

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

**L'interprétation téléologique des
droits constitutionnels**

Luc B. Tremblay^[1]

INTRODUCTION 461

I. LES PRINCIPES DANS L'INTERPRÉTATION TÉLÉOLOGIQUE 464

A. L'argument analytique 468

B. L'argument moral 471

II. LE PROCESSUS DE DÉTERMINATION DES PRINCIPES 473

A. Les conceptions fondationnaliste et sceptique 475

1. La conception fondationnaliste 475

2. La conception sceptique 479

B. La conception interprétativiste 483

1. Les postulats 486

2. Description de l'opération pratique 492

3. Vérification de la conception 494

a) *La formulation du processus* 494

b) *L'opération pratique du processus* 496

4. Une objection prévisible 506

III. LE PROCESSUS D'APPLICATION DES PRINCIPES 510

A. Une question de principe 512

B. L'approche généreuse et l'approche évolutive 514

1. L'interprétation généreuse, large et libérale 514

2. L'interprétation évolutive et flexible 521

CONCLUSION 525

Depuis la décision de la Cour suprême du Canada rendue dans l'affaire *Hunter c. Southam*^[2], il est solidement établi en *droit* constitutionnel canadien (par opposition à la théorie constitutionnelle) que la détermination du *sens* des droits et libertés garantis dans la *Charte canadienne des droits et libertés*^[3] doit procéder conformément à ce qu'il est convenu d'appeler la méthode d'interprétation *téléologique*^[4].

Demeure néanmoins controversée la question de savoir ce que cela signifie, notamment si l'interprétation des droits et libertés garantis peut ou doit, en conséquence, se fonder *exclusivement* sur l'une ou l'autre des sources suivantes, le *texte* même des dispositions constitutionnelles[5], le *dictionnaire*, les *règles d'interprétation des lois*, le *contexte historique* ou *politique* ou *philosophique*[6], ou l'*intention du constituant*[7], et si la méthode est compatible avec les règles ou principes de l'interprétation généreuse, large et libérale et de l'interprétation évolutive.

L'interprétation téléologique est 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:

1- *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;

2- *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 finalité[8].

La concrétisation des deux étapes de la structure formelle peut varier selon la conception que l'on a des *sources* et de la *nature* du but, de l'objet ou de la finalité des dispositions à interpréter. Par exemple, l'interprétation téléologique d'une disposition législative qui viserait la réalisation d'une politique socio-économique pourrait être différente de l'interprétation téléologique d'un texte qui viserait la protection, la promotion et la matérialisation d'un principe moral jugé fondamental[9]. Mon objectif, dans ce texte, est de clarifier la nature de l'opération par laquelle s'effectue l'interprétation téléologique d'une disposition de la Charte.

Dans une première partie, je soutiendrai que l'interprétation téléologique d'une disposition constitutionnelle constitue une forme de raisonnement par lequel les juges matérialisent, concrétisent ou réalisent les *principes* qui sous-tendent les droits ou les libertés enchâssés. Mon argumentation sera analytique et morale. Dans la deuxième partie, je proposerai une explication du processus de détermination des principes qui sous-tendent les garanties constitutionnelles. Contrairement à l'approche dominante qui le conçoit dans le cadre de la dichotomie entre l'objectivité absolue et la pure subjectivité, je soutiendrai que la nature du processus de détermination des principes doit être comprise dans le cadre d'une théorie que je qualifierai d'*interprétativiste*[10]. Enfin, dans la troisième partie, j'analyserai la nature du processus d'interprétation, c'est-à-dire d'application des principes dans l'interprétation des droits et libertés enchâssés. Je soutiendrai alors, contrairement à ce que plusieurs constitutionnalistes croient, que l'interprétation téléologique, l'interprétation généreuse, large ou libérale et l'interprétation évolutive constituent non pas trois approches distinctes et parfois incompatibles mais trois aspects d'une seule et même méthode d'interprétation.

I. LES PRINCIPES DANS L'INTERPRÉTATION TÉLÉOLOGIQUE

La méthode d'interprétation téléologique utilisée par les tribunaux pour les fins de la Charte a été, semble-t-il, définitivement formulée dans un passage de l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*[11] dont voici l'extrait essentiel:

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 protéger.[\[12\]](#)

Ce passage signifie que l'interprétation des dispositions constitutionnelles de la Charte doit procéder des *principes* qui les justifient. En droit, la notion de «principe» est polysémique[\[13\]](#). Pour les fins de l'interprétation téléologique des garanties constitutionnelles, je qualifierai de «principe» une *norme*, générale et abstraite, reconnue par l'interprète, qui exprime un jugement de valeur selon lequel la protection d'un intérêt particulier est désirable et constitue une raison suffisante de conférer des droits constitutionnels et, corrélativement, d'imposer des devoirs à l'État (l'exécutif et le législatif). Les principes auxquels je pense ne sont donc *pas* les propositions qui expriment le caractère normatif du *sens* ou de la *définition* même des dispositions constitutionnelles une fois que le processus d'interprétation téléologique est terminé[\[14\]](#). Ce sont ceux sur lesquels se fondent la *détermination* même du sens des dispositions.

Les descriptions doctrinales classiques de l'interprétation téléologique au Canada sous-estiment le rôle que jouent les principes dans l'interprétation des diverses garanties de la Charte[\[15\]](#). Si certains auteurs utilisent la notion sans l'explicitier[\[16\]](#), plusieurs d'entre eux sont sceptiques quant à son existence ou quant à sa force contraignante dans le processus d'interprétation[\[17\]](#). Les juges, pour leur part, utilisent généralement les notions d'«intérêts» protégés[\[18\]](#) et de «valeurs»[\[19\]](#) et non celle de «principes». Le *Renvoi: Circ. Électorales Provinciales (Sask.)*[\[20\]](#) constitue une rare exception. La version française de l'opinion du juge McLachlin, rendue au nom de la majorité, énonce que l'interprétation des droits garantis exigeait, à l'égard de l'article 3 de la Charte, une recherche des «principes philosophiques plus généraux (*broader philosophy*) qui sous-tendent l'évolution historique du droit de vote », des principes (*a philosophy*) qui peuvent expliquer le passé et animer l'avenir». [\[21\]](#) Le juge Sopinka, tout en souscrivant à la conclusion à laquelle arrive la majorité, n'accepte pas les principes substantifs qui l'ont guidée. Néanmoins, il reconnaît expressément que «dans l'interprétation de l'article 3, il faut se demander en tout premier lieu *sur quels principes était fondé* le droit de vote qui existe au Canada depuis de nombreuses années». [\[22\]](#)

Certaines propositions énoncées dans l'affaire *R. c. Oakes*[\[23\]](#), qui portait cependant sur le sens de l'article premier de la Charte, semblent appuyer notre assertion. Par exemple, en affirmant que l'expression «société libre et démocratique» rappelait aux tribunaux «l'objet même de l'enchâssement de la Charte dans la Constitution»[\[24\]](#), le juge en chef Dickson énonçait qu'elle constituait le standard fondamental de tout le processus de décision constitutionnelle. Ainsi, l'article premier doit être conçu comme ayant une double fonction liée l'une à l'autre par le sens de cette expression: d'une part, il énonce la norme qui est à l'origine des droits et des libertés enchâssés et, d'autre part, il établit la «norme finale» de justification des restrictions apportées aux droits et aux libertés garantis. Or, amené à préciser la signification de l'expression «société libre et démocratique», le juge en chef Dickson affirme que «[l]es tribunaux doivent être guidés par des *valeurs* et des *principes* essentiels à une société libre et démocratique»[\[25\]](#).

Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et des libertés garantis *par la Charte et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.*[\[26\]](#)

Cette idée a été reprise par la Cour suprême[27]. Dans l'affaire *R. c. Keegstra*[28], le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, après avoir rappelé la double fonction de l'article premier (rendre effectifs les droits et les libertés et permettre toute limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique) et le «fond commun de la garantie des droits et libertés et des restrictions apportées [qui] se dégage de l'expression "société libre et démocratique"»[29], ajoute un passage qui révèle que l'objet des dispositions constitutionnelles n'est pas uniquement de protéger des intérêts particuliers mais, fondamentalement, la protection et la promotion d'un ensemble de «valeurs» et de «principes».

Évidemment, l'application pratique de l'article premier nécessite davantage que l'articulation des mots «société libre et démocratique». Il faut les définir et élucider les valeurs qu'ils renferment. Dans une large mesure, une société libre et démocratique embrasse les valeurs et les principes mêmes que les Canadiens ont cherchés à protéger et à promouvoir par la constitutionnalisation de droits et de libertés.[30]

Dans cette affaire, on devait décider si la disposition du *Code criminel* sur la propagande haineuse qui portait atteinte à la liberté d'expression était néanmoins justifiée par l'article premier. Le juge en chef Dickson soutient que l'objectif de la disposition législative (la protection de divers préjudices) était, entre autres, celui d'assurer l'égalité de tous au Canada. Or, comme l'article 15 en témoigne, l'égalité constitue l'une des valeurs d'une société libre et démocratique. Par conséquent, «[l]es *principes* sous-tendant l'article 15 de la Charte sont [...] partie intégrante de l'analyse en vertu de l'article premier»[31]. Il s'ensuivait que l'objectif d'une telle législation était tout à fait justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Ces passages ne prouvent pas la validité de la proposition selon laquelle l'interprétation téléologique procède toujours des principes qui justifient la disposition à interpréter. De plus, comme les affaires *Oakes* et *Keegstra* portaient sur l'application de l'article premier et des principes qui justifient les objectifs des lois qui portent atteinte aux droits et libertés garantis, ils pourraient ne pas être directement pertinents pour saisir la structure de l'interprétation téléologique. Par conséquent, même s'ils appuient la proposition selon laquelle le processus d'interprétation téléologique repose sur les principes qui justifient les droits et les libertés enchâssés dans la Constitution, celle-là doit encore être démontrée.

A. L'argument analytique

La formulation de la méthode d'interprétation téléologique par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Big M*[32] révèle que la nature d'un *droit constitutionnel* devrait être conçue à la lumière de la théorie qui postule qu'un *droit juridique* existe si l'*intérêt* d'un sujet (ou d'une classe de sujets), capable d'être titulaire de droits, est juridiquement protégé par l'imposition d'un devoir juridique[33] à un autre sujet (ou classe de sujets, personnes ou institutions)[34]. Bien qu'il existe plusieurs versions de cette théorie, il est suffisant de l'expliciter ainsi: une norme juridique confère un *droit* si elle a pour objet et effet de protéger *juridiquement* un *intérêt* particulier d'un sujet (ou classe de sujets) capable d'être titulaire de droits à l'encontre d'un ou plusieurs autres sujets auxquels un devoir est imposé.

