra* note 48.

⁵⁶ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995 à la p 44. Version originale anglaise Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* note 24 à la p 11: « Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them. »

⁵⁷ Tremblay, « Le principe de proportionnalité », *supra* note 49 à la p 436.

justifier des restrictions à ces mêmes droits⁵⁸.

C'est précisément cette possibilité d'élaborer une telle théorie substantielle des droits qui est rendue inaccessible par le fait du pluralisme qui caractérise les sociétés démocratiques contemporaines.

Dans un tel contexte pluraliste, une deuxième conception du principe de proportionnalité s'est développée, soit le modèle de l'optimisation des valeurs en conflit. Ce modèle

ne confère aux droits garantis aucune forme de priorité normative sur les valeurs ou les intérêts concurrents que peut chercher à réaliser le gouvernement, ni même sur les buts sociaux fondés sur l'utilité, l'intérêt général, la perfection des individus ou la commodité administrative⁵⁹.

Ce passage porte en arrière-plan tout le débat, en théorie de la justice, relatif à l'utilitarisme et au libéralisme. Ainsi,

toutes les valeurs constitutionnelles concurrentes ont le même statut dans l'ordre constitutionnel et, conséquemment, dans l'argumentation constitutionnelle. Il n'y a aucun ordre de priorité, lexical ou autre, entre elles. En principe, toutes les valeurs constitutionnelles ont le même poids. Les droits constitutionnels n'ont donc aucune priorité normative sur les valeurs concurrentes, ni même sur les buts collectifs, le bien-être général, les objectifs perfectionnistes ou l'efficacité administrative⁶⁰.

L'opération de juger s'en trouve d'autant modifiée, en ce qu'il s'agit pour le juge de veiller à ce que les valeurs en conflit soient optimisées : « Cela signifie qu'elles doivent être réalisées le plus possible, compte tenu du contexte factuel et juridique qui a fait naître le conflit⁶¹. » Tremblay en conclut ce qui suit :

Un gouvernement pourrait donc, en principe, légitimement viser à peu près n'importe quel objectif politique ou but social, y compris la promotion d'une conduite sexuelle dominante, la pratique religieuse de la majorité ou l'efficacité administrative. La question n'est pas de savoir si l'objectif visé est légitime en principe, mais si, dans le contexte d'une affaire donnée, la mesure gouvernementale qui cherche à le réaliser optimise les valeurs en conflit⁶².

Selon l'optimisation des valeurs, « en cas de conflit entre deux valeurs constitutionnelles, disons entre la liberté d'expression et l'esthétique d'une place publique, ni l'une ni l'autre ne l'emporte en principe. Les droits ne possèdent donc aucune force spéciale par rapport aux autres valeurs⁶³ ». Comme Tremblay lui-même l'écrit :

⁵⁸ *Ibid* à la p 435.

⁵⁹ *Ibid* aux pp 441-42.

⁶⁰ *Ibid* à la p 442.

⁶¹ *Ibid*.

⁶² *Ibid* à la p 442.

⁶³ *Ibid*.

Il s'ensuit que la recherche de l'interprétation « correcte » de la constitution ou de la « bonne » méthode d'interprétation constitutionnelle, la recherche des « bons » critères de déférence judiciaire, la clarification des catégories et des concepts juridiques formels, le raffinement des thèses doctrinales, la délimitation de la portée des précédents, l'évaluation de la force des raisonnements analogiques, la démonstration que certaines valeurs morales sont « objectives » ou qu'un certain équilibre entre les valeurs et les droits est « juste » et « bon » n'ont à peu près pas de pertinence. On n'y discute à peu près pas des questions épistémologiques relatives au sens « véritable » des valeurs ou des normes de la constitution ou de la morale politique. Le contenu des textes constitutionnels est dès lors très flexible : les valeurs et les intérêts qu'ils sont censés enchâsser peuvent varier et se multiplier avec le temps⁶⁴.

La méthode juridique est, dès lors, complètement différente : « [E]lle est pragmatique et contextuelle. Elle se fonde exclusivement sur les conséquences empiriques probables de la restriction sur les valeurs constitutionnelles en conflit dans le contexte d'une affaire particulière⁶⁵. » Il s'agit bien là non seulement d'une nouvelle méthodologie juridique, mais aussi d'une épistémologie différente des droits et libertés. Chaque valeur en conflit doit, ainsi, être réalisée autant que possible, ce qui implique qu'« aucune ne peut être totalement réalisée au détriment de celles avec lesquelles elle est en conflit⁶⁶ ». Les valeurs doivent être « ajustées les unes aux autres : elles doivent être mutuellement limitées afin de permettre à chacune d'elles d'atteindre son effet optimal⁶⁷ ». Le principe de proportionnalité, qui est central dans le raisonnement juridique relatif aux droits garantis, prend, par conséquent, la forme d'un équilibre entre les valeurs en conflit⁶⁸.

Cette transformation du jugement juridique, qui devient de plus en plus un exercice de *balancing*⁶⁹ en raison du fait du pluralisme, s'observe dans des affaires relatives à la *Charte québécoise*. C'est ainsi, par exemple, que le juge Iacobucci conclut dans l'arrêt *Amselem* qu'

[e]n dernière analyse, toutefois, je suis d'avis que les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion⁷⁰.

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

⁶⁴ *Ibid* à la p 443.

⁶⁵ *Ibid*.

⁶⁶ *Ibid*.

⁶⁷ *Ibid* aux pp 443-44.

⁶⁸ *Ibid* à la p 444.

⁶⁹ T Alexander Aleinikoff, « Constitutional Law in the Age of Balancing » (1987) 96 Yale LJ 943.

⁷⁰ *Syndicat Northcrest c Amselem*, 2004 CSC 47, au para 84, [2004] 2 RCS 551 [*Syndicat Northcrest c Amselem*].

logique d'une balance des inconvénients.

M. Marcovitz, il me semble, a bien peu à mettre dans la *balance*. D'abord, il a conclu de son plein gré une obligation contractuelle valide et exécutoire qu'il cherche maintenant à faire annuler pour des scrupules religieux qui lui sont venus après coup. À mon avis, c'est cette tentative de se désister de sa promesse exécutoire, et non l'exécution de l'obligation, qui est contraire à l'ordre public⁷¹. [Nos italiques.]

Mais l'avantage que procure, dans l'intérêt public, le fait d'empêcher des personnes de se soustraire aux conséquences juridiques qu'entraînent leurs violations de contrat n'est qu'un des facteurs défavorables à la revendication de M. Marcovitz. Ce qui joue le plus contre lui, ce sont les atteintes importantes que la violation de ses obligations juridiques porte à nos engagements — précisés dans la Constitution et les lois — envers l'égalité, la liberté de religion et la liberté de choix en matière de mariage et de divorce⁷².

L'intérêt que porte le public à la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives dans l'exercice indépendant de leur capacité de divorcer et se remarier conformément à leurs croyances, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les intérêts et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement pris au paragraphe 12 de l'entente pourrait restreindre sa liberté de religion⁷³.

B. Les principes et les juges

La réflexion sur les droits et libertés s'est beaucoup concentrée sur la question de l'interprétation de ces normes souvent considérées comme présentant un caractère plus indéterminé que les autres règles de droit. Certes, le style laconique par lequel les chartes expriment généralement les droits et libertés explique en partie cette nature fortement interprétative qui leur est reconnue. Pour représenter la figure du juge, la juge Michèle Rivet⁷⁴ a eu recours au modèle du juge Hercule proposé par Ronald Dworkin :

La méthode d'Hercule [...] rejette l'hypothèse d'un moment canonique où la loi a pris naissance et a revêtu la signification entière et unique qu'elle aura à tout jamais. Hercule interprète non seulement le texte de la loi, mais son évolution, son processus avant sa promulgation comme loi et son extension au-delà de ce moment. Il cherche à tirer le meilleur parti possible de cette histoire continue, et c'est pourquoi son interprétation évolue au fur

⁷¹ *Bruker*, *supra* note 38 au para 79.

⁷² *Ibid* au para 80.

⁷³ *Ibid* au para 92.

⁷⁴ Michèle Rivet, « Entre stabilité et fluidité : le juge, arbitre des valeurs » dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 1 aux pp 16-17 [Rivet, « Entre stabilité et fluidité »].

et à mesure du développement de l'histoire⁷⁵.

Il serait aussi possible d'y voir la figure d'Hermès⁷⁶, puisque le juge des droits et des chartes est aussi un acteur du dialogue⁷⁷. Christelle Landheer-Cieslak a plutôt proposé le modèle de la juge Minerve⁷⁸.

Comme l'a résumé Pierre Bosset dans la réflexion dworkienne qu'il a proposée à propos des accommodements raisonnables⁷⁹, « pour Dworkin, le droit est moins un assemblage de règles qu'un édifice de principes exprimant avant tout la morale politique d'une communauté⁸⁰ ». Empruntant cette logique principielle, le préambule de la *Charte québécoise* édicte notamment que

tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi; [...] que le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix⁸¹.

Au Canada, c'est notamment à l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁸² que « l'influence de la conception dworkinienne du droit et des principes peut être retracée⁸³ », la Cour suprême du Canada identifiant les principes sous-jacents à la *Constitution canadienne* : le fédéralisme, la primauté du droit et le constitutionnalisme, la protection des minorités, la démocratie. Jacques-Yvan Morin avait d'ailleurs anticipé⁸⁴ que la Cour suprême du Canada puisse répondre à la question constitutionnelle en recourant aux principes sous-jacents, contre toute attente puisque l'attention des constitutionnalistes était davantage portée sur la procédure de modification prévue à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, plus

⁷⁵ Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994 aux pp 378-79 [Dworkin, *L'empire du droit*].

⁷⁶ François Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge » dans Pierre Bouretz, *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991 à la p 241.

⁷⁷ Jacques Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Yvon Blais, 1991; Karim Benyekhlef, « Démocratie et libertés : Quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit » (1993) 38 RD McGill 91; Rivet, « Entre stabilité et fluidité », *supra* note 74 aux pp 28-32; Louis LeBel, « La méthode d'interprétation moderne : le juge devant lui-même et en lui-même » dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, dir, *Interpretation non cessat : Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Yvon Blais, 2011 à la p 103; Stéphane Bernatchez, « L'évolution continue de la Constitution canadienne par les tribunaux : arbre vivant ou dialogue? » (2007) 37 SCLR (2d) 47.

⁷⁸ Christelle Landheer-Cieslak, « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique » dans *Numéro spécial : Le droit sans la loi?* (2006) 47:4 *Les Cahiers de Droits* 623.

⁷⁹ Pierre Bosset, « Accommodements raisonnables : la place du droit dans les débats publics Une réflexion dworkinienne » [Bosset, « Accommodements raisonnables »], texte inédit d'une conférence prononcée à la Chaire d'éthique appliquée de l'Université de Sherbrooke, le 28 novembre 2011. Le texte est cité et reproduit ici avec l'autorisation de l'auteur.

⁸⁰ *Ibid* à la p 2.

⁸¹ *Charte québécoise*, *supra* note 9.

⁸² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217.

⁸³ Bosset, « Accommodements raisonnables », *supra* note 79 à la p 3.