Si l'objet d'un droit juridique est de protéger un intérêt particulier *X*, alors cet intérêt *X* doit être conçu comme la raison suffisante pour laquelle le droit juridique est ou a été reconnu. Cependant, en eux-mêmes, les intérêts ne sont pas normatifs: ils ne sont que des simples faits de l'existence humaine[35]. Ils ne dictent pas leur propre protection juridique. Par conséquent, si certains intérêts sont ou ont été conçus

comme étant dignes d'une protection constitutionnelle, alors, logiquement, un jugement de valeur a dû être posé sur l'ensemble des intérêts concurrents afin de les comparer et les hiérarchiser[36]. Or, une telle évaluation ne peut *rationnellement* procéder que dans le cadre d'un système de *normes* qui énoncent, entre autres, les raisons pour lesquelles il est désirable de garantir la protection de certains intérêts (plutôt que d'autres) dans la Constitution[37]. Ces normes constituent ce que je qualifie de *principes*.

Si ce qui précède est accepté, alors les titulaires d'un droit juridique possèdent aussi ce qui, à défaut d'autres termes, peut être qualifié de *droit moral*. Un «droit moral» est un droit conféré à un sujet (ou à une classe de sujets), dont l'existence, la reconnaissance ou l'autorité ne dépendent pas de la Constitution ou du système juridique établi mais d'un système normatif (une théorie morale ou politique entendue dans son sens le plus large) postulant une conception du sujet (ou de la classe de sujets) et de ses relations avec les autres sujets[38]. Un droit moral existe si, selon un système normatif donné, l'importance d'un *intérêt* particulier est telle qu'il *devrait être* protégé par l'imposition d'un devoir ou d'une obligation juridique à autrui[39]. Joseph Raz a proposé la définition suivante: «"X has a right" if and only if X can have rights, and, other things being equal, an aspect of X's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty.»[40] Il s'ensuit que la *justification*, le *fondement*, ou la *raison d'être* d'un droit constitutionnel garanti et, corrélativement, d'un devoir juridique imposé à l'état dans le but de protéger *tel* intérêt est le *droit moral* qui affirme que *cet* intérêt particulier est digne d'une protection constitutionnelle et qu'il constitue une raison suffisante pour conférer un droit juridique et, corrélativement, imposer un devoir à l'État. On pourrait ainsi affirmer que le but d'une disposition constitutionnelle est de protéger ou promouvoir un *droit moral*.

La définition ou l'interprétation d'un droit constitutionnel en fonction de l'intérêt qu'il vise à protéger doit donc nécessairement passer par une clarification du droit moral qui le sous-tend. Or, le droit moral ne peut pas se comprendre dans l'abstrait comme un fait brut qui s'autodéfinirait. Il n'a de sens et de signification que dans le cadre du système normatif qui, comme on l'a dit plus haut, énonce les raisons pour lesquelles certains *intérêts*, plutôt que tous les autres, sont dignes d'une protection constitutionnelle. Par conséquent, l'interprétation téléologique des droits constitutionnels requiert logiquement une clarification et une analyse de la nature et du contenu des *normes* du système, c'est-à-dire des *principes* qui confèrent les droits moraux[41].

L'interprétation téléologique d'une garantie constitutionnelle doit donc reposer sur les principes qui confèrent, expliquent et justifient les droits moraux qui sous-tendent les droits garantis[42]. 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*[43].

Par exemple, lorsque dans l'affaire *Hunter c. Southam*[44] la Cour suprême du Canada a décidé que l'article 8 qui garantit à chacun le droit contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives visait la protection des particuliers contre «les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée»[45], elle exprimait un jugement de valeur en faveur d'un intérêt particulier, le respect de la vie privée. Or, cet intérêt particulier ne pouvait être reconnu comme fondamental et prépondérant sur les autres intérêts concurrents que dans le cadre d'un système normatif qui énonce les raisons pour lesquelles il est digne d'une protection constitutionnelle. En particulier, il fallait reconnaître «l'existence» d'une norme abstraite et générale qui énonce un jugement de valeur, conférant un «droit moral», selon lequel «il est désirable que les attentes raisonnables des particuliers en matière de vie privée soient protégées contre toutes les intrusions injustifiées de l'État». Cette norme justifie la constitutionnalisation du droit garanti à l'article 8

et constitue ce que j'appelle un *principe*. Il s'ensuit que le but de l'article 8 est de matérialiser, concrétiser ou réaliser, en pratique, par le biais du droit, les prescriptions énoncées par le principe[46].

B. L'argument moral

L'argument analytique avait pour objet d'expliquer et de décrire le lien structural qui existe entre le but des dispositions constitutionnelles et les principes qui sous-tendent les droits et libertés qu'elles énoncent. Néanmoins, je soumets que la proposition selon laquelle l'interprétation téléologique consiste à matérialiser, concrétiser ou actualiser certains principes fondamentaux a aussi une valeur normative lorsqu'on l'envisage du point de vue de la morale politique.

Il semble maintenant généralement admis, au Canada, que la nature du processus de décision constitutionnelle doit être fonction des principes de la morale qui établissent la légitimité politique du pouvoir judiciaire[47]. Il est vrai que la nature et le contenu de ces principes sont contestés[48]. Néanmoins, il devrait être admis que la *rationalité* du processus de décision judiciaire constitue, en général, une condition *nécessaire* de sa légitimité même si, selon les théories constitutionnelles normatives, elle peut ne pas constituer une condition suffisante[49]. Cette condition nécessaire a été exprimée de diverses façons, la plus connue étant certainement le devoir de maintenir et promouvoir la *primauté du droit*.

Une décision judiciaire est rationnelle si elle est fondée sur des *raisons* qui présentent un lien suffisant avec elle. Les raisons comme telles n'ont pas à être «raisonnables», c'est-à-dire «moralement acceptables», «justes», «équitables», «utiles», etc. Il suffit, pour que les décisions soient rationnelles, qu'elles ne soient ni arbitraires, ni capricieuses, ni fondées uniquement sur les préférences personnelles et purement subjectives du juge[50]. Les décisions judiciaires non rationnelles sont illégitimes. Elles constituent l'exercice d'un pouvoir brut, injustifié, appuyé par la force. Par conséquent, le recours à des *raisons* qui guident et contraignent le processus de décision judiciaire constitue, généralement, une condition nécessaire (même si insuffisante) de la légitimité de l'autorité du pouvoir judiciaire.

Cette condition implique que le processus d'interprétation téléologique doit être rationnel. Il s'ensuit que le processus de *détermination* du but des dispositions constitutionnelles, c'est-à-dire des *intérêts* qu'elles visent à protéger, et le processus d'*interprétation* doivent être rationnels. La question qui se pose, par conséquent, est de savoir si les juges peuvent *rationnellement* déterminer les *intérêts* protégés et *rationnellement* «définir» les droits et libertés sans recourir aux *principes* qui les sous-tendent. Pour les raisons que j'ai exposées à la section précédente, je soumets que la question doit recevoir une réponse négative.

Rappelons que la méthode téléologique, en tant que telle, est une règle formelle qui prescrit aux tribunaux le devoir d'interpréter les garanties de la Charte en fonction de leur but mais qui ne précise ni la nature ni la signification des intérêts protégés. Il s'ensuit que la règle qui prescrit l'interprétation téléologique ne saurait constituer la justification rationnelle, dans un cas donné, de la décision de reconnaître *tel* intérêt, plutôt que ses concurrents, comme étant celui que vise à protéger une disposition. Une telle décision, pour être rationnellement justifiée, devrait donc se fonder sur des raisons, indépendantes de la règle de la méthode téléologique, qui militent en faveur de *cet* intérêt plutôt que de ses concurrents. De plus, elle devrait être justifiée par des raisons qui expriment le jugement selon lequel les raisons qui militent en faveur de *cet* intérêt ont plus de poids que les raisons qui militent en faveur de ses intérêts concurrents. En d'autres termes, pour être rationnellement justifiée, la décision judiciaire doit

reconnaître le caractère *normatif* des intérêts qu'elle affirme être protégés. Elle doit être justifiée par des *normes* qui expriment le jugement de valeur selon lequel *tels* intérêts spécifiques sont dignes d'une protection constitutionnelle et doivent, conséquemment, être reconnus par les tribunaux comme constituant l'objet des garanties de la Charte. Ces normes, on le sait, correspondent aux *principes* dont j'ai parlé précédemment. Il s'ensuit que le principe de la morale politique qui fait de la rationalité des décisions judiciaires une condition nécessaire à la légitimité de l'autorité du pouvoir judiciaire appuie l'argument analytique.

II. LE PROCESSUS DE DÉTERMINATION DES PRINCIPES

J'aborde maintenant l'une des questions les plus controversées de la théorie constitutionnelle canadienne. Comment les juges procèdent-ils pour déterminer les principes qui justifient les droits et les libertés garantis? En d'autres mots, quelle est la nature du processus de détermination des principes[51]?

Nous savons que la première étape de la méthode d'interprétation téléologique consiste à déterminer le *but* des dispositions constitutionnelles, c'est-à-dire, à déterminer les *principes* que ces dernières visent à matérialiser, concrétiser et actualiser par le biais du droit. Cette étape vise deux objectifs que nous pouvons conceptuellement distinguer mais qui, nous le verrons, sont pratiquement interreliés: *l'identification* des principes et leur *formulation*. *L'identification* des principes soulève la question de la *méthode* appropriée (par exemple, empirique, conceptuelle, normative, herméneutique, historique, etc.) et des *sources* légitimes (par exemple, l'auteur, le texte, l'interprète lui-même, le consensus dans la communauté, la tradition juridique, etc.). *La formulation* des principes soulève la question du *niveau adéquat d'abstraction et de généralité* auquel le principe doit se situer.

Dans l'affaire *Big M* [52], le juge en chef Dickson, pour la Cour suprême du Canada, a exposé la nature des éléments (ou sources) dont il faut tenir compte dans le processus de détermination du but des garanties constitutionnelles:

[L]'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la Charte elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la Charte. [...] il importe [...] de se rappeler que la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, [...] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.[53]

Ce passage a généralement provoqué deux interprétations diamétralement opposées de la méthode téléologique. Pour des raisons que j'exposerai plus bas, je qualifierai respectivement les conceptions qu'elles ont justifiées de *fondationnaliste* et de *sceptique*.