⁸⁴ Jacques-Yvan Morin, « La sécession du Québec et la Cour suprême du Canada » (1998) 88:4 *L'Action nationale* 117 aux pp 134 et s [Morin, « La sécession du Québec »].

précisément aux articles 38 à 49⁸⁵. La Cour a ainsi drapé sa réponse dans la légitimité de la *Loi constitutionnelle de 1867*, plutôt que de puiser la solution dans la tourmente politique du rapatriement et de sa formule d'amendement. Selon le professeur Morin,

la primauté du droit dicterait alors à la Cour, comme dans le renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba (1985), le souci de faire en sorte que la sécession s'effectue sans rupture brutale de la continuité de l'ordre juridique : elle recommanderait alors aux gouvernements intéressés de négocier, après le référendum, la transition de l'ancien régime au nouveau⁸⁶.

Sur ce point, l'avis de la Cour suprême n'est pas autre.

La notion d'obligation d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive, importée du droit américain dans l'arrêt *Simpsons Sears*⁸⁷, est une autre manifestation de la thèse du *droit comme interprétation* développée par Dworkin⁸⁸. En réponse aux insuffisances du positivisme juridique, notamment le néo-positivisme de Hart qui, constatant l'impossibilité pour le législateur de prévoir tous les cas d'application, laissait à la discrétion judiciaire le choix de trouver une solution dans les cas difficiles (*hard cases*) causés par les silences ou les lacunes des règles écrites, Dworkin a bien montré comment les juges doivent, devant l'insuffisance des règles légales, recourir aux principes juridiques afin de compléter le droit⁸⁹. Cette conception interprétative va jusqu'à modifier la définition du concept de droit, qui ne peut plus être conçu comme étant constitué uniquement de règles. S'interrogeant quant à l'opportunité de combler la lacune du code ontarien, dans le cas où une employée, madame O'Malley, refusait de travailler le samedi pour des raisons religieuses, le juge McIntyre formule le problème dans ces termes :

La norme du caractère raisonnable mentionnée par le professeur Ratushny et l'obligation d'accommodement, dont parle la jurisprudence américaine, prévoient que, lorsqu'il est démontré qu'une condition de travail a causé de la discrimination, il incombe à l'employeur de tenter raisonnablement de faire en sorte que les besoins religieux de l'employée soient respectés à moins que cela ne lui cause une contrainte excessive dans la gestion de ses affaires. Rien dans le Code n'appuie expressément cette thèse d'où une lacune dans le Code et la question: devrait-on combler cette lacune au moyen de ce principe⁹⁰?

⁸⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11, art 38-49.

⁸⁶ *Ibid* à la p 135.

⁸⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne c Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536 [*Simpsons-Sears*].

⁸⁸ Voir aussi Stéphane Bernatchez, « Accommodements raisonnables et gouvernance : le rôle du juge, au-delà de l'interprétation et de la création du droit à l'égalité » dans Christian Brunelle et Patrick A Molinari, dir, *Accommodements raisonnables et rôle de l'État : un défi démocratique*, Congrès de l'Institut canadien d'administration de la justice, Québec, 2009 à la p 371.

⁸⁹ Ronald Dworkin, « Le positivisme » (1985) 1 *Dr et Soc* 31; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* note 24.

⁹⁰ *Simpsons-Sears*, *supra* note 87 au para 22.

Selon Pierre Bosset, la conception dworkinienne du *droit comme attitude fraternelle*⁹¹ permet aussi de mieux comprendre cette notion juridique d'accommodement raisonnable.

L'attitude du droit est constructive : elle vise [...] à superposer le principe à la pratique pour montrer la meilleure voie vers un meilleur avenir, tout en respectant comme il convient la fidélité au passé. C'est [...] une attitude fraternelle, une expression de la façon dont nous sommes unis dans une collectivité, tout en étant divisés sur nos projets, nos intérêts et nos convictions⁹².

Ainsi, les principes de morale politique impliquent, selon Dworkin, un type particulier de communauté politique :

Le troisième modèle de collectivité est celui du principe. [Dans ce modèle], on admet que l'on est gouverné par des principes communs, et pas seulement par des règles élaborées dans un compromis politique. La politique a un caractère différent pour de tels gens. C'est un théâtre de débats à propos des principes que devrait adopter la collectivité comme système, à propos de l'opinion qu'elle devrait avoir de la justice, de l'équité et des principes garantissant un juste procès, et non l'histoire différente, celle qui convient aux *autres modèles, où chacun essaie de planter le drapeau de ses convictions sur le plus grand territoire de pouvoir ou de règles possible*. Les membres d'une société de principe acceptent que leurs droits et leurs devoirs politiques ne soient pas épuisés par des décisions particulières auxquelles sont parvenues les institutions politiques, mais qu'ils dépendent, plus généralement, de l'organisation de principes que présupposent et qu'admettent ces décisions. Ainsi, *chaque membre accepte que les autres aient des droits, et que lui ait des devoirs qui découlent de ce schéma, quand même ceux-ci n'auraient jamais été formellement identifiés ou déclarés*. [C]es obligations proviennent du fait historique que sa collectivité a adopté ce schéma, qui lui est alors spécifique⁹³. [Nos italiques.]

Le domaine des droits et libertés exigerait une telle attitude fraternelle selon le professeur Bosset :

Pour les juristes engagés dans un champ de pratique comme le domaine des droits fondamentaux, où les principes jouent un rôle crucial, l'attitude fraternelle du droit évoquée par Dworkin est loin d'être un point de vue dépassé. Pour eux, il existe un lien nécessaire entre le droit et des conceptions (plausibles) de la morale : ce point de vue reflète sans doute mieux la nature de l'entreprise normative qui est celle du droit, et ce tant du point de vue des citoyens que de celui des acteurs privilégiés que sont les juristes. En effet, s'il n'existe pas de réponse scientifiquement vérifiable à la question de la relativité ou de l'impossibilité des jugements moraux, cela ne signifie pas que le recours à des *conceptions* de la morale ne soit pas nécessaire à l'*adhésion des juristes* au système normatif dans lequel ils

⁹¹ Dworkin, *L'empire du droit*, *supra* note 75, chap 6.

⁹² *Ibid* à la p 450.

⁹³ *Ibid*, chap 6, aux pp 232-33.

œuvrent, de même qu'à la *légitimité sociale et politique* du système juridique dans son ensemble⁹⁴. [Nos italiques.]

Refusant, comme Hart⁹⁵, de ne considérer le droit à l'égalité qu'à partir de sa « texture ouverte » et de sa « pénombre » qui confèreraient un pouvoir discrétionnaire au juge chargé de l'interpréter et de l'appliquer, « Dworkin, lui, dirait que les juristes appelés à lui donner un sens n'ont d'autre choix, pour l'interpréter, que de faire appel à des conceptions implicites ou explicites de la morale politique⁹⁶ ». Dans cet esprit,

l'accommodement raisonnable est le produit d'une conception sociale de l'égalité, où c'est moins la neutralité apparente des normes et des institutions que l'on valorise que leur absence d'impact discriminatoire sur certains groupes vulnérables ou défavorisés⁹⁷.

Comme l'ont fait observer Michèle Rivet et Anne-Marie Santorineos⁹⁸, les tribunaux ont, à maintes reprises, reconnu l'égalité comme une valeur et un principe⁹⁹. Invoquant la lecture morale du droit proposée par Dworkin, plus précisément dans la mesure où les droits et libertés font pénétrer les principes de morale politique au sein du droit¹⁰⁰, elles affirment que « dans notre système de justice, l'égalité, tout comme la dignité humaine et la liberté, représente un principe de morale politique au sens où l'entendrait Dworkin parce qu'elle véhicule une valeur admise par la collectivité¹⁰¹ ». Dans son interprétation du droit constitutionnel à l'égalité, la Cour suprême du Canada a référé aux « valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique qui sont enchâssées à l'art. 15¹⁰² » de la *Charte canadienne*; ou encore, la Cour a précisé que « les valeurs fondamentales telles que la dignité humaine, l'égalité et le respect de l'identité culturelle [...] doivent servir de guides dans l'interprétation de la Charte¹⁰³ ». Suivant cette approche, le juge devient ainsi « arbitre des valeurs¹⁰⁴ », car les valeurs surdéterminent l'interprétation¹⁰⁵. Ce concept de surdétermination, tel que développé par l'analyse systémale de Gérard Timsit et repris par Andrée Lajoie,

repose sur l'hypothèse que la production du droit se déploie à l'intérieur d'un champ de valeurs, d'un code culturel propre à chaque société, qui lui

⁹⁴ Bosset, « Accommodements raisonnables », *supra* note 79 aux pp 4-5.

⁹⁵ Herbert LA Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, c 7.

⁹⁶ Bosset, « Accommodements raisonnables », *supra* note 79 à la p 5.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Michèle Rivet et Anne-Marie Santorineos, « Juger à l'ère des droits fondamentaux » (2012) 42 RDUS 363 à la p 368 [Rivet et Santorineos, « Juger »].

⁹⁹ À l'appui de cette affirmation, les auteurs citent notamment les arrêts *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103, 136; *R c Turpin*, [1989] 1 RCS 1296 à la p 1329.

¹⁰⁰ Voir Luc Bégin, « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits » (1997) 38:2 C de d 417 à la p 420.

¹⁰¹ Rivet et Santorineos, « Juger » *supra* note 98 à la p 381.

¹⁰² *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143 à la p 197.

¹⁰³ *R c Andrews*, [1990] 3 RCS 870 à la p 888.

¹⁰⁴ Rivet, « Entre stabilité et fluidité », *supra* note 74.

¹⁰⁵ Voir notamment Stéphane Bernatchez, « Le rôle des valeurs et du contexte dans la transformation de la fonction de juger » dans Pierre Noreau et Louise Rolland, dir, *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008 aux pp 333-44; Rivet et Santorineos, « Juger », *supra* note 98 aux pp 382 et s.

sert de support interprétatif et dont découlent un certain nombre de contraintes pour son application et son effectivité¹⁰⁶.

Plus récemment encore, la mise en œuvre judiciaire de la *Charte québécoise* a été comprise sur la base de la théorie structurante du droit, laquelle accorde la primauté à l'opération de concrétisation de la norme (plutôt qu'à celle de l'interprétation, qui n'est qu'une étape préliminaire)¹⁰⁷. En raison de l'interprétation anémique que les tribunaux de droit commun ont réservée à la *Charte québécoise* à ses débuts, il est apparu nécessaire de créer un tribunal spécialisé afin que cette loi puisse accomplir son objet et avoir plein effet; c'est ainsi que fut créé le Tribunal des droits de la personne (TDP)¹⁰⁸.

Pour expliquer le rôle des juges en matière d'interprétation des droits et libertés, le recours à la philosophie du droit de Dworkin s'est imposé, tant l'œuvre de ce dernier s'avère incontournable dans la conceptualisation du travail effectué par le pouvoir judiciaire qui a formulé en termes téléologique et axiologique la méthode interprétative à adopter :

Par conséquent, pour identifier l'objet qui sous-tend le droit garanti par la Charte dont il est question en l'espèce, il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit¹⁰⁹.

Explicitant l'interprétation téléologique, Luc B Tremblay précise qu'il s'agit d'une forme de raisonnement par lequel le sens d'un texte juridique (par exemple, une règle, un principe ou autres normes) est déterminé en fonction de son but, son objet ou sa finalité. Formellement, le processus par lequel s'effectue le raisonnement peut se résumer à deux propositions générales qui correspondent à deux étapes conceptuellement distinctes de l'opération :

Le processus de détermination du but : l'interprète détermine (identifie et formule) le but, l'objet ou la finalité de la disposition ou des dispositions à interpréter; Le processus d'interprétation : il interprète les mots de la ou des dispositions en cause de la façon qui permet de réaliser du mieux possible leur but, leur objet ou leur finalité¹¹⁰.

Comme le précise Luc Tremblay, « les juges utilisent généralement les notions d'"intérêts protégés" et de "valeurs" et non celle de "principes"¹¹¹ ». Le processus d'interprétation téléologique repose sur les principes qui « confèrent,

¹⁰⁶ Andrée Lajoie, « Surdétermination » dans Andrée Lajoie *et al*, dir, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998 à la p 85. Voir aussi Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997; Gérard Timsit, *Les figures du jugement*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

¹⁰⁷ Mélanie Samson, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Cowansville, Yvon Blais, 2013.

¹⁰⁸ Stéphane Bernatchez, « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne » (2012) 42 RDUS 203.

¹⁰⁹ *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103 à la p 119. La Cour réfère ici à la *Charte canadienne*, mais la méthode indiquée vaut aussi pour la *Charte québécoise*.

¹¹⁰ Luc B Tremblay, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels » (1995) 29 RJT 460 aux pp 462-63.

¹¹¹ *Ibid* à la p 465.

expliquent et justifient les droits moraux qui sous-tendent les droits garantis¹¹² ».

Ces principes constituent le *fondement*, c'est-à-dire le point de départ logique du processus d'interprétation téléologique lui-même. L'objet de ce processus doit être conçu comme étant de matérialiser, concrétiser ou actualiser les principes fondamentaux puisque le *but* des diverses dispositions constitutionnelles est, d'abord et avant tout, *d'autoriser le pouvoir judiciaire à matérialiser, concrétiser ou actualiser, par le biais du droit, les principes qui les sous-tendent*¹¹³.

Afin de concevoir le but d'une disposition constitutionnelle, il s'agit, selon Tremblay, de protéger ou de promouvoir un droit moral¹¹⁴ :

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'État¹¹⁵.

« Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger¹¹⁶ ».

C. Le concept de droits et l'éthicisation du droit

L'interprétation de la *Charte*, plus particulièrement à travers la jurisprudence développée par le TDP, a permis l'imagination des concepts¹¹⁷ et favorisé une interprétation dynamique des droits issue des « forces imaginantes du droit » dont parle Mireille Delmas-Marty, une expression reprise par Pierre Bosset dans le contexte de l'accommodement raisonnable sous la charte :

Le droit est en principe l'expression d'une volonté partagée, parfois d'un rapport de forces; mais il lui arrive aussi d'exprimer un idéal. C'est le cas de l'obligation d'accommodement raisonnable, construction juridique qui se veut au service du droit à l'égalité, et qui est aussi le produit des forces imaginantes du droit¹¹⁸.

¹¹² *Ibid* à la p 470.

¹¹³ *Ibid* aux pp 470-71.

¹¹⁴ *Ibid* à la p 470.

¹¹⁵ *Ibid*.

¹¹⁶ *R c Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295, 344 au para 116.

¹¹⁷ Michèle Rivet, « L'accommodement raisonnable ou le nécessaire retour aux sources : le droit à l'égalité » dans Myriam Jézéquel, dir, *Les accommodements raisonnables. Quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 371 à la p 374.

¹¹⁸ Pierre Bosset, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable » dans Myriam Jézéquel, dir, *Les accommodements raisonnables. Quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 3 à la p 5.

Même s'il « n'est pas de domaine du droit, d'institution, de règle ou de solution juridiques qui n'implique une référence, latente ou non, à la démarche philosophique »¹¹⁹, il faut bien reconnaître qu'avec les droits et libertés garantis dans des documents constitutionnels ou quasi-constitutionnels, « se posent aux juristes des questions auxquelles ils ne peuvent répondre sans l'aide des philosophes¹²⁰ » : « Le caractère inhérent des droits de la personne fait en sorte que leur délimitation juridique devient une question philosophique¹²¹. » Le professeur Morin¹²² a d'ailleurs eu recours à l'analogie, suggérée par Platon dans *Les Lois*, du Conseil nocturne de sages pour justifier la légitimité des juges constitutionnels dans leur rôle de gardiens de la Constitution¹²³.

Aussi, il est assez rapidement apparu dans la jurisprudence que l'analyse conceptuelle des droits et libertés de la personne, plus particulièrement pour les fins de leur interprétation et de leur délimitation, exigeait de recourir à la philosophie afin de déterminer le sens de la liberté¹²⁴, de la dignité¹²⁵, de la société libre et démocratique¹²⁶, de l'égalité¹²⁷, etc. En ce sens, l'analyse conceptuelle nécessite souvent un « éclaircissement philosophique¹²⁸ ». Alors que la Cour suprême « accorde de plus en plus d'importance aux ouvrages non juridiques », « ce sont les ouvrages philosophiques qui tiennent le haut du pavé »; il est « souhaitable qu'il en soit ainsi¹²⁹ », selon Christian Brunelle, qui a examiné des arrêts dans lesquels la Cour suprême a eu recours aux philosophes pour interpréter les droits dans les premières

¹¹⁹ François Terré, « Les juristes et la philosophie du droit » (1988) 33 *Archives de philosophie du droit* 7 à la p 12.

¹²⁰ *Ibid* à la p 13.

¹²¹ Michel Lebel, « L'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* au regard du droit international des droits de la personne – Critique de la démarche suivie par la Cour suprême du Canada » (1988) 48 *R du B* 743 à la p 777.

¹²² Jacques-Yvan Morin, « Le pouvoir des juges et la démocratie : *Sed quis custodiet ipsos custodes?* » (1994) 28 *RJT* 799 aux pp 873-874; Morin, *L'État de droit*, *supra* note 1 aux pp 117-19.

¹²³ Michel Coutu, « Le tribunal des droits de la personne du Québec comme "gardien de la Constitution". L'accessibilité au Tribunal mise en contexte » dans *Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p 87.

¹²⁴ Stéphane Bernatchez, « La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal » (2012) 53 *C de D* 687.

¹²⁵ Daniel Proulx, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles » (2003) *Numéro spécial R du B* 487; Christian Brunelle, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale » (2005) *Numéro thématique hors-série R du B* 143. À la page 147, l'auteur cite Catherine Laurent, *Bioéthique et ordre public*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montpellier 1, Lille, Atelier de production des thèses, 2002 à la p 219 : « Le droit éprouve une certaine difficulté à définir la dignité humaine car il faut pour trouver son contenu définir ce qui fait l'humanité d'un être humain, or, cette réponse est essentiellement philosophique. Les contours juridiques du principe de dignité restent assez incertains. La notion a un sens multiple. »

¹²⁶ Andrée Lajoie *et al*, « Les représentations de "société libre et démocratique" à la Cour Dickson, la rhétorique dans le discours judiciaire canadien » (1994) 32 *Osgoode Hall LJ* 295.

¹²⁷ Manon Montpetit et Stéphane Bernatchez, « La valse-hésitation du droit à l'égalité pour le bal des dix ans de la Cour McLachlin » (2010) 26 *RNDC* 231.

¹²⁸ *R c Kapp*, 2008 *CSC* 41 au para 22, [2008] 2 *RCS* 483 [*R c Kapp*].

¹²⁹ Christian Brunelle, « L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes » (1990) 50 *R du B* 353 à la p 370.

années de la Charte canadienne. Le professeur Brunelle en concluait toutefois que la démarche judiciaire, lorsqu'elle emprunte à la philosophie, « n'est pas toujours garante de résultats heureux » :

Aux prises avec les impératifs temporels que dictent l'idéal d'une justice expéditive et le nombre effarant de litiges fort complexes qu'elle a à trancher, la Cour suprême n'a tout simplement pas les ressources nécessaires pour s'imprégner de toute l'essence de la réflexion des philosophes.

Partant, la Cour se limite à glaner ici et là des extraits d'œuvres philosophiques – déjà connues par elle, soumis par les plaideurs ou encore repérés par ses chercheurs – qui ne reflètent parfois qu'imparfaitement la pensée de leurs auteurs, lesquels ont à ses yeux sensiblement la même valeur, peu importe l'époque où ils ont avancé leurs théories. D'autre part, ces extraits pourront lui servir, en certaines occasions, à des fins purement rhétoriques ou pour soutenir des affirmations dont nulle personne raisonnable ne saurait contester le bien-fondé tant leur justesse saute aux yeux. En ce sens, la Cour ne reconnaît peut-être pas toujours dans toute sa plénitude l'utilité de la philosophie en matière d'interprétation des droits constitutionnels.

Pleinement souveraine dans le choix des philosophes auxquels elle se réfère et parfaitement libre d'adhérer ou non à leurs thèses, la Cour n'utilise la philosophie que pour parvenir à des fins précises qu'elle considère désirables. Ainsi, si l'incertitude demeure encore aujourd'hui quant à savoir si la doctrine juridique est une « source du droit », aucun doute ne subsiste à l'égard de la doctrine philosophique : elle n'en est rien. Au mieux pouvons-nous entretenir l'espoir qu'elle devienne une « source de réflexion » à laquelle les tribunaux de tous niveaux accepteront volontiers de « s'abreuver », tout en faisant montre de toute la clairvoyance que requiert l'interprétation des droits et libertés¹³⁰.

Cette conclusion relative aux limites du traitement judiciaire de la philosophie rejoint d'autres analyses qui ont démontré qu'en ce domaine, le discours des juges demeure insuffisamment théorisé du point de vue de l'éthique philosophique¹³¹. Les juges se limitent généralement à citer des philosophes *comme des autorités*, plutôt que d'intégrer leur raisonnement dans leur propre argumentation,

¹³⁰ *Ibid* à la p 390.