A. Les conceptions fondationnaliste et sceptique

1. La conception fondationnaliste

La première interprétation du passage précité de *Big M* a justifié une conception de la méthode

téléologique que je qualifierai de *fondationnaliste*. Elle présuppose que chaque droit ou liberté garanti vise objectivement un seul but. Ce dernier serait entièrement *déterminé* et *déterminable* par une interprétation correcte des divers éléments ou sources mentionnés par la Cour. Les diverses sources constitueraient autant de raisons formelles *dictant*, alternativement et conjointement, ce qu'est le véritable but[54]. Il s'ensuit que la méthode téléologique est un processus rationnel capable de produire des résultats universellement valables. Les juges qui obéissent à ses règles *observent* les divers éléments ou sources, *constatent* leur sens, *découvrent* le but véritable de chaque disposition sans recourir à leur propre subjectivité, préférence morale, préjugés et vision du monde. Par conséquent, l'interprétation téléologique des droits et libertés garantis posséderait une *fondation*, c'est-à-dire, une assise vraie, certaine, solide et objective[55].

Cette première conception de la méthode téléologique a été attribuée à plusieurs théoriciens de la Constitution canadienne[56]. En particulier, on a soutenu que les juges de la Cour suprême du Canada, incluant le juge en chef Dickson, s'inscrivaient dans le cadre d'une conception fondationnaliste du processus de détermination du but (c'est-à-dire, des intérêts et des principes). Par exemple, dans un texte sur les fondements formels de la légitimité du processus de décision judiciaire, Joel Bakan a soutenu que la Cour suprême

presumed in the cases in which it developed and applied the purposive approach that every right or freedom had a distinct and uncontroversial purpose which could be disclosed by interpretation of these extrinsic sources [nature, history, traditions, and social philosophies of our society]. In such sources the court would find the principles and policies each provision was meant to serve, and these could then be applied to determine the outcome of particular constitutional disputes.[57]

Selon lui, la Cour

has adopted all of these sources [...] as appropriate places to find the purposes of Charter rights and freedoms. [...] The Court appears to operate on the assumption that, through analysis of these sources, it will be possible for judges, and other constitutional interpreters, to reach conclusions on what purpose a given right or freedom is supposed to serve without exercising choice or discretion. The judicial task is simply to identify the principles and purposes that all would agree informed the right or freedom being interpreted.[58]

Certaines opinions rendues par la Cour suprême du Canada appuient la conception fondationnaliste de la méthode téléologique. Par exemple, l'opinion du juge McIntyre dans l'affaire *R. c. Morgentaler*[59] semble postuler que le but des dispositions constitutionnelles est entièrement déterminé et déterminable par le *texte* même de la Charte. Il soutient que les tribunaux ne devraient pas «supposer l'existence de droits et de libertés qui ne reposent pas de manière solide et raisonnablement identifiable sur la Charte»[60]. Ils devraient plutôt s'en tenir «aux valeurs qui sont *clairement* énoncées dans la Charte et s'abstenir d'imposer ou de créer d'autres valeurs *qui ne s'y trouvent pas*»[61]. Les tribunaux devraient interpréter la Charte «de manière à mettre à exécution *ses dispositions* plutôt que le point de vue personnel du juge qui écrit»[62]. La méthode téléologique «circonscrie le contenu des droits et libertés garantis par la Charte aux objets *qui y sont formulés*»[63]. Pour le juge McIntyre, il existerait donc, *objectivement*, dans le texte, un seul but. Ce dernier serait entièrement déterminé et déterminable par les diverses sources (incluant le texte) qui constitueraient des raisons formelles pour

décider. La méthode téléologique permettrait donc aux juges de *découvrir* et de *décrire* rationnellement le but[64].

Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si le «but» de l'article 7 de la Charte, garantissant le droit de chacun à la liberté et à la sécurité, impliquait une interprétation de cet article qui inclurait le droit des femmes à l'avortement. Puisque le *texte* même était «tout à fait muet»[65] sur la question de l'avortement, le juge McIntyre analysa les divers éléments ou sources mentionnés dans l'affaire *Big M*. Il conclut que «rien dans l'historique du texte constitutionnel» ou dans «l'histoire, les traditions et les philosophies fondamentales de notre société» ne venait étayer la thèse selon laquelle le droit à l'avortement serait garanti[66], que les modifications au *Code criminel* qui avaient décriminalisé l'avortement dans certaines circonstances ne permettaient pas de déduire «l'existence d'un droit constitutionnel à l'avortement»[67], que la protection des enfants non encore nés constituait encore un intérêt public[68] et que rien ne prouvait ni n'indiquait que le concept de l'avortement à volonté était «généralement accepté dans notre société»[69]. Par conséquent, l'article 7 ne garantissait pas le droit à l'avortement.

Il devrait être admis que la conception fondationnaliste de la méthode téléologique convient au raisonnement du juge McIntyre. Néanmoins, ce dernier n'est pas conforme à la méthode telle que formulée par la Cour suprême dans l'affaire *Big M* et telle que la majorité des juges de la Cour suprême l'ont opéré en pratique. D'une part, le juge n'a pas cherché à identifier les *intérêts* que le droit à la liberté et à la sécurité énoncé à l'article 7 visait à protéger. Il s'ensuit qu'il n'a pas tenté d'identifier les *principes* qui énoncent les raisons pour lesquelles certains intérêts spécifiques seraient dignes d'une protection constitutionnelle. D'autre part, et en conséquence de la proposition qui précède, le juge McIntyre n'a pas référé aux éléments ou sources énoncés par le juge en chef dans *Big M* pour *déterminer* le but des droits et libertés. Il y a référé uniquement pour confirmer ce que nous savions déjà: 1- le *texte* de la Charte ne prévoit pas expressément le droit à l'avortement alors qu'il traite «explicitement d'autres sujets», comme la liberté de religion; 2- historiquement, l'avortement a été prohibé à diverses phases de la grossesse puis, selon les époques, criminalisé totalement, puis autorisé à certaines conditions; 3- la protection des enfants non encore nés a toujours été considérée d'intérêt public; 4- l'historique de l'article 7 ne justifie pas la proposition selon laquelle le constituant voulait garantir le droit à l'avortement; et 5- l'avortement est une question controversée dans la société.

Le juge McIntyre a utilisé les diverses sources pour y *découvrir* une réponse claire, objective et non controversée à la question moralement et socialement controversée du droit à l'avortement. C'est donc sans grande surprise qu'il a conclu qu'«aucun droit à l'avortement ne saurait se trouver dans le droit, la coutume ou les traditions ayant cours au Canada»[70]. L'approche téléologique, telle que formulée par la Cour suprême, ne demande pas aux juges de reconnaître à la Charte un droit revendiqué si, et seulement si, l'une ou l'autre des sources énumérées le reconnaît déjà expressément, clairement et objectivement[71]. Elle requiert de la Cour une détermination des intérêts que la disposition vise à protéger sur la base de *principes* et, conséquemment, de décider si ces derniers justifient la reconnaissance du caractère constitutionnel du droit revendiqué. Par conséquent, il serait erroné de croire que le juge McIntyre a appliqué la méthode téléologique telle que conçue par la Cour suprême du Canada.

Je soumets, en outre, que le raisonnement du juge McIntyre ne reflète pas le processus de détermination du but tel que l'opère généralement la Cour suprême en pratique[72]. Il est généralement admis que l'affaire *Big M* est conforme aux prescriptions de la méthode téléologique. Or, si la majorité des juges de la Cour suprême eût adopté dans l'affaire *Big M* le mode de raisonnement du juge McIntyre, la conclusion eût été différente. Il s'agissait de savoir si la *Loi sur le dimanche* qui créait une infraction criminelle pour quiconque travaillait ou exerçait une activité commerciale le dimanche contrevenait à la

liberté de religion garantie à l'article 2(a) de la Charte. Pour diverses raisons, la Cour suprême a conclu que cette loi, en imposant une conduite donnée pour des motifs religieux, restreignait la liberté de religion au sens de l'article 2(a). Or, une telle conclusion ne peut pas découler des postulats qui sous-tendent le raisonnement du juge McIntyre. D'abord, le droit de travailler et d'ouvrir son commerce le dimanche n'était pas expressément énoncé dans la Charte. Ensuite, historiquement, le travail le dimanche a toujours été prohibé et criminalisé, sauf à certaines époques et à certaines conditions. De plus, le respect du dimanche a toujours été considéré comme une question d'intérêt public. Aussi, l'ouverture des commerces le dimanche était une question controversée dans la société. Enfin, il ne fut pas clairement question que l'historique de l'article 2(a) (incluons, à cette fin, la *Déclaration canadienne des droits*^[73]) justifiait la reconnaissance du droit revendiqué. Il s'ensuit que si *Big M* est un exemple valable de la méthode téléologique, les opinions de la Cour suprême qui s'inspirent des postulats fondationnalistes qui sous-tendent celle du juge McIntyre ne la caractérisent pas.

On pourrait répondre que la conception fondationnaliste n'est pas attribuée uniquement aux juges qui n'auraient pas appliqué la méthode téléologique mais à tous les juges, y compris ceux qui, comme le juge en chef, s'y conforment. Il n'est pas facile de réfuter immédiatement et directement une proposition aussi large^[74]. Il faudra attendre l'exposé de la conception que je privilégie, à la section B, et se demander si elle rend compte de la méthode téléologique telle que formulée et opérée par la majorité des juges de la Cour suprême d'une façon plus adéquate que la conception fondationnaliste. Par conséquent, il vaudrait mieux admettre, au moins provisoirement et pour les fins de la discussion, que la conception fondationnaliste ne convient pas au discours et à la pratique des juges qui agissent conformément à la méthode téléologique.

2. La conception sceptique

La seconde interprétation du passage précité de l'opinion du juge en chef Dickson dans l'affaire *Big M* a justifié une conception de la méthode téléologique que je qualifierai de *sceptique*. Elle présuppose qu'il n'existe aucun but objectif aux dispositions constitutionnelles puisque celui-là ne constitue pas quelque chose de déterminé ou déterminable par une compréhension «correcte» des éléments ou sources formelles mentionnés par la Cour. Le processus de détermination du but d'une disposition constitutionnelle se caractérise plutôt par l'exercice d'un pouvoir judiciaire purement *discrétionnaire*. Le but et, conséquemment, les principes sont le produit d'un acte *créateur* purement *subjectif*: ils sont *choisis* par les juges, *librement*, sans contrainte, arbitrairement, selon leurs préjugés, préférences personnelles, prédispositions politiques et morales, convictions économiques, etc. Cette thèse implique, non seulement qu'il n'existe pas une seule réponse correcte universellement valable (un seul vrai but) mais que, du point de vue de la méthode téléologique, toutes les réponses se valent. Les juges qui laissent entendre que l'interprétation des droits et libertés possède une fondation objective sont donc des imposteurs.