¹³¹ Alain-François Bisson, « Aristote, rue Wellington ou des philosophes et des juges » (1989) 20 RGD 391; Luc Bégin, « La Cour suprême et les conflits de représentations ultimes : l'exemple de l'arrêt Rodriguez » dans Josiane Boulad-Ayoub, dir, *Carrefour : Philosophie et droit Actes du colloque Diké*, Montréal, Association canadienne-française pour l'avancement des sciences, 1995 à la p 299; Georges A Legault, « La crise des représentations en droit » dans Josiane Boulad-Ayoub, dir, *Carrefour : Philosophie et droit Actes du colloque Diké*, Montréal, Association canadienne-française pour l'avancement des sciences, 1995 à la p 247; Luc B Tremblay, « Le Canada de la Charte : une démocratie libérale neutre ou perfectionniste? » (1995) 40 RD McGill 487; Stéphane Bernatchez, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire » (2006) 85 R du B can 221; Stéphane Bernatchez, « La Cour suprême du Canada et la Charte québécoise des droits et libertés : des décisions judiciaires non-entièrement théorisées en guise de dialogues » (2008) 1 Revue Québécoise de Droit Constitutionnel 1.

ce qui permettrait de passer de la philosophie du droit à la philosophie juridique¹³². Dans un jugement où elle précise l'approche interprétative applicable pour interpréter la *Charte québécoise*, la juge L'Heureux-Dubé a émis une réserve à l'égard du recours aux philosophes – en l'espèce Aristote – pour fonder des théories contemporaines. Il s'agissait en l'espèce du dynamisme pragmatique de William Eskridge, une approche interprétative pouvant se résumer comme suit :

[Mon] argument [inspiré par le pragmatisme] se fonde sur la théorie, préconisée par Aristote, de l'application de la loi en fonction de l'évolution des circonstances: une loi est relativement abstraite jusqu'à ce qu'elle soit appliquée à une situation donnée. En effet, avec le passage du temps, les circonstances ne seront pas celles que la loi ou ses rédacteurs avaient prévues, et toute application de cette loi sera dynamique dans un sens faible, allant *au-delà* des prévisions des rédacteurs. Les circonstances seront parfois considérablement différentes de celles envisagées par les rédacteurs d'une loi; dans un tel cas, l'application de la loi sera dynamique dans un sens fort, allant à *l'opposé* des prévisions des rédacteurs, qui se trouvent réduites à néant du fait que d'importantes prémisses ont été invalidées¹³³.

Rejetant cette approche d'Eskridge, parce que jugeant qu'elle confère un pouvoir trop créateur au juge¹³⁴, la juge L'Heureux-Dubé exprime cette réserve à l'égard du recours à des philosophies anciennes :

Ce « dynamisme pragmatique » d'Eskridge a, à mon avis, pour effet de fournir au judiciaire un fondement justificatif pour manufacturer des interprétations diamétralement opposées à l'objet manifeste d'une loi. Eskridge fonde cette approche sur une opinion exprimée par Aristote dans son *Éthique de Nicomaque*. Or, cette opinion a une tendance divergente par rapport aux concepts de règle de droit et d'état de droit tels que nous les acceptons aujourd'hui dans nos sociétés démocratiques. Nous devons donc conserver une attitude extrêmement circonspecte par rapport aux opinions socio-politiques exprimées par les auteurs classiques, afin d'éviter de fonder le développement de notre système judiciaire sur un soubassement théorique lézardé. Pour un exemple des myriades de complications créées par l'usage en droit des opinions socio-politiques des auteurs classiques¹³⁵.

La « fonction éthique » des juges se manifeste plus particulièrement encore lorsque la question soulevée les amène à s'intéresser « directement aux finalités et à la

¹³² Maxime St-Hilaire, « Profession éthicien: quel rapport avec celle de juriste? » (2008) 22 *Diacritica* 107 aux pp 115-16.

¹³³ William N Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Mass : Harvard University Press, 1994 à la p 50 (traduction tirée de l'arrêt 2747-3174 *Québec Inc c Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 RCS 919 au para 173 [2747-3174 *Québec Inc c Québec*]).

¹³⁴ Certaines des opinions rendues par la juge L'Heureux-Dubé constituent néanmoins des interprétations allant au-delà ou à l'opposé des prévisions des rédacteurs, ce qui est par ailleurs fort heureux. Voir notamment son interprétation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LRC 1985, c H-6) dans *Canada (Procureur général) c Mossop*, [1993] 1 RCS 554.

¹³⁵ 2747-3174 *Québec Inc c Québec*, *supra* note 133 au para 175; voir Martha C Nussbaum, « Platonic Love and Colorado Law : The Relevance of Ancient Greek Norms to Modern Sexual Controversia » (1994) 80 *Va L Rev* 1515.

rationalité qui justifie qu'un intérêt passe avant celui d'un autre¹³⁶ ». En évaluant ainsi la rationalité des fins, leur jugement comme compétence décisionnelle relève de l'éthique¹³⁷. S'appuyant sur une distinction établie par Habermas¹³⁸, Luc Bégin considère que le droit et les juges façonnent l'éthique collective dans une perspective davantage déontologique que téléologique¹³⁹ :

Habermas soulignera avec insistance qu'une telle moralité est moins à comprendre en termes de valeurs fondamentales – appelant à de continuelles hiérarchisations en regard de l'appréciation conjoncturelle de certains biens – qu'en termes de normes ayant un sens déontologique, c'est-à-dire s'imposant à tous de la même manière, sans exception, et ayant une prétention de validité indépendamment des préférences du moment¹⁴⁰.

Comme nous l'avons vu précédemment, lorsqu'il emprunte la voie de l'optimisation des valeurs en conflit, le jugement juridique semble toutefois se livrer à une telle hiérarchisation dans l'appréciation de certains biens,

usuelle ou adoptée dans le cadre de certaines cultures ou formes de vie; autrement dit, les décisions importantes d'ordre axiologique ou les préférences d'ordre supérieur définissent ce qui, dans l'ensemble, est bon pour nous (ou pour moi)¹⁴¹.

Dans la mesure où « les droits fondamentaux portent des valeurs¹⁴² », l'égalité faisant figure de valeur souveraine¹⁴³, le droit relatif aux droits et libertés se trouve plongé dans « la quête du fondement axiologique¹⁴⁴ », compris en termes de valeurs et de principes, dans la recherche d'un accord sur des valeurs communes¹⁴⁵.

Les droits fondamentaux recèlent, dans leur essence, une intention de reconnaissance de valeurs plurielles. La notion de discrimination actualise cette reconnaissance et elle offre protection à une pluralité de valeurs. Que l'on parle de liberté religieuse, d'expression, ou du droit à l'égalité, leur promotion est celle de la reconnaissance de cette diversité, de cette pluralité axiologique qui traduit ou devrait traduire des choix démocratiques

¹³⁶ Georges A Legault, « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada » (1989) 1 *Ethica* 95 à la p 108.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Jürgen Habermas, *Droit et démocratie : Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 aux pp 276 et s [Habermas, *Droits et démocratie*].

¹³⁹ 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 Bougeault, dir, *Éthique de société*, Sherbrooke, GGC, 1999 à la p 221 [Bégin, « L'intervention du droit »].

¹⁴⁰ *Ibid* à la p 229.

¹⁴¹ Habermas, *Droit et démocratie*, supra note 138 à la p 278.

¹⁴² Louise Lalonde, « L'application de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu » (2005) Numéro thématique hors-série R du B 321 à la p 335 [Lalonde, « L'application de la *Charte* »].

¹⁴³ David Gilles, « L'égalité, valeur souveraine au cœur de la "démotique" moderne » (2012) 42 *RDUS* 255; Ronald Dworkin, *La vertu souveraine*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

¹⁴⁴ David Gilles et Simon Labayle, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique » (2012) 42 *RDUS* 309 [Gilles et Labayle, « L'irrédentisme »].

¹⁴⁵ Mireille Delmas-Marty, *Vers une communauté de valeurs?*, Paris, Seuil, 2011 à la p 281.

fondamentaux. Ainsi les droits fondamentaux portent des valeurs et interpellent le pluralisme normatif¹⁴⁶.

Les juristes ne peuvent plus, dès lors, ignorer les débats qui secouent la philosophie morale s'ils cherchent le fondement et l'explication du droit au niveau d'une théorie des valeurs¹⁴⁷. En assimilant les droits à des valeurs, le jugement juridique risque toutefois d'opérer ce que Habermas a appelé un « travestissement téléologique des droits¹⁴⁸ », entraînant ainsi les jugements des tribunaux dans une « jurisprudence des valeurs¹⁴⁹ », le juge devenant « arbitre des valeurs¹⁵⁰ ». C'est là la leçon qu'on peut tirer de l'histoire du droit à l'égalité de la Charte canadienne, longtemps axé sur l'exigence de prouver l'atteinte à la dignité humaine, une voie qu'a finalement fermée la Cour suprême en entendant la voix de ses « détracteurs¹⁵¹ » et qu'a refusé d'emprunter la jurisprudence du TDP dans son interprétation du droit à

¹⁴⁶ Lalonde, « L'application de la *Charte* », *supra* note 142 à la p 335.

¹⁴⁷ Christophe Grzegorzcyk, *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982 à la p 31.

¹⁴⁸ Habermas, *Droit et démocratie*, *supra* note 138 à la p 280. Sur cette question, voir : Jean-Marc Ferry, *Valeurs et normes. La question de l'éthique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, c 3; 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 à la p 143.

¹⁴⁹ 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 247-48 : « 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. » [Nos italiques.]

¹⁵⁰ Rivet, « Entre stabilité et fluidité », *supra* note 74.

¹⁵¹ *R c Kapp*, *supra* note 128 au para 22 : « Toutefois, comme l'ont souligné des détracteurs, la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer même avec l'aide des quatre facteurs contextuels, mais encore s'est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité, au lieu d'être l'éclaircissement philosophique qu'elle était censée constituer. Les critiques se sont aussi accumulées à l'égard de la façon dont l'arrêt *Law* a permis au formalisme de certains arrêts de la Cour ultérieurs à l'arrêt *Andrews* de ressurgir sous la forme d'une analyse comparative artificielle axée sur l'égalité de traitement des individus égaux. » Les « détracteurs » sont : Donna Greschner, « Does *Law* Advance the Cause of Equality? » (2001) 27 *Queen's LJ* 299; Sheilah Martin, « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals » (2001) 80 *R du B* can 299 ; Donna Greschner, « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002) 6 *R études const* 291; Debra M McAllister, « Section 15 — The Unpredictability of the *Law* Test » (2003-2004) 15 *RNDC* 3; Christopher D Bredt et Adam M Dodek, « Breaking the *Law's* Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003) 20 *SCLR* (2d) 33; Daphne Gilbert, « Time to Regroup : Rethinking Section 15 of the *Charter* » (2003) 48 *RD McGill* 627; Daniel Proulx, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles » (2003) *R du B* (numéro spécial) 485; Daphne Gilbert et Diana Majury, « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Dooms Section 15 » (2006) 24 *Windsor YB Access Just* 111; Christian Brunelle, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale » dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives* (2006) numéro thématique hors série *R du B* 143; R James Fyfe, « Dignity as Theory : Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007) 70 *Sask L Rev* 1; Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, vol 2, 5^e éd, Toronto, Carswell, 2007 2007 aux pp 55.28, 55.29; Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada*, Montréal, LexisNexis, 2008 aux pp 80-82.

l'égalité protégé par la *Charte québécoise*¹⁵² – et ce, même si la Cour d'appel du Québec a, par moments, été tentée par ce chant des sirènes¹⁵³.

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 externe¹⁵⁴ ».

Selon Luc Bégin, lorsque les droits fondamentaux sont transformés en biens ou en valeurs, ils

sont appelés à être hiérarchisés dans chaque situation de désapprobation morale en fonction des biens ou des fins qu'ils sont présumés viser. Or, si tel est le cas, à partir du moment où les droits sont des valeurs parmi d'autres valeurs on ne voit plus très bien quels peuvent être les critères rationnels permettant de lever suffisamment le doute quant à l'arbitraire ou l'irrationalité des hiérarchies ponctuellement établies¹⁵⁵.