Quelques théoriciens de la constitution peuvent être associés à la conception *sceptique*^[75]. Par exemple, Sidney R. Peck a affirmé que le but des dispositions constitutionnelles «*is not an element contained within the statement of a right or a freedom which may be discovered by a rigorous search. Purpose is determined by creative choices made by individual judges*»^[76]. Selon lui, les sources formelles «*may be manipulated to rationalize the selection of any one of a number of possible meanings*»^[77].

Because the purposive approach is not determinative of decisions, judges may manipulate the approach to justify definitions they adopt on the basis of their choice of values and policies. To

say this [...] is to recognize the fact that an irreducible element of judicial decision making is the making of decisions, and that this involves choice based on values and policy preferences.[78]

Pour Bakan, le fardeau que doit rencontrer l'argument en faveur de la méthode téléologique est que le «*purposive reasoning does constrain judicial choice and discretion*». Or, selon lui, le fardeau «*cannot be satisfied [...] The point is put well by Garry Peller: "[...] the demonstration of the inherent indeterminacy of legal rules would at first glance seem to apply just as easily to attempts to ground legal decision-making in the identification and application of purposes, policies and principles"*»[79]. La question «*"what is the purpose of a right or freedom" is not one that yields a uniquely correct and uncontroversial answer. Questions about the history of a right or freedom, on the political and philosophic values it supposedly embodies, are political and value-laden: there are not matters of legal rights and wrong*»[80]. D'autres auteurs, parfois associés à l'école fondationnaliste, semblent aussi concevoir le processus de détermination du but dans le cadre de la conception sceptique. Parmi eux, je pense spécialement à Peter Hogg selon qui «*[t]he actual purpose of a right is usually unknown, and so the court has a good deal of discretion in deciding what the purpose is [...]*»[81].

Cette conception du processus de détermination du but des dispositions constitutionnelles ne convient pas mieux à la méthode téléologique que la conception fondationnaliste. D'une part, la conception sceptique ne rend pas compte de la *formulation* de la méthode téléologique proposée par la Cour suprême dans les passages précités de *Big M*. Ces derniers indiquent que l'interprétation *doit* procéder du but des dispositions constitutionnelles et que le but *doit* être déterminé en fonction de divers éléments ou sources. Il n'y est pas question de «choix», de «liberté», de «création» subjective, etc. D'autre part, la conception sceptique ne rend pas compte d'une façon satisfaisante de la méthode téléologique telle qu'elle est *opérée* en pratique par les juges. Au contraire, il semble que le processus de détermination du but des dispositions constitutionnelles constitue plus qu'une simple manipulation rhétorique pour camoufler l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, créateur, libre et sans contrainte véritable. Les juges semblent référer à l'une ou l'autre des sources mentionnées autant pour déterminer le but que pour justifier rationnellement leur décision. Ils expriment leurs arguments comme si ces sources avaient quelque chose à dire sur la nature du but visé par la garantie des droits et libertés; comme si elles exerçaient une *contrainte* réelle sur leur décision. C'est d'ailleurs justement à cause de ce discours rationnel que plusieurs sceptiques croient que les juges ont une conception *fondationnaliste* de la méthode téléologique.

On rétorquera sûrement que l'argument qui précède est *naïf* et *superficiel* en ce qu'il se limite essentiellement à confronter la conception sceptique au discours (raisonnements, arguments) que les juges contrôlent eux-mêmes pour justifier leurs décisions. J'admets que la conception sceptique ne prétend pas tirer sa validité de ce que les juges disent qu'ils font mais de l'approche plus *réaliste* qui consiste à observer ce que les juges font vraiment et ce qu'ils peuvent humainement faire[82]. Mon argument ne constitue donc pas une réfutation complète de l'approche sceptique. Néanmoins, il est suffisant de convenir, au moins provisoirement et pour les fins de la discussion, que la conception sceptique ne rend pas compte du discours dans lequel se manifeste la méthode téléologique. À la section B, je soutiendrai que la formulation et la pratique qui consiste à déterminer le but conformément à la méthode téléologique se comprennent mieux à la lumière d'une conception qui, tout en acceptant certains postulats de la thèse sceptique, en rejette plusieurs.

Par ailleurs, il est difficile de comprendre les raisons qui justifient certains sceptiques à promouvoir la méthode téléologique. Par exemple, pour Sidney R. Peck, paradoxalement, même si la détermination du but est une affaire de discrétion et que les juges peuvent *manipuler* l'approche pour justifier n'importe

quelle décision, la méthode «*is to be welcome*». Son propos «*is not to criticize the purposive approach or to suggest that there is some better technique that might be adopted when defining the rights and freedoms*»[83]. De même, paradoxalement, Peter Hogg, soutient que même si le but est généralement inconnu, la Charte *doit* recevoir une interprétation téléologique[84]. Cette position est incohérente. Ou bien les éléments ou sources énumérés signifient quelque chose pour les juges qui y réfèrent dans leur pratique et constituent des *contraintes* réelles sur la décision, auquel cas on aurait tort de soutenir qu'ils peuvent être manipulés pour rationaliser n'importe quel but; ou bien ils peuvent être manipulés pour rationaliser n'importe quel but, auquel cas on voit mal ce qui rendrait la méthode téléologique adéquate et acceptable: d'une part, elle n'aurait plus d'objet pratique et, d'autre part, elle poserait des problèmes inexorables à la légitimité du processus de décision constitutionnelle[85]. Par conséquent, si la conception sceptique était vraie, la méthode téléologique serait inutile, vide et moralement inacceptable. Elle devrait donc être critiquée et, vraisemblablement, abandonnée. Par contre, si l'on a des raisons de croire que la conception sceptique convient mal à la formulation de la méthode téléologique et à son opération dans le discours juridique, il vaudrait mieux, au moins provisoirement, l'écartier et se demander si la méthode ne pourrait pas être conçue autrement. Dans la prochaine section, j'exposerai les postulats de cette autre conception.

B. La conception interprétativiste

L'opposition entre les conceptions fondationnaliste et sceptique reproduit en théorie constitutionnelle canadienne une dichotomie, bien connue en philosophie, entre le *fondationnalisme* et le *scepticisme*, c'est-à-dire, entre les théories qui postulent l'existence d'une fondation absolue, l'objectivité, la vérité et la certitude, d'une part, et les théories associées à l'anti-fondationnalisme, au subjectivisme, au relativisme, et au nihilisme, d'autre part[86]. Comme celle-là, les deux conceptions de la méthode téléologique postulent la validité de la prémisse suivante: s'il n'existe pas de fondation objective (ultime, permanente et universelle) au but des dispositions constitutionnelles et une méthode rationnelle adéquate qui permet aux juges de le «découvrir» tel qu'il est réellement «en lui-même», alors la détermination du but est condamné à procéder d'un «choix» subjectif, purement discrétionnaire, sans contrainte et sans possibilité d'être évalué[87]. Dans cette section, je soumets que cette prémisse est invalide. D'une part, je soutiendrai qu'on ne saurait inférer de la proposition selon laquelle les postulats fondationnalistes sont faux, la proposition selon laquelle les postulats sceptiques sont vrais. Je soutiendrai que le processus de détermination du but (et, conséquemment, des principes) peut être conçu comme un *moyen-terme* entre le fondationnalisme et le scepticisme. D'autre part, je soumettrai que cette autre conception convient mieux à la formulation de la méthode téléologique et à la pratique qui consiste à déterminer le but des dispositions constitutionnelles que les deux conceptions concurrentes.

La conception de la méthode téléologique que je privilégie pourrait s'inscrire dans le cadre d'une théorie de l'interprétation que Pierre-André Côté a qualifié de «théorie de la création sujette à des contraintes»[88]. Je la qualifierai d'*interprétativiste*. Cependant, comme nous le verrons plus bas, elle ne correspond pas du tout aux théories constitutionnelles américaines souvent qualifiées d'«*interpretivists*»[89]. Ces théories, conçues dans le cadre du débat relatif à la nature et à la légitimité du contrôle judiciaire de la validité des lois aux États-Unis, postulent que l'interprétation de la Constitution américaine consiste à découvrir, afin de les appliquer, les normes et les valeurs qui sont expressément ou implicitement déterminées *dans* le texte ou par la structure gouvernementale qu'il établit. Elles sont dites «*interpretivists*» car elles infèrent les droits constitutionnels d'une *interprétation* du texte même[90]. En cela, elles postulent que le texte constitutionnel a un sens véritable et qu'il appartient aux juges de le «découvrir» objectivement. Pour cette raison, les théories constitutionnelles américaines «*interpretivists*» sont *fondationnalistes*[91].

La conception *interprétativiste* de la méthode téléologique n'est *pas* fondationnaliste. Elle est *cohérentiste* et *constructiviste*: elle s'inscrit dans le cadre des «théories de la cohérence» en philosophie de la morale[92] et des «théories de la cohérence constructiviste» en philosophie du droit[93]. On pourrait aussi l'associer à l'herméneutique[94] et au pragmatisme[95] en philosophie.

1. Les postulats

Une approche *cohérentiste* présuppose que la *vérité* d'une proposition que nous formulons à propos d'une chose repose uniquement sur le degré suffisant (ou pas) de *cohérence*, c'est-à-dire, d'unité, d'intégration, de convenance ou d'harmonie entre elle et toutes les autres propositions que nous tenons aussi pour vraies à un moment donné[96]. La vérité d'une proposition ne dépend donc pas d'une *correspondance* entre ce qu'elle affirme et la réalité extérieure conçue comme possédant une signification objective, indépendante de celui qui l'observe[97], ni de sa conformité avec un ou plusieurs principes indiscutables, universels, éternels, évidents par eux-mêmes, transcendants, naturels ou révélés[98], ni en vertu du sens même des termes utilisés dans la proposition[99]. Selon les théories cohérentistes, toutes les croyances sont interdépendantes. Elles forment un tout qui dépasse le simple agrégat de croyances déconnectées: une proposition est vraie si elle est soutenue par toutes les autres dont la vérité dépend, en partie, de leur cohérence avec la première. Ainsi, les justifications des croyances sont *holistiques*.