Comme l'affirment David Gilles et Simon Labayle, « une indéniable proximité rassemble les concepts de valeur et de principe dans l'imaginaire de la doctrine et la pratique juridique¹⁵⁶ ». En examinant la jurisprudence du TDP, ces auteurs ont montré que cela transparaît de l'usage qu'en font les juges de ce tribunal. Pour « expliquer la forme de symbiose qui existe entre les deux notions », Gilles et Labayle réfèrent expressément à « [l]a réflexion de Dworkin sur la place des principes dans le droit [puisqu'elle] marque évidemment les rapports entre valeur et principe¹⁵⁷ ».

Le TDP, par sa nature, joue un rôle prépondérant au regard de la protection de la Charte des droits et libertés de la personne ainsi que d'interprète des valeurs et des principes qu'elle consacre, reflétant ainsi les valeurs de la société et du législateur. On retrouve dans la jurisprudence de celui-ci la nature axiologique des principes, qui transparaît naturellement au sein de la Charte¹⁵⁸.

¹⁵² Voir notamment : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Laval (Ville de)*, 2006 QCTDPQ 17; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Laval (Ville de) (Service de sécurité d'incendies)*, 2009 QCTDP 4 aux para 122-47.

¹⁵³ Voir : *Québec (Procureur général) c Lambert*, [2002] RJQ 599 (CA) aux para 79 et s; *Commission scolaire des Phares c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82 au para 59.

¹⁵⁴ Lukas K Sosoe, « Éloge de la colonisation? » dans Pierre Laberge, Guy Lafrance et Denis Dumas, dir, *L'année 1795 – Kant. Essai sur la paix*, Paris, Vrin, 1997 aux pp 264, 272-73. 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. » Voir *ibid* à la p 270.

¹⁵⁵ Bégin, « L'intervention du droit », *supra* note 139 aux pp 221, 237.

¹⁵⁶ Gilles et Labayle, « L'irréductibilité », *supra* note 144 à la p 336.

¹⁵⁷ *Ibid* à la p 342.

¹⁵⁸ *Ibid* aux pp 354-55.

À titre d'exemple, le Tribunal écrivait dans une affaire de 1994 :

Selon des principes bien établis, la législation sur les droits de la personne, en raison des valeurs fondamentales qu'elle vise à promouvoir et à protéger, jouit d'un statut quasi constitutionnel qui lui confère préséance sur les autres lois en cas de conflit.

Ce principe, qui vaut pour les lois dont la portée est restreinte à l'interdiction de la discrimination, s'applique d'autant plus à la Charte québécoise en raison du nombre et de l'étendue des droits et libertés qui y sont protégés, et ce tant de manière autonome qu'en conjonction avec l'interdiction de la discrimination¹⁵⁹.

C'est cette distinction entre les valeurs et les normes que le tournant juridique vers les valeurs¹⁶⁰ semble interroger. Selon l'hypothèse de l'éthicisation du droit¹⁶¹, le droit emprunte à l'éthique, et notamment à l'éthique appliquée, en permettant la « contextualisation croissante des procédures d'élaboration et d'application des règles¹⁶² », en autorisant « l'appréhension de l'internormativité » et en favorisant la construction d'une norme au départ du monde vécu¹⁶³. Deux exemples serviront à illustrer l'éthicisation du droit effectuée par l'interprétation judiciaire de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Depuis l'arrêt *Amselem*, de 2004, le critère pour juger d'une atteinte à la liberté de religion consiste à exiger la preuve d'une croyance sincère :

la première étape que doit franchir le demandeur pour démontrer l'atteinte à sa liberté de religion consiste à établir qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion¹⁶⁴.

Il n'est pas nécessaire de prouver que le précepte crée objectivement une obligation, mais il est nécessaire d'établir que le requérant croit sincèrement qu'il a une obligation qui découle de ce précepte¹⁶⁵.

¹⁵⁹ *CDP c Compagnie minière Québec Cartier*, TDPQ MINGAN, 1994 CanLII 2132 (QC TDP).

¹⁶⁰ Mark Antaki, « The turn to "values" in Canadian Constitutional Law » dans Luc B Tremblay et Grégoire CN Webber, dir, *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R c Oakes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009 aux pp 155, 166. À l'appui de cette pratique, Antaki cite les arrêts *General Motors Corp c Bellows*, [1949] RCS 678 à la p 688 (« but in fixing the limits of legislative protection the courts must balance the conflicting interests ») et *British Columbia Electric Railway Co c British Columbia (Utilities Commission)*, [1960] RCS 837 (« The rate to be imposed shall be neither excessive for the service nor insufficient to provide a fair return on the rate base. There must be a balancing of interests. »).

¹⁶¹ Georges A Legault, « L'hypothèse de l'éthicisation du droit, Les modes de règlement des différends : vers une autre "justice"? » dans *Collection Essais et conférences*, Document 11, Chaire d'éthique appliquée, Université de Sherbrooke, Éditions GGC, 2001 à la p 45; Georges A. Legault, « Les nouveaux modes de règlement des différends et la transformation de la fonction de juger : vers une justice renouvelée » (2001) 3 *Éthique publique* 69; Louise Lalonde, « Les modes de PRD : vers une nouvelle conception de la justice? » (2003) 1 *RPRD* 17 [Lalonde, « Les modes de PRD »].

¹⁶² Jacques Lenoble, « Idéal de la raison et raison procédurale » dans Josiane Boulad-Ayoub, Bjarne Melkevik et Pierre Robert, dir, *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Québec, Presses de l'Université Laval, Paris/Harmattan, 1996 aux pp 257, 287.

¹⁶³ Lalonde, « Les modes de PRD », *supra* note 161 aux pp 30 et s.

¹⁶⁴ *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* note 70 au para 65.

¹⁶⁵ *Ibid* au para 141.

Pour éclairer la dimension éthique du critère de sincérité en ce sens, il est possible de référer à deux avenues. D'une part, pour expliquer ce qu'est la religion dans la perspective d'un croyant, Jean François Gaudreault-DesBiens réfère à la notion de doctrine compréhensive de Rawls¹⁶⁶. D'autre part, l'éthique de la discussion élaborée par Jürgen Habermas permet aussi de montrer en quoi il y a éthicisation du droit. Selon cette approche habermassienne, l'entente est la finalité du langage qui consiste non pas à transmettre une information ou une signification, mais à élever des prétentions à la validité en vue de cette intercompréhension¹⁶⁷. Dans sa théorie communicationnelle, Habermas a bien montré que ces prétentions à la validité sont de différents ordres selon qu'il s'agit d'arguments (1) dans le monde des sciences par exemple, où la validité sera de l'ordre de la vérité objective, (2) dans le monde social régulé par des normes, où énoncer une proposition élève des prétentions à la justesse normative et, enfin, (3) dans le monde subjectif, où il s'agit précisément de prétentions à la sincérité ou à l'authenticité. Comme l'a souligné Marc Hunyadi,

[l]a nouveauté de cette conception du langage est de lier indissociablement *validité et signification*; c'est-à-dire qu'on ne comprend un énoncé, sa signification, que si l'on connaît les conditions de sa validité, donc si on sait à quelles conditions sa prétention à la validité peut être honorée¹⁶⁸.

Or, en l'espèce, c'est précisément la conception des conditions de validité de la prétention à un droit qui permet de comprendre en quoi il y a éthicisation du droit. Suivant cette théorie linguistique, le critère retenu par la Cour suprême laisse reposer l'entière d'un jugement normatif (dans le monde social régulé par des normes) sur une prétention de sincérité (propre au monde subjectif), alors qu'il s'agit bien de revendiquer, dans le cadre d'une prétention à la justesse normative, un droit à la liberté de religion. Il convient néanmoins de noter que l'approche subjective a toutefois eu l'avantage de permettre aux tribunaux de saisir juridiquement l'objet ou la pratique dans sa dimension religieuse, plutôt que politique ou sociologique¹⁶⁹.

La notion de handicap que l'on retrouve parmi les motifs de discrimination a aussi donné ouverture à une approche subjective. Alors que « l'application d'une approche objective a eu, pour un temps, l'effet de rendre inapplicable la protection anti-discriminatoire de la *Charte québécoise* aux personnes dont les anomalies ne résultaient pas de limitations fonctionnelles », une interprétation plus libérale du concept de handicap permet « une analyse multidimensionnelle, intégrant divers facteurs sociaux tels que les attitudes des membres de la société et les perceptions stéréotypées que celle-ci véhicule¹⁷⁰ ». Dans l'arrêt *Ville de Montréal*, la Cour suprême du Canada a retenu une telle interprétation :

¹⁶⁶ Rawls, *Political Liberalism*, *supra* note 45 à la p 146.

¹⁶⁷ Jürgen Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, t1, Paris, Fayard, 1987, ch 3.

¹⁶⁸ Mark Hunyadi, « Une morale post-métaphysique. Introduction à la théorie morale de Jürgen Habermas » (1990) 40 *Revue de théologie et de philosophie* 467 à la p 479.

¹⁶⁹ David Koussens, « La religion "saisie" par le droit. Comment l'État laïque définit-il la religion au Québec et en France? » (2011) 52: 3 *Recherches sociographiques* 811; David Koussens, Stéphane Bernatchez et Marie-Pierre Robert, « Le voile intégral. Analyse juridique d'un objet religieux » (2014) 29:1 *CJLS* 77.

¹⁷⁰ Rivet, « Entre stabilité et fluidité », *supra* note 74 à la p 19.

Ce n'est toutefois pas dire qu'il faille écarter les fondements biomédicaux du « handicap » mais plutôt souligner que, pour les fins de la *Charte*, il importe d'aller au-delà de ce seul critère. C'est alors qu'une approche multidimensionnelle qui tient compte de l'élément socio-politique s'avère très pertinente. En mettant l'emphase sur la dignité humaine, le respect et le droit à l'égalité, plutôt que sur la condition biomédicale tout court, cette approche reconnaît que les attitudes de la société et de ses membres contribuent souvent à l'idée ou à la perception d'un « handicap ». Ainsi, une personne peut n'avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes¹⁷¹.

L'application des droits et libertés, et plus particulièrement du droit à l'égalité, a donné lieu à un important travail judiciaire de déconstruction et de reconstruction des concepts, qu'il s'agit par la suite d'adapter aux différents contextes¹⁷².

II. La théorie contemporaine du droit et les droits et libertés de la personne

Pour expliquer les transformations contemporaines des normes juridiques à l'ère de la mondialisation et de la gouvernance, de nouveaux courants théoriques ont été élaborés afin de tenter d'expliquer ces phénomènes récents. Dans cette deuxième partie, je voudrais montrer que le droit relatif aux droits et libertés de la personne a non seulement pris ce virage, mais il en constitue, comme en matière d'éthicisation du droit, l'un des domaines de proue, notamment quant au pluralisme et au droit souple (A), au pragmatisme et à la réflexivité (B) ainsi qu'à sa fonction éducative et promotionnelle (C).

A. Le pluralisme juridique et le droit souple

Apparu récemment dans les domaines du droit autres que le droit international¹⁷³, le droit souple se compose de toutes ces variations sur les textures de la norme, le droit étant qualifié de flou, mou, doux, etc. Depuis quelques décennies, une abondante littérature traite des transformations relatives à la texture du droit¹⁷⁴. Si sa force et sa fonction normatives ont au départ soulevé des doutes, elles ne semblent plus poser problème¹⁷⁵. Même le Conseil d'État a pris acte, dans son étude annuelle

¹⁷¹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27 au para 77, [2000] 1 RCS 665.

¹⁷² Rivet, « Entre stabilité et fluidité », *supra* note 74 aux pp 16 et s.

¹⁷³ Isabelle Duplessis, « Le vertige et la *soft law*. Réactions doctrinales en droit international » (2007) (Hors-série) RQDI 245.

¹⁷⁴ Voir notamment Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme*, *supra* note 3.

¹⁷⁵ Mustapha Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple » dans *Le droit souple*, Journées nationales de l'Association Henri-Capitant, Paris, Dalloz, 2009 à la p 1 [Mekki, *Le droit souple*].

de 2013, de l'omniprésence et de la juridicité du droit souple, ce phénomène étant aujourd'hui indéniable¹⁷⁶.

La théorie du droit a donc dû revoir sa théorie de la norme, traditionnellement fondée sur la sanction et la contrainte, pour réfléchir à nouveau sa force normative¹⁷⁷ et revisiter les sources du droit¹⁷⁸.

La normativité ne se réduit pas à prescrire, à interdire ou à autoriser. La *norma* renvoie, au premier abord, à l'idée de modèle. La règle de droit constitue un étalon de mesure. Elle peut rappeler, constater et recommander. La fonction directive du droit devient moins autoritaire et plus souple, de l'ordre du souhaitable, dépendant davantage de l'assentiment des intéressés. Un droit plus incitatif accompagne le droit impératif¹⁷⁹.

Le droit de la contrainte coexiste avec un droit recommandatoire. Le droit prescriptif côtoie un droit prospectif, déclaratif ou expressif¹⁸⁰.

La souplesse de la normativité emprunte à la persuasion, parfois même en vue de faciliter l'accès au droit¹⁸¹. De l'obligatoire au déclaratoire en passant par le recommandatoire, la normativité en droit se décline en éventail : prohibitif - impératif-prescriptif - supplétif - facultatif - permissif - incitatif - optatif - consultatif - déclaratoire - proclamatoire - déclaratoire - inspiratoire¹⁸². Dans sa possible histoire de la norme, le professeur Karim Benyekhlef a bien montré qu'avec l'assouplissement de cette norme postmoderne, « les normes prescriptives ont alors tendance à diminuer pour faire place à des recommandations¹⁸³ ». Comme l'a affirmé le Conseil d'État, « le droit souple peut ainsi être un instrument de promotion de principes nouveaux, susceptibles d'infléchir ultérieurement le droit dur¹⁸⁴ ». Bien au-delà du constat de l'existence du droit souple, la réflexion juridique actuelle en est plutôt à penser sa densification¹⁸⁵.

Dans la gradation de la normativité qu'offre le droit souple en matière de droits et libertés de la personne, l'on retrouve notamment les avis, les lignes directrices, les documents de réflexion, les recommandations, les commentaires, les mémoires et les résolutions de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Par exemple, les avis officiels de la Commission, que l'on pense

¹⁷⁶ Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, Paris, Direction de l'information légale et administrative, 2013 [Conseil d'État, *Le droit souple*].

¹⁷⁷ Catherine Thibierge *et al*, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009 [Thibierge, *La force normative*].

¹⁷⁸ Isabelle Hachez *et al*, dir, *Les sources du droit revisitées*, 4 tomes, Bruxelles, Anthemis, 2012.

¹⁷⁹ Mekki, *Le droit souple*, *supra* note 175 à la p 7.

¹⁸⁰ *Ibid* à la p 8.

¹⁸¹ *Ibid* à la p 13.

¹⁸² Catherine Thibierge, « Rapport de synthèse » dans *Le droit souple*, Journées nationales de l'Association Henri-Capitant, Paris, Dalloz, 2009, 141 à la p 161.

¹⁸³ Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme*, *supra* note 3 à la p 802.

¹⁸⁴ Conseil d'État, *Le droit souple*, *supra* note 176 à la p 25.

¹⁸⁵ Catherine Thibierge *et al*, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare et Martin, 2014.

notamment aux documents de réflexion rédigés par Pierre Bosset sur le port de signes religieux à l'école publique et sur la place de la religion dans l'espace public¹⁸⁶, présentent une autorité fondée sur les trois pôles de la force normative : la valeur normative, la portée normative et la garantie normative¹⁸⁷.

Au surplus, le droit souple s'exprime sous la forme des orientations générales du TDP, adoptées par ce dernier en vertu de l'alinéa 106(2) de la *Charte québécoise*¹⁸⁸. Ces orientations réaffirment certains principes guidant l'action du Tribunal concernant l'interprétation de la charte, l'accessibilité à un tribunal compétent, l'efficacité de l'instance et la place du tribunal dans la société québécoise, canadienne et internationale. Des organismes, tel le Conseil du Statut de la femme, peuvent également participer à l'élaboration du droit souple en matière de droits et libertés de la personne. À titre d'exemple, le Conseil a publié en 2011 un avis intitulé : « Affirmer la laïcité, un pas de plus vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes¹⁸⁹. »

B. Le pragmatisme juridique et l'exigence de réflexivité¹⁹⁰

La crise des accommodements raisonnables posait à la théorie du droit un problème juridique fondamental, soit celui de l'écart entre le droit et le monde vécu¹⁹¹. Le rapport Bouchard-Taylor n'a pas saisi l'occasion de faire entrer la réflexion sur la gouvernance de la diversité religieuse par le droit dans le paradigme

¹⁸⁶ À titre d'exemple sur le port de signes religieux à l'école publique et sur la place de la religion dans l'espace public, voir les avis : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « Le port du foulard islamique dans les écoles publiques : Aspects juridiques » par Pierre Bosset dans *Le pluralisme religieux; un défi d'éthique sociale* (Document de réflexion), Québec, CDPDJ, Rés COM 388 6.1.4, 1995 ; Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « Les symboles et rituels religieux dans les institutions publiques » par Pierre Bosset (Document de réflexion), Québec, CDPDJ, Rés COM-445-3.1, 1999. Voir aussi : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « Réflexion sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse » par Pierre Bosset (Document de réflexion), Québec, CDPDJ, Rés COM-497-5.1.2, 2005. « Discrimination fondée sur la religion et la liberté religieuse par rapport à l'expression en public de symboles religieux », avis juridique de M^e Madeleine Caron, 26 mai 1977.

¹⁸⁷ Thibierge, *La force normative*, supra note 177 à la p 813.

¹⁸⁸ *Charte québécoise*, supra note 9, art 106(2).

¹⁸⁹ Conseil du statut de la femme, *Affirmer la laïcité, un pas de plus vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes* (Avis), 2011, en ligne : Réseau Santécom <<http://www.santecom.qc.ca/Bibliothequevirtuelle/Csf/9782550614357.pdf>>.

¹⁹⁰ Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, « L'hypothèse des lois à exigence de réflexivité : un instrument de gouvernance réflexive et un grand défi pour la théorie du droit » dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Sherbrooke, Éditions RDUS, 2011 à la p 159 [Lalonde et Bernatchez, « L'hypothèse des lois »].

¹⁹¹ Stéphane Bernatchez, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables » (2007) 38 RDUS 233; Stéphane Bernatchez, « Les accommodements raisonnables et la société québécoise : le droit comme problème d'action collective » dans Vincente Fortier et Sébastien Lebel-Grenier, dir, *Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes*, Montpellier, Université Montpellier 1, 2008 à la p 73.

du pragmatisme juridique¹⁹². Si le rapport Bouchard-Taylor a bien souligné que le droit relatif aux accommodements raisonnables devait adopter une approche contextuelle, délibérative et réflexive¹⁹³, il n'en a pas tiré toutes les conséquences quant aux conditions de possibilité de la gouvernance par le droit. Selon une approche pragmatiste, « élucider le phénomène juridique revient à comprendre la pratique par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée¹⁹⁴ ». C'est précisément cette production coopérative du sens d'une norme qui est l'enjeu du débat sur les accommodements raisonnables et que des mécanismes procéduraux comme la médiation et le dialogue permettent de réaliser.

Diverses illustrations de la procéduralisation du droit en matière des droits de la personne peuvent ici être mobilisées. À titre d'exemple, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse offre des services de médiation, à la fois pré-enquête ainsi qu'aux différentes étapes de l'enquête.

La médiation comprise dans sa finalité de justice permet d'appréhender en partie ce potentiel d'effectuation normative qui intègre une pluralité de valeurs qui viendront redéfinir la norme en l'actualisant et en la contextualisant, par un processus réflexif. Lorsque la médiation est ainsi entrevue dans la perspective d'une nouvelle offre de justice, qui appréhende autrement les conséquences de la transgression normative, voire la réparation, elle redonne sens au pluralisme axiologique en transformant le lieu de construction du sens subjectif de la norme, du juge aux parties¹⁹⁵.

Les travaux sur la médiation ont bien montré à quel point la médiation porte une exigence de réflexivité¹⁹⁶. Bien comprise, la dynamique de l'accommodement raisonnable peut aussi être comprise dans une perspective réflexive :

Le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer et laisse place à la discussion entre ces derniers. Cette concertation leur permet de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins¹⁹⁷.

¹⁹² Stéphane Bernatchez, « Un rapport au droit difficile. La commission Bouchard-Taylor et les accommodements raisonnables » dans les Journées strasbourgeoises 2008 (Institut canadien d'études juridiques supérieures), *Droits de la personne. Éthique et droit : nouveaux défis*, Cowansville, Yvon Blais, 2009 à la p 69.

¹⁹³ Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Québec, Gouvernement du Québec, 2008 (coprésidents : Gérard Bouchard et Charles Taylor) à la p 266.

¹⁹⁴ Jacques Lenoble, « Au-delà du juge : des approches herméneutique et pragmatiste à un approche génétique du concept de droit », (2007) 1:2 *European Journal of Legal Studies* 1 à la p 3.

¹⁹⁵ Lalonde, « L'application de la *Charte* », *supra* note 142 à la p 345.

¹⁹⁶ Louise Lalonde, « La médiation organisationnelle, un dispositif institutionnel de gouvernance? » dans M Maesschalck, dir, *Éthique et gouvernance : Les enjeux actuels d'une philosophie des normes*, Belgique, OLMS, 2009 à la p 207; Louise Lalonde, « La parole des citoyens interpellée par les lois à exigence de réflexivité, quel(s) usage(s) et quelle(s) parole(s)? » dans Vincente Fortier et Sébastien Lebel-Grenier, dir, *La parole et le droit*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2008 à la p 11; Georges A Legault, « Les enjeux éthiques de la conférence de règlement à l'amiable » (2005) 3 RPRD 1; Georges A Legault, « Les émotions, les valeurs et la médiation » (2004) 2 RPRD 15.

¹⁹⁷ *Multani c Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6 au para 131, [2006] 1 RCS 256.