Ce postulat fondamental s'explique, en partie du moins, par le fait que les théories cohérentistes sont, généralement, *anti-fondationnalistes*[100]. Elles présupposent l'inexistence d'une fondation absolue fournissant une assise objective à nos croyances et un standard incontesté en fonction duquel la vérité de nos propositions peut être vérifiée. L'anti-fondationnalisme des théories cohérentistes peut être total ou partiel. Il est total lorsque la théorie cohérentiste présuppose, comme certaines versions du pragmatisme en philosophie, l'inexistence d'un point de vue absolu (l'oeil de Dieu, le point de vue de nulle part, un «point d'Archimède»), objectif, fixe, ahistorique et universel qui fournirait le standard incontesté à partir duquel *la* vérité de toutes nos croyances sur la réalité, la morale ou la justice pourraient se justifier. Elles présupposent, non seulement qu'une personne aborde les choses en fonction de sa propre vision subjective du monde (théories, croyances, préjugés), mais qu'il lui est impossible de s'en défaire et de vérifier objectivement si elle est «réellement» conforme aux choses. Une personne ne peut jamais se détacher de sa propre situation historique, linguistique ou culturelle et consulter, observer ou connaître la réalité extérieure telle qu'elle est «en elle-même»[101]. La réalité, en tant que telle, apparaît comme un chaos dénué de sens et, comme on ne peut trouver aucun point d'ancrage à l'extérieur de l'expérience humaine[102], le sens des choses est interne: il est produit à l'intérieur d'une pratique ou d'un discours et dépend des théories acceptées pour le déterminer[103]. Par contre, l'anti-fondationnalisme peut-être partiel lorsque la théorie cohérentiste embrasse une partie restreinte de nos croyances comme celles qui porte uniquement sur une chose ou un ensemble partiel de choses (une activité, une pratique, une oeuvre d'art, un rêve). Ainsi, on pourrait concevoir que la vérité des propositions de droit dépend uniquement d'un critère de cohérence, sur la base d'une croyance selon laquelle le droit n'a pas de fondation objective, et refuser le postulat anti-fondationnaliste à l'égard de ses croyances relatives aux autres champs de la connaissance (religieuses, scientifiques, morales, etc.)[104].

Une explication cohérentiste de la méthode téléologique partage donc un certain nombre de postulats avec la conception sceptique. D'abord, elle rejette l'idée selon laquelle il existerait une fondation objective, universelle et permanente aux principes qui sous-tendent les dispositions constitutionnelles. Deuxièmement, elle postule que les diverses sources ou éléments pertinents ne constituent pas des

raisons formelles pouvant dicter ou déterminer objectivement, alternativement ou conjointement, le seul but véritable et non controversé des dispositions constitutionnelles. Troisièmement, la détermination du but n'est pas conçue comme un processus par lequel le juge *découvre*, purement et simplement, les principes qui sous-tendent les droits et libertés. Quatrièmement, les propositions qui expriment le but des garanties constitutionnelles ne sont pas conçues comme représentant un aspect objectif de la réalité telle qu'elle est «en elle-même». Cinquièmement, la conception interprétativiste postule que les propositions qui expriment les principes qui sous-tendent les droits et libertés sont fonction de la vision du monde de l'interprète, déterminée par sa situation historique, culturelle et linguistique. Sixièmement, elle rejette l'idée que la vérité de ces propositions dépend d'une correspondance ou d'une conformité avec une quelconque réalité objective située à l'extérieur du juge et dont le sens pourrait être déterminé indépendamment de ce dernier. Bref, la conception interprétativiste accepte l'affirmation de Bakan selon laquelle la conception fondationnaliste propose au pouvoir judiciaire «*an impossible task*»[\[105\]](#).

Cependant, la conception interprétativiste n'infère pas de ces postulats la proposition sceptique selon laquelle la détermination des principes constitue un acte de pure *création* par lequel le juge *choisit* librement le but, *sans contrainte*, soit arbitrairement, soit en fonction de ses préférences personnelles, sa conception du bien, ou autres éléments purement subjectifs. Elle n'infère pas, comme le sous-entend Peck, que si les sources auxquelles les juges réfèrent ou devraient référer pour déterminer le but ne «dictent» pas la seule réponse correcte et non-controversée, alors elles peuvent être «*manipulated to rationalize the selection of any one of a number of possible meanings*»[\[106\]](#). La pratique judiciaire laisse apparaître une situation beaucoup plus complexe.

Selon la conception interprétativiste de la méthode téléologique, le processus de détermination des principes n'est pas libre: il est même totalement *contraint* par l'ensemble des propositions et croyances que l'interprète juge vraies ou valables à un moment donné et qui, selon lui, ont quelque chose à dire de pertinent sur les droits et libertés protégés. Les juges ont le devoir de reconnaître comme fondement des droits et libertés les principes qui, selon eux, conviennent, s'harmonisent et s'intègrent autant, sinon mieux, à cet ensemble de propositions et croyances acceptées comme pertinentes et valables que tous les principes concurrents. Les juges doivent confronter chaque principe qui pourrait raisonnablement constituer le fondement d'un droit ou d'une liberté avec chaque proposition et croyance qui, selon eux, a quelque chose à dire à ce sujet. Ils doivent ajuster la nature et la signification des principes à la lumière de la nature et la signification des autres propositions ou croyances, et vice versa, le sens de chaque considération déterminant et étant déterminé par toutes les autres, de façon à les comprendre d'une manière cohérente comme si elles constituaient un tout unifié. Ce processus pourrait être exprimé de diverses façons. Cependant, je soumets qu'il constitue une version de la méthode que plusieurs philosophes de la morale ont qualifié d'*équilibre réfléchi large*[\[107\]](#).

La méthode de l'équilibre réfléchi large peut être décomposée en deux aspects. Elle consiste, d'une part, à produire un équilibre réfléchi *étroit*, c'est-à-dire une *cohérence*, une harmonie ou une convenance mutuelle entre ce que John Rawls a nommé les «convictions bien pesées»[\[108\]](#) (nos jugements moraux, nos intuitions inébranlables) et les principes moraux qu'on avance pour en rendre compte d'une façon cohérente, les expliquer, les justifier, bref, les intégrer en un tout unifié. Elle exige donc un processus d'ajustement mutuel, par aller et retour, d'une considération à une autre, d'une conviction bien pesée à une autre, puis de celles-là aux principes et des principes aux convictions bien pesées, jusqu'à ce que soient *établis* ce que Feinberg appelle «*the most suitable general principles*», c'est-à-dire, ceux «*that summarize and are supported by the specific moral judgments in which we have the most confidence*»[\[109\]](#). D'autre part, la méthode de l'équilibre réfléchi large consiste à aller au-delà de l'équilibre réfléchi étroit et à ajuster, en un tout cohérent, les convictions bien pesées et les principes qui, après réflexion, les expliquent et les justifient le mieux avec toutes les conceptions, les croyances, les

théories et les méta-théories que nous avons sur le monde, incluant la morale politique, l'éthique, la société, la science, l'histoire, la religion et la métaphysique. Selon le philosophe Kei Nielsen, le «*wide reflective equilibrium*» (WRE),

not only gets specific considered convictions in equilibrium with abstract moral principles but gets both in a consistent whole with moral and social theories and with other scientific theories about the nature of human nature. We appeal in rationalizing and, in some instances, criticizing specific considered judgments not only to abstract moral principles but as well to whole moral theories, empirical-cum-theoretical theories about the function(s) of morality in society, about social structure, the basis of solidarity in society, theories of social stratification, class, and gender, theories about ideology, human nature and the like. The thing is to get our considered convictions, jettisoning some along the way where they fit badly, into a coherent fit with such general moral principles and with those background social theories and the like. What we seek is a consistent and coherent equilibrium to which we, on reflection, would assent. [...] There is nothing in WRE that is basic or foundational. Instead we weave and unweave the web of our beliefs until we get, for a time, though only for a time, the most consistent and coherent package which best squares with everything we believe we know and to what we on reflection are most firmly committed. There are some fixed points, points which we may always in fact retain anywhere, anywhen, but they are still, logically speaking, provisional fixed points which are not, in theory at least, beyond question if they turn out not to fit in with the web of our beliefs and reflective commitments [...] [110].

La version de l'équilibre réfléchi large requise par la méthode téléologique est *constructiviste*. Elle postule que les principes constituent une *construction* humaine à partir d'un ensemble de considérations, éléments ou facteurs qui sont *internes* à une pratique particulière: la pratique juridique qui consiste à interpréter la constitution. Elle demande donc aux juges de construire les principes qui sous-tendent les droits et libertés garantis à partir d'un ensemble de considérations spécifiques qui, dans le contexte d'une autre pratique, pourrait être légitimement ignoré. Par exemple, contrairement à l'équilibre que produirait une réflexion purement morale sur le sujet, celui que doit produire la méthode téléologique doit *nécessairement* intégrer le *texte* même de la Charte, la *jurisprudence* pertinente, le *droit*, la *tradition* juridique dans son ensemble et la *conception fondamentale du droit* qui, ultimement, guide le processus d'interprétation. Pour les juges, ces éléments constituent des considérations *contraignantes* dont la signification doit être ajustée aux autres considérations, telles les convictions bien pesées, les conceptions, les croyances, les théories et les méta-théories d'arrière-plan.

Étant donné la nature cohérentiste et constructiviste de la conception interprétativiste de la méthode téléologique, les principes déterminés par les juges sont susceptibles d'être controversés. Car même si les juges s'accordent pour tenir compte des éléments spécifiques propres à la pratique juridique, le poids et le sens qu'ils leur attribuent peuvent faire l'objet de désaccords étant donné le poids et le sens que chacun attribue aux considérations d'arrière-plan. Ainsi, un juge pourrait déterminer le poids à accorder au sens «littéral» d'un texte en fonction, par exemple, de la théorie de la morale politique qui, après réflexion, semble la plus solide [111]. Cependant, puisque cette théorie de la morale politique est dépendante de toutes les autres conceptions, convictions, théories et méta-théories d'arrière-plan qu'un juge accepte comme valides à un moment donné, elle peut varier d'un juge à l'autre et, conséquemment, le poids à accorder au sens «littéral» est susceptible d'être controversé.

Puisque la méthode téléologique porte sur un objet spécifique, la Charte, la conception interprétativiste

postule un anti-fondationnalisme *partiel*. Même si, paradoxalement, les éléments que doit considérer le juge pour les fins de la détermination des principes engagent la *totalité* de ses croyances, il ne s'ensuit pas que les juges aient à adopter l'attitude de celui qui postule la validité de l'anti-fondationnalisme total[112]. Un juge pourrait croire à l'existence d'une fondation objective à l'égard de certaines croyances comme celles relatives à la science, l'existence de Dieu, le droit naturel, la morale politique idéale, etc. Ce qu'il ne peut supposer, cependant, c'est l'existence d'une fondation absolue à ses croyances relatives au *but* et aux *principes* qui sous-tendent les dispositions constitutionnelles de la Charte.

2. Description de l'opération pratique

Exposons maintenant d'une façon plus détaillée la nature de l'opération pratique qui consiste à déterminer les principes qui sous-tendent les droits et libertés garantis. Pour les fins de cette description, j'envisagerai le processus sous quatre aspects qui correspondent, conceptuellement, à quatre moments de l'opération. En pratique, cependant, ces aspects ou moments tendent à s'entrecroiser[113].