Le TDP joue aussi un rôle dans la réflexivité du droit. Dans une dynamique de procéduralisation contextuelle¹⁹⁸, le juge « réinvestit lui-même les différentes parties concernées de la tâche et du pouvoir de trouver des arrangements négociés qui satisfassent à ces principes fondamentaux [d'égalité et de liberté]¹⁹⁹ ». L'approche procédurale en matière judiciaire permet « de redonner sens à la norme au niveau du monde vécu²⁰⁰ ». Comme l'explique Lenoble, il en résulte des transformations importantes dans l'opération et la fonction de juger :

le juge lui-même, dans le cadre du contentieux des droits fondamentaux (principalement celui du respect dû à l'égalité raciale), se dote de nouvelles formes d'intervention (public law litigation). Il s'agit, dans le cadre de certaines politiques publiques (gestion des prisons, des logements sociaux, des hôpitaux pour malades mentaux...), de créer des espaces de négociation où s'élaborent, sous le contrôle tutélaire final du juge, les conditions substantielles auxquelles doivent satisfaire les politiques publiques concernées en vue d'assurer l'application effective des droits à l'égalité et à la dignité humaine. Ainsi, à la fois au plan du juge ou à celui des autorités administratives, les conditions de rationalité (légitimité et efficience) d'une politique publique sont supposées rencontrées par la possibilité donnée aux groupes d'intérêt concernés de participer à la décision publique²⁰¹.

Certaines ordonnances du TDP, qui renvoient la responsabilité aux acteurs eux-mêmes, constituent de véritables innovations judiciaires. À la lumière des enseignements de la Cour suprême dans *Doucet-Boudreau*²⁰², il est bien admis aujourd'hui que « l'article 49 contient le potentiel de la recherche de la mesure appropriée²⁰³ ». Comme l'affirme Louise Lalonde, les mesures de réparation visant la promotion diffèrent de celles qui n'en visent que la sanction²⁰⁴; de telles mesures exigent que les cours fassent preuve « de flexibilité et de créativité dans la conception des réparations²⁰⁵ ».

Pour ne citer qu'un exemple d'une décision dans laquelle le TDP a adopté une telle conception de son rôle et de la nature réflexive des droits et libertés de la personne, il convient de citer l'affaire *Gaz Métro*²⁰⁶. Après avoir conclu à l'existence de discrimination systémique à l'égard des femmes dans le processus d'embauche, le TDP, présidé par la juge Michèle Rivet, ordonne à l'employeur :

¹⁹⁸ Jacques Lenoble, « L'efficience de la gouvernance par le droit. Pour une procéduralisation contextuelle du droit » (2002) 33 RDUS à la p 67.

¹⁹⁹ Jacques Lenoble, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994 à la p 114.

²⁰⁰ Lalonde, « L'application de la Charte », *supra* note 142 aux pp 344-45.

²⁰¹ Lenoble, *supra* note 198 à la p 32.

²⁰² *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 RCS 3.

²⁰³ Lalonde, « L'application de la Charte », *supra* note 142 à la p 332; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30 au para 13, [2004] 1 RCS 789.

²⁰⁴ Lalonde, « L'application de la Charte », *supra* note 142 à la p 348.

²⁰⁵ *Ibid* aux pp 332-33. *Université Laval c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCAQ 27 au para 94.

²⁰⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Gaz métropolitain Inc*, 2008 QCTDP 24.

D'ÉLABORER dans un délai de trois (3) mois, en consultation avec la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, un programme d'accès à l'égalité conforme aux prescriptions de la *Charte des droits et libertés* de la personne et au *Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité* et comportant notamment les mesures ci-après énoncées;

D'EMBAUCHER prioritairement, conformément aux modalités établies dans ledit programme d'accès à l'égalité, les femmes ayant les qualités et aptitudes essentielles requises pour exercer le travail de Préposé(e) réseau/Stagiaire réseau, ou poste équivalent, et ce, selon un taux de nomination préférentielle établi à 40 % à moins que les données recueillies ne divergent de manière significative de celles analysées par le témoin expert Erika Boukamp Bosch;

DE DRESSER, lors de recrutements pour le poste de Préposé(e) réseau/Stagiaire réseau, ou poste équivalent, deux listes de candidatures, l'une pour les candidates et l'autre pour les candidats ayant les qualités et aptitudes essentielles pour l'emploi, les candidatures sur chaque liste étant placées selon un ordre déterminé par les résultats obtenus aux outils et tests de sélection satisfaisant à une validation critériée;

DE CESSER d'exiger que les candidates et les candidats au poste de Préposé(e) réseau/Stagiaire réseau, ou poste équivalent, détiennent préalablement un permis de conduire classe 3;

DE CESSER d'exiger que les candidates au poste de Préposé(e) réseau/Stagiaire réseau, ou poste équivalent, possèdent une expérience préalable dans un emploi non traditionnel;

DE S'ASSURER que les tests d'embauche et les outils de sélection soient soumis à une validation critériée afin que seules les qualités et aptitudes essentielles pour effectuer le travail de Préposé(e) réseau/Stagiaire réseau, ou poste équivalent, soient requises;

D'ADOPTER les mesures nécessaires pour que les responsables de la conception et de l'administration des entrevues et des tests pratiques aient des instructions claires et précises visant à traiter les candidates au poste de Préposé(e) réseau/Stagiaire réseau, ou poste équivalent, sans discrimination fondée sur le sexe;

DE MODIFIER le système d'entrevue afin d'en retirer les questions ayant un effet discriminatoire à l'égard des candidates au poste de Préposé(e) réseau/Stagiaire réseau, ou poste équivalent;

DE MODIFIER l'examen théorique afin d'en retirer les questions, tirées du test Bennett, ayant un effet discriminatoire à l'égard des candidates au poste de Préposé(e) réseau/Stagiaire réseau, ou poste équivalent;

D'ADAPTER aux caractéristiques physiques des femmes les tests de sélection, les outils et les méthodes de travail respectivement utilisés dans le cadre du recrutement, du Programme de formation technique réseau et de l'emploi de Préposé(e) réseau/Stagiaire réseau, ou poste équivalent, et ce, tout en permettant l'exécution sûre et efficace du travail effectué de différentes manières dans un tel poste;

DE METTRE SUR PIED un comité pour contrer le harcèlement sexuel et sexiste au travail qui comporte une représentation de femmes Préposées réseau/Stagiaires réseau ainsi que de la direction de l'entreprise;

DE DÉPOSER au Tribunal, dans un délai de trois (3) mois, ledit programme d'accès à l'égalité comprenant notamment les mesures mentionnées afin qu'il s'assure de sa conformité à la *Charte des droits et libertés de la personne* et au *Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité* et, le cas échéant, qu'il le modifie à cette fin²⁰⁷.

La Cour d'appel a modifié l'ordonnance de mettre sur pied un comité pour contrer le harcèlement sexuel et sexiste au travail, en ce qu'elle « aurait dû être formulée à titre de recommandation et non comme une ordonnance²⁰⁸ ». Si la fonction recommandatoire des ordonnances judiciaires peut s'avérer intéressante, la justification que la Cour d'appel en donne manque toutefois l'exigence de réflexivité. La Cour d'appel écrit qu'elle « est tout au plus l'expression d'un souhait de la juge. Cette ordonnance est insuffisamment motivée et sa pertinence est très lointaine par rapport à la preuve administrée²⁰⁹ ». Avec égards, selon la formule consacrée, il ne s'agit pas d'un souhait de la juge, mais de la nécessaire prise en charge par les acteurs de la responsabilité de transformer leur contexte afin que « la forme de vie potentialisante²¹⁰ » puisse se réaliser.

Dans une approche pragmatiste et contextuelle, les droits prennent ainsi la forme de procédures réflexives permettant aux parties d'élaborer elles-mêmes les formes de vie dans lesquelles elles évolueront. Les droits et libertés constituent des normes à exigence de réflexivité, c'est-à-dire qu'ils font appel à leurs destinataires pour la construction de leur sens et leur mise en œuvre²¹¹. Cette réflexivité, Jean-François Gaudreault-DesBiens la fonde sur la philosophie existentialiste de Sartre, qui « a soutenu que la liberté connote l'idée d'un projet ouvert, continuellement modifiable, qui exige par là-même un arrachement au donné²¹² ».

C. La fonction éducative et promotionnelle des droits et libertés de la personne

Dans l'arrêt *Robichaud*, la Cour suprême a affirmé qu'une loi quasi-constitutionnelle protégeant les droits et libertés de la personne, en l'espèce il s'agissait de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, poursuit des « objectifs réparateurs » et comporte des « objets éducatifs²¹³ ». Comme l'a fait observer Louise

²⁰⁷ *Ibid* à la section 5.

²⁰⁸ *Gaz métropolitain Inc c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201 au para 89.

²⁰⁹ *Ibid*.

²¹⁰ Jacques Lenoble et Marc Maesschalck, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009 [Lenoble et Maesschalck, *L'action des normes*].

²¹¹ Lalonde et Bernatchez, « L'hypothèse des lois », *supra* note 190.

²¹² Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Quelques angles morts » *supra* note 10 à la p 249, au para 12.

²¹³ *Robichaud c Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 RCS 84 au para 16 [*Robichaud c Canada*].

Lalonde²¹⁴, la Cour suprême a référé au vocable de promotion dans l'arrêt *Robichaud*, alors qu'elle a précisé qu'on doit interpréter une loi relative aux droits et libertés de la personne « de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent²¹⁵ ».

La fonction éducative de lois relatives aux droits et libertés de la personne, qui participe de cette « fonction promotionnelle du droit²¹⁶ », s'incarne de différentes manières. En vertu de la *Charte québécoise*, la promotion des droits et libertés de la personne constitue l'un des objectifs de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. En effet, l'article 71 énonce que « la Commission assure, par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes contenus dans la présente Charte²¹⁷ ». De plus, la Commission offre des séances de formation dans différents milieux afin de sensibiliser la population aux droits et libertés de la personne.

Le TDP remplit également cette mission promotionnelle et éducative, notamment en offrant de la formation et des conférences dans les facultés de droit et dans les collèges. À titre d'assesseurs, ma collègue Manon Montpetit et moi avons offert une telle formation, au Collège Édouard-Montpetit, à des enseignantEs en techniques infirmières qui souhaitaient mieux comprendre, à l'époque du débat social sur les accommodements raisonnables, leurs obligations à l'égard des patients dans la pratique professionnelle. *A priori* peu réceptifs à cette notion adoptée dans l'arrêt *Simpsons-Sears* (Mme O'Malley ne pouvant travailler le samedi pour des raisons religieuses), en raison des difficultés d'horaire de travail en milieu hospitalier dans un contexte de rareté des ressources et de coupures budgétaires, les enseignantEs ont confirmé l'approche pragmatiste de la réflexivité : « l'effectuation d'une norme est conditionnée par les "formes de vie" effectivement acceptées par les destinataires de la norme. À défaut, donc, de s'assurer d'une capacité effective d'adaptation de ces formes de vie acceptées aux formes de vie visées par la norme, l'objectif de stabilisation visé par celle-ci ne pourra s'effectuer et prendre sens²¹⁸ ».

Comme l'affirme Jacques Lenoble,

l'efficacité – le caractère opératoire – d'une norme n'est pas seulement fonction de sa pertinence, mais aussi de la transformation des conditions d'application et de la possibilité pour les contextes de se transformer en vue d'assurer l'insertion de la visée normative dans les formes de vie existantes, avec l'effet réflexe (l'effet de réversibilité) que ce travail de transformation (de remontée vers la norme) implique pour la formulation de la norme²¹⁹.