Premièrement, le juge aborde le texte constitutionnel en apportant inévitablement avec lui ses attentes, ses préjugés, ses précompréhensions, ses croyances, ses présuppositions, bref, la *préconception* qu'il a du texte, du droit, du monde en général, de la morale, de la politique, de la métaphysique, de la nature humaine, de la psychologie, de l'histoire, de la religion, etc.[114]. Cette préconception constitue ce que certains philosophes appellent son «horizon»[115]. Elle est conditionnée et structurée par la situation historique, culturelle et linguistique dans laquelle l'interprète se trouve à chaque moment de sa vie[116]. La préconception des juges est donc susceptible de varier à la fois dans le temps et dans l'espace[117].

Deuxièmement, le processus de détermination des principes, comme tout processus qui a pour objet la compréhension de quelque chose (un texte, une pratique), consiste à projeter *provisoirement* un sens à la disposition constitutionnelle[118]. Cette projection, nécessairement conditionnée et structurée par la *préconception* de l'interprète (ses «préjugés»[119]), est une anticipation du sens[120]. Elle est sujette à des variations importantes selon que les juges sont des spécialistes du champ de la connaissance dans lequel les mots du texte sont provisoirement situés ou des simples profanes[121]. Puisque les mots utilisés dans le titre, le préambule, les rubriques (le cas échéant) et la disposition à interpréter constituent des signes qui réverbèrent un certain sens dans l'esprit du juge, ils contribuent toujours à la projection du premier sens.

Troisièmement, le juge infère de ce premier sens un intérêt protégé et l'existence d'un principe justificateur. La détermination de cet intérêt et de ce principe constitue aussi une anticipation de sens. Ils sont conçus d'une façon provisoire. La formulation même de l'intérêt et du principe dépend de la préconception de l'interprète et peut, en conséquence, varier considérablement d'un juge à l'autre.

Quatrièmement, le juge s'engage dans ce que certains philosophes appellent le «cercle herméneutique»[122]. Ce cercle représente la règle d'interprétation selon laquelle le sens d'un tout doit se comprendre à la lumière du sens de chacune de ses parties et le sens de chaque partie doit être compris sur la base du tout[123]. Le juge part donc des propositions qui expriment le sens, l'intérêt et le principe anticipés et se demande si elles s'accordent avec toutes les propositions qui expriment le sens des autres considérations pertinentes acceptées comme «valables». Cette étape nécessite une interprétation de chaque considération et le juge est tenu de les ajuster les unes aux autres comme différentes parties d'un tout. Le sens de chaque considération est susceptible de modifier le sens des autres considérations normatives et d'être modifié par eux. De même, le sens de chaque considération est susceptible de

modifier la nature et le contenu de l'intérêt et du principe anticipés et d'être modifié par eux. Les principes «valides», aux fins de l'interprétation téléologique, sont ceux qui, en bout d'analyse, conviennent mieux au cercle herméneutique que tous les principes concurrents, c'est-à-dire, ce sont ceux qui s'accordent, s'harmonisent ou s'intègrent le mieux à l'ensemble des considérations normatives formant l'équilibre réfléchi large.

Plus concrètement, le *processus* par lequel un juge cherche à produire un équilibre réfléchi large ressemble à ce que nous pourrions appeler, métaphoriquement, une *spirale herméneutique*. Chaque considération normative est posée le long d'une courbe et le juge passe de l'une à l'autre en les ajustant mutuellement. Il fait la navette entre le principe provisoire et les diverses considérations normatives qui, mutuellement ajustées les unes aux autres, l'infirmement ou le confirment. Le processus de détermination des principes forme des révolutions: on passe d'une considération à l'autre, on retourne à la première et on se rapproche de plus en plus du pôle que constitue, pour le juge, l'interprétation «correcte», celle qui détermine le ou les principes.

Une conception interprétativiste postule donc que même s'il n'existe pas de fondation objective et absolue aux principes qui sous-tendent les droits et libertés garantis, il ne s'ensuit pas que la détermination du but résulte d'un «choix» purement subjectif se caractérisant par la «liberté» de l'interprète. Entre le fondationnalisme et le scepticisme, il y a une place pour un discours pratique rationnel, réellement contraint par une multitude de considérations qui tiennent lieu de raisons pratiques substantives.

3. Vérification de la conception

Dans cette sous-section, je soutiens que la conception interprétativiste, telle que décrite précédemment, rend compte de la méthode téléologique d'une façon plus adéquate que les conceptions fondationnaliste et sceptique. D'abord, je montrerai que cette conception convient adéquatement au processus de détermination des principes tel que *formulé* par la Cour suprême dans *Big M*. Ensuite, je montrerai qu'elle rend compte d'une façon adéquate de ce processus tel qu'il est *opéré* en pratique par la majorité des juges de la Cour suprême.

a) *La formulation du processus*

Dans l'affaire *Big M*, la Cour suprême du Canada a énuméré les éléments dont il faut tenir compte pour déterminer le but, c'est-à-dire les principes qui sous-tendent les droits et les libertés garantis à la Charte. Ces facteurs constituent donc, pour les juges, des considérations normatives:

- 1) la nature et les objectifs plus larges de la Charte elle-même,
- 2) les termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté,
- 3) les origines historiques des concepts enchâssés et,
- 4) s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la Charte [\[124\]](#).

Il devrait être admis que cette énumération ne doit pas *nécessairement* être interprétée comme désignant «quatre» éléments distincts les uns des autres dont la spécificité posséderait une unicité et une indivisibilité qui les rendraient parfaitement étanches et intelligibles «en eux-mêmes». Au contraire, l'énumération peut parfaitement être comprise dans le cadre d'une théorie selon laquelle la signification de chaque élément est, en partie du moins, fonction du sens de tous les autres, et vice versa. Dans cette hypothèse, la détermination du sens de «la nature et des objectifs» de la Charte serait fonction des «mots choisis» et la détermination du sens de ces derniers serait fonction de la nature et des objectifs de la Charte. De même, la détermination du sens des mots, de la nature et des objectifs de la Charte serait fonction de «l'origine historique des concepts enchâssés» et la détermination du sens de ce dernier élément serait fonction des concepts enchâssés dont le sens devrait être compris à la lumière du sens des mots, de la nature et des objectifs de la Charte. La même interdépendance de signification existerait entre le quatrième élément et les trois autres. La signification de chaque élément peut donc dépendre, en partie du moins, de la signification des autres éléments énumérés.

Cette lecture de la formulation du processus de détermination du but lui convient adéquatement. Par conséquent, d'une part, je soumets que les éléments énumérés ne devraient pas être conçus comme désignant des «sources» objectives qui «dicteraient», alternativement ou conjointement, le but «véritable» des garanties constitutionnelles, ni comme des mots vides de sens incapables de contraindre le juge. Chaque élément doit être conçu comme une considération dont le sens, déterminé en partie par le sens de tous les autres éléments, procure une contrainte réelle aux juges qui cherchent à établir les principes qui sous-tendent les droits et libertés conformément à la version constructiviste de l'équilibre réfléchi large.

D'autre part, il ne faudrait pas inférer de l'énumération *des* quatre éléments que les juges ne doivent tenir compte que *de* quatre considérations conçues comme quatre entités distinctes spécifiques, uniques et indivisibles. Je soumets plutôt que l'énumération de la Cour suprême dans *Big M* est synthétique. Elle envisage la *totalité* des éléments que la conception cohérentiste et constructiviste demande d'ajuster en un tout cohérent. Ainsi, la compréhension de la nature et des objectifs plus larges de la Charte, des origines historiques des concepts enchâssés, des termes choisis et du sens et de l'objet des autres droits et libertés présuppose une compréhension de l'histoire des idées (dans ce qu'elle a de plus globale). En fait, la compréhension du sens de chaque élément présuppose, de la part de l'interprète, une conception cohérente de la philosophie, l'histoire, la morale, la politique, la science et autres champs de la connaissance qui pourraient avoir quelque chose à dire sur les principes qui sous-tendent les droits et libertés. Le processus de détermination du but engage le juge à situer la Charte dans le cadre de la «vision du monde» qui lui semble la plus solide. Je soumets que c'est le sens qu'il faut donner à l'affirmation fondamentale de la Cour selon laquelle la Charte «doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés»[\[125\]](#). Ce passage tend à démontrer que les principes doivent s'harmoniser, s'intégrer et convenir à toutes les convictions, conceptions, croyances, théories et méta-théories que les juges entretiennent, après réflexion, non seulement sur la Charte, l'intention du constituant et le droit mais aussi sur la morale politique, l'éthique, la nature humaine, la société, la science, l'histoire, la religion, Dieu, l'épistémologie et la métaphysique.

La conception interprétativiste de la méthode téléologique convient donc parfaitement à la formulation du processus de détermination des principes. Ni les éléments énumérés, ni la proposition selon laquelle la Charte doit être située dans *ses* contextes linguistique, philosophique et historique ne devraient être interprétés comme signifiant qu'il existe dans la réalité extérieure aux juges un but objectif non controversé, entièrement déterminé par un ensemble limité de sources reconnues comme des raisons formelles pour décider. Ils devraient être interprétés comme signifiant que la détermination du but du texte requiert une *intégration* du sens de la Charte au sens de tout ce qui, dans les champs de la

connaissance, a, après réflexion, quelque chose à dire sur le fondement, la nature, la valeur et le contenu des droits fondamentaux.

b) *L'opération pratique du processus*

Je soumets également que la conception que nous privilégions convient adéquatement à la pratique judiciaire qui consiste à déterminer les principes qui sous-tendent les droits et libertés garantis conformément à la méthode téléologique. Pour le montrer, j'utiliserai deux décisions de la Cour suprême: *Hunter c. Southam*^[126] et *R. c. Dymnt*^[127]. Il devrait être admis qu'elles constituent deux exemples types de la méthode téléologique telle qu'appliquée par la majorité des juges de la Cour suprême du Canada. Ces deux décisions portaient sur l'interprétation de l'article 8 de la Charte qui énonce que «chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». *Hunter* est la première décision où la Cour suprême a formulé et appliqué la méthode téléologique. *Dymnt*, rendue quelques années plus tard, a ultérieurement explicité les motifs qui appuient la décision rendue dans *Hunter*. Bien que *Dymnt* pourrait être conçue comme une simple rationalisation *a posteriori* de *Hunter* dont les motifs laissaient à désirer, je les concevrai plutôt comme deux décisions complémentaires. Pour les fins de l'analyse de la méthode téléologique, procéder de cette façon comporte l'avantage de mettre en relief le caractère cohérentiste et constructiviste du processus de détermination du but.

Dissipons, d'abord, ce qui pourrait constituer un malentendu. Dans *Hunter*, le juge en chef Dickson a affirmé qu'il n'y avait «aucun contexte historique, politique ou philosophique susceptible de préciser le sens de cette garantie»^[128]. Je conviens que ce passage, pris à la lettre, semble carrément incompatible avec l'approche interprétativiste qui requiert logiquement un recours au contexte. Cependant, une interprétation littérale de l'affirmation l'invaliderait. Nous savons tous que la garantie de l'article 8, quel que soit son sens, s'inscrit dans un contexte historique, politique ou philosophique (comment pourrait-il en être autrement?). De plus, comme nous le verrons plus bas, le juge en chef réfère expressément au contexte en discutant du sens de cette garantie en common law et au quatrième amendement de la Constitution américaine^[129]. Par conséquent, ce passage doit signifier, non pas que le contexte n'a rien à dire sur le but de l'article 8, mais qu'il ne constitue pas la source qui détermine *formellement* son sens: il ne le *dicte* pas. À cet égard, la version anglaise est plus limpide: «*nor is there any particular historical, political or philosophical context capable of providing an **obvious** gloss on the meaning of the guarantee*»^[130]. De même, en soutenant que le sens ne peut pas être «déterminé» par le dictionnaire ou par les règles d'interprétation des lois, le juge en chef n'insinue pas que ces éléments ne jouent ou ne devraient jouer aucun rôle dans le processus d'interprétation (ce serait là une proposition étonnamment radicale pour un juriste qui s'inscrit dans la tradition juridique anglo-canadienne!). Il indique simplement, mais positivement, l'intention de la Cour de rompre avec la thèse fondationnaliste qui sous-tend le formalisme en droit. Par conséquent, loin de nier la conception interprétativiste, en niant l'existence de «sources formelles» constituant le ou les réceptacles où se trouvent le sens ou les principes des dispositions constitutionnelles, la décision du juge en chef autorise notre lecture de l'interprétation téléologique.

Passons maintenant au processus de détermination du but proprement dit. *Premièrement*, inévitablement, l'interprétation de l'article 8 de la Charte a été abordée dans le cadre de la *préconception* du juge en chef. Cette dernière incluait la totalité de sa connaissance. Par conséquent, le sens de cette garantie en common law, les ouvrages de doctrine et les décisions des tribunaux qui s'étaient déjà penchés sur le sens de cette disposition, dans la mesure où le juge en chef les connaissait, faisaient nécessairement partie de cette *préconception*^[131]. À cela il faut ajouter la conception qu'il avait du droit, du rôle du pouvoir judiciaire dans une démocratie, du *stare decisis*, etc.

Deuxièmement, le juge en chef a projeté *provisoirement* un sens à la garantie constitutionnelle. Cette anticipation du sens n'était pas «libre» ou purement discrétionnaire. Le juge était «contraint» par sa préconception. Le sens provisoire correspondait à celui qui, selon lui, découlait de la protection offerte par la common law contre les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées par le gouvernement. Cette anticipation du sens a constitué le point de départ «naturel», pour ainsi dire, de son analyse.

Troisièmement, le juge en chef a inféré, *provisoirement* aussi, le «but», c'est-à-dire l'intérêt et le principe qui pourraient sous-tendre la disposition. Il rappelle que cette protection était «liée au droit applicable en matière d'intrusion»^[132] et soutient qu'elle était fondée sur un principe qui conférait «le droit de toute personne à la jouissance de ses biens»^[133]. Il cite un passage de l'arrêt *Entick v. Carrington*^[134] où Lord Camden affirmait que «*[t]he great end, for which men entered into society, was to preserve their property. That right is preserved sacred and incommunicable in all instances, where it has not been taken away or abridged by some public law for the good of the whole*»^[135]. La détermination du principe anticipé conférant à chacun le droit de propriété ne saurait non plus être qualifiée de «libre» ou de purement discrétionnaire. Il est même raisonnable de croire qu'un juriste canadien qui s'est intéressé à la question des fouilles et des saisies en common law, sans avoir réfléchi aux fondements de l'article 8, anticiperait le même principe. Par contre, il est beaucoup plus difficile de prédire le principe qu'un non-juriste ou un profane anticiperait.

Quatrièmement, le juge en chef s'est engagé dans le «cercle herméneutique» de façon à vérifier si le principe anticipé s'accordait avec l'ensemble des considérations normatives qui ont quelque chose à dire sur le sens de l'article 8. Plus concrètement, le juge en chef a tenté de produire un équilibre réfléchi large en posant chaque considération normative pertinente le long d'une courbe spirale.

1. La première de ces considérations était le *texte* même de l'article 8, c'est-à-dire, «les termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté». Les mots utilisés dans cet article constituaient-ils, ou pas, une raison suffisante pour confirmer, infirmer ou modifier le principe anticipé? Le juge en chef semble croire, à cette étape du processus tout au moins, que le texte ne constituait pas une raison suffisante pour infléchir ou confirmer le jugement provisoire. Il affirme que «le texte de l'article ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l'associe au droit applicable en matière d'intrusion. Il garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives»^[136]. Ce passage pourrait signifier que l'article 8 est *nécessairement* plus large que la protection en common law. Cependant, là n'est pas l'objet immédiat des propos du juge en chef. Il veut simplement indiquer que l'article 8, en lui-même, ne fournit pas de raisons suffisantes pour limiter le droit garanti dans la Charte à ce qu'il signifiait en common law. Par conséquent, la considération textuelle était tenue pour neutre: les mots constituaient une raison qui ne militait ni en faveur du maintien du principe anticipé ni en faveur de sa modification ou de son abandon. Évidemment, ce jugement résultait d'une interprétation et d'une évaluation provisoires du texte même^[137].

2. Le juge avance dans la spirale herméneutique et passe à une seconde considération normative, le quatrième amendement à la Constitution américaine qui «garantit également un droit général»^[138] formulé, apparemment, en des termes semblables^[139]. Le sens de cet amendement constituait-il ou pas une raison suffisante pour confirmer, infirmer ou modifier le principe anticipé? Dans l'arrêt *Katz v. U.S.*^[140], le juge Stewart, pour la majorité des juges de la Cour suprême des États-Unis, avait énoncé la proposition selon laquelle «*the Fourth Amendment protects people, not places*»^[141]. Selon lui, l'amendement se fondait au moins sur un aspect du principe qui reconnaît le droit à la vie privée, c'est-à-dire, «*the right to be let alone by other people*»^[142]. Si le juge en chef, pour diverses raisons, reconnaissait l'autorité du droit américain, cette considération aurait pu constituer une raison le contraignant à *infirmer* le principe anticipé relatif à la protection de la propriété. Mais le juge en chef

devait soupeser le poids du droit américain en tenant compte d'autres considérations, situées ailleurs sur la courbe spirale. L'une d'entre elles, admise par tous les juristes canadiens, contraignait le juge en chef à ne pas lui accorder un poids déterminant, la jurisprudence américaine ne faisant pas autorité au Canada. Cependant, d'autres considérations le contraignaient à y donner un certain poids. D'une part, la Cour d'appel de l'Alberta, à l'unanimité, avait déjà décidé que le droit garanti à l'article 8 était fondé sur un aspect du droit à la vie privée[143]. D'autre part, dans l'affaire *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*[144], la Cour suprême du Canada, à l'unanimité, avait affirmé que «[l]es tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada»[145]. Bien que cette considération n'ait pas fait l'objet d'une discussion dans *Hunter*, il est raisonnable de croire qu'elle ait jouée un certain rôle puisque *Skapinker* constituait l'une des rares décisions que la Cour suprême avait déjà rendues sur l'interprétation de la Charte.

À cette étape du processus, nous pouvons supposer que le juge en chef était confronté à deux principes concurrents: le premier exprimait le caractère désirable de protéger la propriété et le second exprimait le caractère désirable de protéger la vie privée. Il devait donc déterminer, à la lumière des autres considérations normatives, lequel leur convenait le mieux. Il devait faire la navette entre le principe provisoire et chacune des autres considérations puis, alternativement, entre le second principe et les autres considérations. Il devait aussi se demander si d'autres principes n'étaient pas plus adéquats et comparer le résultat de chaque analyse.

Nous savons que le juge en chef Dickson va décider, «à l'instar de la Cour suprême des États-Unis», que l'article 8 offre une protection «au moins aussi étendue»[146] que le quatrième amendement à la Constitution américaine. Faut-il en déduire que l'interprétation du Quatrième amendement à la Constitution américaine a constitué une raison formelle pour infirmer le principe anticipé? Une réponse affirmative entraînerait immédiatement la question légitime de savoir de quel droit le droit américain ferait-il maintenant autorité en droit constitutionnel canadien? Mais le juge en chef n'a pas soutenu cela. D'une part, il a référé à la décision précitée rendue à l'unanimité par la Cour d'appel de l'Alberta[147]. D'autre part, il a soutenu que l'article 8 offrait une protection «*au moins* aussi étendue» que l'amendement à la Constitution américaine. Selon la conception interprétativiste, ces passages indiquent que la détermination du but de l'article 8 reposait sur d'autres raisons substantives, *indépendantes* du droit américain. Ces raisons, bien entendu, ont pu aussi guider le juge Stewart et les juges qui ont rendu les décisions sur lesquelles ce dernier s'est fondé[148]. Même s'il est malheureux que ces raisons n'aient pas été expressément mentionnées et évaluées dans *Hunter*, la nature et le poids de certaines d'entre elles ont été analysés par le juge Laforest dans *Dyment*[149].

3. Le juge Laforest analyse d'abord la nature et le poids d'une considération qui pourrait être associée à l'analyse des «origines historiques des concepts enchâssés». Il soutient que la protection de la propriété contre les intrusions gouvernementales a toujours eu pour *objet* et *effet* la «défense» et la «tranquillité» des individus.

Autrefois, la vie des gens était centrée autour du domicile et Coke considérait nettement que les grandes barrières érigées en droit pour protéger la propriété contre les intrusions gouvernementales avaient pour but d'assurer la «défense» et la «tranquillité» de ses occupants [...] Bien que l'on ait tenté de le justifier en termes de propriété dans le grand arrêt Entick v. Carrington [...] le droit conféré par la common law de ne pas être soumis à des fouilles, à des perquisitions et à des saisies abusives, avait pour effet de protéger la vie privée des particuliers.[150]

Par conséquent, une interprétation de l'article 8 en fonction de son *objet* devrait se fonder sur le principe qui reconnaît le caractère désirable de protéger la vie privée et non pas, comme plusieurs juristes l'ont erronément cru, sur le principe qui affirme le caractère désirable de protéger la propriété[151]. Selon le juge, la protection du droit de propriété, n'était qu'un *moyen*, un «outil technique»[152], originellement conçu pour réaliser la *fin* que constituait la protection de la vie privée. Cette considération militait donc clairement en faveur du principe reconnu en droit américain et de l'abandon du principe provisoire. Elle indiquait que ce dernier était mal-fondé ou, à tout le moins, insuffisant pour rendre compte des raisons qui, à l'origine et dans l'histoire de la common law, justifiaient le droit à la protection contre les fouilles, les saisies et les perquisitions[153].