²¹⁴ Lalonde, « L'application de la *Charte* », *supra* note 142 à la p 347.

²¹⁵ *Robichaud c Canada*, *supra* note 213 au para 8.

²¹⁶ Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998; Norberto Bobbio, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012.

²¹⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 9, art 71.

²¹⁸ Lenoble et Maesschalck, *L'action des normes*, *supra* note 210 à la p 397.

²¹⁹ Jacques Lenoble, « La procéduralisation contextuelle du droit » dans Philippe Coppens et Jacques Lenoble, dir, *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 97 aux pp 119-20.

Toute la question devient, dès lors, celle de savoir comment organiser la procédure rendant possible la transformation des contextes existants afin que les objectifs jugés pertinents puissent se réaliser. C'est en cela que « le choix d'une norme pertinente nécessite un retour réflexif sur son contexte d'application²²⁰ ».

L'opération normative exige donc le renvoi à un arrière-plan, c'est-à-dire un contexte, qui doit également être construit réflexivement : « Cela signifie que tout jugement (donc aussi toute norme) ne peut s'appliquer et produire une signification (et, donc, des effets dans le réel) qu'au terme d'une opération complexe qui est un échange entre les effets "attendus" par la norme posée "abstraitement", d'une part, et, d'autre part, les effets rendus possibles par les cohérences propres aux "formes de vie existantes"²²¹ ».

L'enjeu est celui de permettre cette forme de vie potentialisante visée par le choix d'une nouvelle norme, c'est-à-dire cette forme de vie susceptible d'exister si la transformation du contexte que nécessite l'application de l'objectif normatif poursuivi pouvait se réaliser. Se joue ici une autre évolution contemporaine de la théorie du droit, cette fois dans son rapport à la gouvernance :

Ceci nous aide aussi à mieux percevoir les conséquences de notre approche de la réflexivité du jugement sur le plan de la construction des dispositifs de gouvernance. Toute norme vise à instaurer une forme de vie jugée rationnellement plus acceptable. Les règles formelles (calcul d'optimisation, règles argumentatives ou tout autre mécanisme formel d'apprentissage) qui conditionnent la « rationalité » de ce choix ne garantissent cependant pas la transformation des formes de vie existantes. La réalisation de la forme de vie « idéale » appelée par la norme est conditionnée par autre chose que par la seule « validité » formelle de la règle. La norme ne peut s'inscrire dans le réel et y prendre « sens » qu'en s'appuyant, en mobilisant, en « faisant retour » (réflexivité) sur les perceptions de formes de vie vécues et effectivement acceptées par les destinataires de la règle. Comme on vient de le voir, supposer que l'adaptation de ces perceptions dominantes et des formes de vie organisées qui leur correspondent se fait automatiquement ou est directement liée à la seule mise en œuvre du mécanisme formel conditionnant l'acceptabilité de la norme, revient à méconnaître cette réflexivité. L'insuffisance des approches procédurales réflexives actuelles se marque ici : elles restent en défaut de mettre en place les dispositifs nécessaires pour organiser cette capacité réflexive des acteurs à identifier les divers possibles effectifs en fonction desquels l'opération de sélection de la norme pertinente sera à opérer. L'efficacité d'une norme à faire émerger une forme de vie jugée rationnellement acceptable suppose, indépendamment des procédures discursives mobilisées pour sélectionner ce qui est rationnellement acceptable, que soient mobilisés les dispositifs rendant possible cette capacité réflexive à reconstruire réflexivement les problèmes et les perceptions dont la prise en compte rendra possible l'instauration effective d'une nouvelle forme de vie. Notre hypothèse entend ainsi accroître les

²²⁰ Lenoble et Maesschalck, *L'action des normes*, supra note 210 à la p 111.

²²¹ *Ibid* à la p 113.

capacités de réflexivité sur les conditions de production des normes sociales. L'efficacité d'une règle se mesurera au degré des incitants qui auraient été mis en place pour rendre possible la reconstruction réflexive par les acteurs mobilisés de ce qui motivera leur instauration effective d'une nouvelle forme de vie concrète. Sans l'organisation de cette capacité réflexive commune et des formes de négociation qu'elle implique entre les destinataires finaux des normes à construire, l'injonction normative risque de rester inefficace, quelle que soit la pertinence de l'objectif jugé légitime. Les opérations de jugement qui conditionnent le choix de la forme de vie idéalisée jugée rationnellement acceptable, la détermination rationnelle de la norme censée rendre possible la réalisation effective de cet objectif, d'une part, et, d'autre part, la transformation effective de la forme de vie que l'application de cette norme rendra possible sont distinctes et asymétriques. C'est l'articulation croisée de cette asymétrie que doit rencontrer le dispositif de gouvernance. Pour ce faire, il faut organiser la capacité réflexive des acteurs jugés réflexivement concernés à reconstruire leurs problèmes en vue, sur cette base, de définir, moyennant le respect des conditions formelles d'acceptabilité rationnelle, les possibles effectifs qui conditionnent la forme de vie qu'ils jugent acceptable. La construction des acteurs et de l'agenda exigent une construction des capacités de cette réflexivité qui ne peut être supposée réunie par la seule mobilisation des capacités formelles de l'argumentation ou de quelque autre mécanisme formel.

L'important est donc de voir que toute application d'une norme présuppose non seulement un moment formel de choix des contraintes normatives jugées acceptables mais aussi une opération de sélection des possibles effectifs en fonction d'une perception de la forme de vie effectivement acceptée au sein de la communauté concernée.

Le moment de la norme n'épuise pas lui-même les conditions de sa propre application. Il présuppose toujours, au titre des conditions de son application, un « en-deçà » de la norme. Il est ainsi renvoyé, non pas, comme le croit l'individualisme méthodologique des économistes, à des préférences individuelles, mais au contraire à ce moment collectif d'une perception de notre « destinée commune », à la perception d'une « forme de vie ». Cette perception d'une communauté de destin renvoie elle-même à un moment d'apprentissage et d'ajustement mutuel en fonction des « usages » en lesquels s'incarne cette perception d'une finalité éthique de la vie. Bien sûr, cette perception n'est jamais donnée et unique. Elle est elle-même, dans sa structure réflexive, l'effet d'une auto-transformation où se joue toujours notre devenir collectif et dont il importe précisément de mettre en scène, sur le plan institutionnel, les conditions de sa réflexivité. Sans une construction négociée de ce moment de réflexivité propre aux conditions d'application de la norme, irréductible donc aux conditions d'applicabilité de la norme, aucune maîtrise ne sera faite du processus d'effectuation de la norme qui sera, dès lors, laissé au seul jeu des rapports de force et de la simple reproduction des cultures dominantes²²².

²²² *Ibid* aux pp 119-21.

La fonction éducative et réflexive des droits et libertés a également été favorisée par une expérience démocratique, au sens de John Dewey, qui relève d'une conception renouvelée, c'est-à-dire préventive et même proactive²²³, de la justice. Cette expérience a été mise sur pied par La Traversée, un centre d'aide aux femmes et aux enfants victimes d'agressions sexuelles, qui, en collaboration avec la Commission du droit du Canada, a décidé d'agir de manière préventive en développant un programme intitulé « Prévention de la violence et Philosophie pour enfants ». Il existait déjà une approche de philosophie pour enfants, théorisée, enseignée à l'université et pratiquée dans certaines écoles²²⁴. Le programme a été implanté dans une école dès 2001, dans le cadre d'un projet-pilote, pour être par la suite étendu à deux autres écoles entre 2002 et 2005. Depuis 2005, le programme a été officiellement lancé, la Commission scolaire Marie-Victorin l'ayant implantée dans plusieurs de ses écoles. Des évaluations sont maintenant réalisées afin de mesurer les résultats²²⁵.

Tout lecteur familier avec les écrits du professeur Morin sait bien que la profondeur de sa pensée l'a amené à précéder certaines évolutions juridiques, comme en témoignent non seulement son projet d'une charte des droits pour le Québec, mais aussi sa prédiction du recours à des principes juridiques pour répondre à la question sur la constitutionnalité de la sécession²²⁶. De là à prétendre qu'il adhère à la conception du droit de Oliver Wendell Holmes²²⁷, selon laquelle le droit n'est que la prédiction de ce que feront les tribunaux, il y a un énorme pas qu'il faut se garder de franchir.

²²³ Roderick A Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada – étendue, envergure et ambitions » dans Julia Bass *et al*, dir, *L'accès à la justice pour le nouveau siècle*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2004, 23. Macdonald distingue 5 étapes dans l'accès à la justice, la quatrième étant préventive et la cinquième, proactive.

²²⁴ Matthew Lipman, *À l'école de la pensée*, traduit par Nicole Decostre, Bruxelles, De Boeck Université, 1995; Michel Sasseville, dir, *La pratique de la philosophie avec les enfants*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999. Plus récemment : Michel Sasseville et Mathieu Gagnon, *Penser ensemble à l'école : des outils pour l'observation d'une communauté de recherche philosophique en action*, 2^e éd, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012.

²²⁵ Voir notamment Serge Robert *et al*, « Évaluation des effets du programme de "Prévention de la violence et philosophie pour enfants" sur le développement du raisonnement moral », Rapport de recherche présenté à La Traversée, Équipe compétence Logique, Inférence et Cognition, Laboratoire d'Analyse Cognitive de l'Information et Université du Québec à Montréal, Août 2009, en ligne : <http://www.latraversee-pvphie.com> <http://www.latraversee-pvphie.com/document/rapport_trav_final.pdf>; Catherine Audrain, Caroline Cinq-Mars et Michel Sasseville, « L'impact du programme "Prévention de la violence et philosophie pour enfants" sur l'estime de soi », Conférence présentée dans le cadre 10^e conférence biennale European Association for Research on Learning and Instruction, Padoue (Italie), 26-30 août 2003.

²²⁶ Morin, « La sécession du Québec », *supra* note 84 aux pp 134 et s.

²²⁷ Oliver Wendell Holmes Jr, « The Path of Law » (discours prononcé en 1897) (1997) 110:5 Harv L Rev 991 à la p 994 : « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I Mean by the law. »

Mais le professeur Morin partage néanmoins l'idée, chère à la pensée exprimée par le courant américain de la *sociological jurisprudence*, notamment par Roscoe Pound²²⁸, que le droit est un outil permettant de façonner la société, un instrument d'ingénierie sociale :

C'est au Droit qu'il revient, en tant qu'instrument de construction sociale, de dire quelles peuvent et doivent être les exigences réciproques de la société et des particuliers. Il est donc temps que soient déterminés par le législateur, à la lumière des idées que l'Occident répand dans le monde depuis plus d'un siècle, les droits politiques, sociaux, économiques et culturels du citoyen québécois, ainsi que ses libertés fondamentales²²⁹.

²²⁸ Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1922; Roscoe Pound, « A Survey of Social Interest » (1943) 57 Harv L Rev 30; Roscoe Pound, « The Theory of Judicial Decision » (1953) 36 Harv L Rev 658.

²²⁹ Morin, « Une Charte », *supra* note 2 à la p 273.