4. Conformément au processus comparé à une spirale, le juge Laforest revient à la première considération normative, le *texte* même[154]. Il cite le passage de *Hunter* selon lequel les mots de l'article 8, en eux-mêmes, sont neutres entre les deux principes concurrents. Ainsi, le texte ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance du principe qui reconnaît le droit à la vie privée. Par conséquent, à moins d'être confrontée à d'autres considérations la contraignant à reconnaître un autre principe, la Cour avait maintenant de bonnes raisons pour décider que le fondement de l'article 8 se trouvait dans le principe qui confère le droit à la vie privée.

5. Le juge Laforest analyse ensuite le poids d'une considération normative qui fait partie du contexte philosophique dans lequel la Charte s'insère, la morale politique[155]. Cette considération est constituée, notamment, des principes qui énoncent les raisons morales pour lesquelles *tel* intérêt particulier est digne d'une protection constitutionnelle. Il y a de bonnes raisons de croire que cette théorie de la morale politique constitue, pour le juge, une version, plus ou moins élaborée, de la démocratie libérale[156]. Ainsi, en se fondant sur les travaux de Alan F. Westin[157], il soutient que la notion de vie privée «est au coeur de celle de la liberté dans un État moderne»[158]. Elle est fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne et elle est «essentielle» à son bien-être[159]: «[n]e serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle»[160]. De plus, la protection de la vie privée des citoyens revêt une «importance capitale» sur le plan de l'ordre public car elle «touche à l'essence même de l'État démocratique»[161]. Cette considération constituait une raison importante qui militait en faveur du principe reconnu par la Cour suprême des États-Unis. De plus, elle appuyait la considération précédente. Non seulement la protection de la vie privée était-elle le but qui sous-tendait la protection en common law mais, en plus, il existait de bonnes raisons morales et politiques pour qu'il en soit ainsi.

6. Cette considération en amène une autre, «la nature et les objectifs plus larges de la Charte elle-même». Cette considération comporte deux aspects. D'une part, dans *Hunter*, la Cour énonce que la Charte, dont le but *formel* plus large est de garantir certains droits et libertés fondamentaux, vise à limiter l'action gouvernementale et non pas à autoriser le gouvernement à agir. Cette considération implique que l'interprétation des droits et libertés doit se conformer à cette idée de «limitation» des actes gouvernementaux (c'est-à-dire, à une version du constitutionnalisme). En l'espèce cela signifie spécifiquement que la notion d'«abusives», à la fin de l'article 8, doit être conçue comme *limitant* le pouvoir gouvernemental et non pas comme autorisant le gouvernement à faire des fouilles, perquisitions et saisies *non abusives*. D'autre part, dans les affaires sous étude, la nature et les objets *matériels* plus larges de la Charte sont implicitement reconnus, notamment par la signification que la Cour donne à la théorie de la morale politique. Ce lien implicite illustre l'interdépendance qui existe entre la signification des diverses considérations normatives (le sens de l'une modifiant et étant modifié par celui des autres). Dans l'affaire *R. c. Oakes*[162], rendue après *Hunter* (1985) et avant *Dyment* (1988), la Cour a déclaré que «l'objet même de l'enchâssement de la Charte dans la Constitution» était de faire de la société canadienne une société «libre et démocratique»[163]. Les tribunaux devaient donc être guidés par «des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique»[164]. Ces valeurs et principes

incluaient, entre autres, «le respect de la dignité inhérente de l'être humain» et «la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société»^[165]. Le principe qui exprime le droit à la protection de la vie privée favorise directement, d'une part, l'autonomie physique et morale et, conséquemment, la dignité humaine sur laquelle elle est fondée^[166] et, d'autre part, les institutions démocratiques. Ils n'y a donc pas d'incompatibilité entre les deux dernières considérations. Elles peuvent s'ajuster l'une avec l'autre d'une façon cohérente. Ensemble, elles forment des raisons importantes qui justifient l'abandon du principe provisoire et qui contraignent la Cour à décider que l'objet de l'article 8 est de matérialiser, concrétiser, actualiser ou réaliser, par le biais du droit, les exigences du principe qui confère à chacun le droit à la protection de sa vie privée.

Bien entendu, les deux dernières considérations, la morale politique et la nature et les objectifs plus larges de la Charte, lues ensemble, pourraient appuyer le principe provisoire. Cependant, il existe de bonnes raisons pour préférer la lecture proposée par la Cour suprême. D'une part, le principe conférant à chacun le droit à la vie privée incorpore le principe provisoire qui confère à chacun le droit de propriété. À tout le moins, il peut englober tous les cas et tous les droits concrets reliés à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives qu'engloberait le principe provisoire. D'autre part, il n'existe aucune bonne raison, à la lumière des considérations normatives jugées pertinentes, pour limiter la garantie offerte à l'article 8 aux cas et aux droits concrets qui découlent du droit à la protection de la propriété. Seul l'argument historique pourrait militer en faveur d'une telle interprétation mais, comme l'a affirmé le juge Laforest, cette interprétation reposait en fait sur une «confusion» entre les moyens et les fins.

7. En l'absence d'autres considérations militant en faveur du principe provisoire ou d'autres principes, nous pouvons supposer que le juge en chef dans *Hunter*, comme le juge Laforest dans *Dyment*, a conclu que l'ensemble des considérations normatives, correctement interprétées, militaient en faveur du principe conférant le droit de chacun à la protection de sa vie privée. S'ensuivait-il que le principe qui sous-tend l'article 8 confère, sans autre nuance, le droit à la vie privée? Pas nécessairement. Le juge en chef et, subséquemment le juge Laforest, devait compléter une révolution et revenir à la première considération, «les termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté». Le *texte* de l'article 8 énonce que la protection vaut à l'encontre des fouilles, perquisitions et saisies *abusives*. À cette étape ci du processus, contrairement aux étapes antérieures, le sens du mot «abusives» constitue une considération qui contribue à formuler le principe à son *niveau d'abstraction et de généralité approprié*^[167]. Le juge en chef doit déterminer si le principe jugé adéquat aux fins de l'article 8 de la Charte englobe toutes les restrictions au droit à la vie privée ou certaines d'entre elles uniquement. Selon lui, l'article 8 ne vise pas la protection de la vie privée en tant que telle mais seulement la protection d'une «attente *raisonnable (reasonable expectation)*»^[168]. Une atteinte «abusive» est une atteinte aux «attentes raisonnables» en matière de vie privée. Le principe doit donc être modifié. Il le reformule de cette façon: «chacun a le droit de s'attendre raisonnablement à la protection de sa vie privé»^[169]. Cette modification constitue un ajustement du niveau de généralité et d'abstraction du principe fondamental à la lumière de cette considération que constitue le mot «abusives» dans le texte.

8. En principe, le juge devrait compléter d'autres révolutions afin de vérifier si la nouvelle formulation du principe s'accorde avec les autres considérations normatives, incluant celles déjà analysées. En particulier, s'il y a de bonnes raisons de croire que l'article 8 est relié à d'autres dispositions, soit par une rubrique commune, soit par des concepts communs, soit par inférence à partir d'une série de précédents, soit autrement, le juge devrait proposer une formulation du principe au niveau d'abstraction et de généralité qui harmonise le mieux cet ensemble spécifique de considérations. C'est d'ailleurs le sens qu'il faut donner au passage suivant de l'opinion du juge Lamer pour la majorité de la Cour suprême dans *Dubois c. La Reine*^[170]:

Notre Charte constitutionnelle doit s'interpréter comme un système où «chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble au sens de chacun des éléments» (comme l'écrit P.A. Côté [...]). Les tribunaux doivent interpréter chaque article de la Charte en fonction des autres articles.[\[171\]](#)

Cette harmonisation peut d'ailleurs avoir pour effet, selon le cas, soit d'unir soit de clarifier ce qui distingue les articles de la Charte[\[172\]](#). En pratique, il est difficile de concevoir qu'une disposition particulière n'est pas connectée à d'autres établies dans la Constitution prise dans son ensemble. Pour des raisons qu'on ignore, dans *Hunter* et *Dymment*, la Cour n'a pas semblé croire que les autres dispositions de la Charte pouvaient jouer un rôle significatif dans l'interprétation de l'article 8.

Pour toutes ces raisons, je soumets que la conception interprétativiste convient adéquatement à la méthode téléologique telle qu'elle est opérée en pratique par la majorité des juges de la Cour suprême. Les juges ne procèdent pas comme si le but était une entité *objective* et *non controversée* dont ils auraient le pouvoir de *découvrir* ni comme s'il pouvait signifier n'importe quoi. Les juges qui prennent la méthode téléologique au sérieux font ce que décrit la conception interprétativiste. Ils font la navette entre diverses considérations de façon à les ajuster les unes aux autres pour former une unité, un tout cohérent, un équilibre réfléchi large, exprimant et exprimé par un ensemble de principes. Les principes choisis par les juges doivent être ceux qui, après réflexion, s'intègrent le mieux au texte, au droit dans son ensemble, aux théories d'arrière-plan qu'ils acceptent comme suffisamment fondées, théories du droit, de la politique, de la morale, de la religion, de la société, de l'histoire, de la psychologie, de la métaphysique, de la nature humaine, etc., et qui s'accordent le mieux avec les intuitions qu'ils jugent incontournables après les avoir testées en fonction des autres considérations normatives et des principes. Ainsi, dans ce processus d'ajustement produisant un rapport équilibré de convenance mutuelle, tous les éléments contribuent à *déterminer* la nature et le contenu des principes et à les formuler au niveau d'abstraction et de généralité approprié. Le processus de détermination du but n'est donc pas *libre*. Le juge ne peut pas *manipuler* le sens des considérations en fonction de ce qu'il veut qu'elles signifient. Il ne peut pas *choisir* les principes qui lui plaisent, à son gré ou à sa simple convenance. C'est un processus de *construction*. L'interprète, en un sens, peut être conçu comme participant à une *création*, mais à une «création sujette à des contraintes».

4. Une objection prévisible

On ne manquera certainement pas de soulever diverses objections à la conception interprétativiste. L'une d'elles est immédiatement prévisible. La négation d'une fondation absolue et la reconnaissance du caractère interne, subjectif et situé de l'interprétation téléologique tendrait à confirmer (plutôt qu'infirmier) la position sceptique: puisque le juge détermine toujours les considérations pertinentes, leurs significations et leurs poids relatifs dans le cadre de sa vision du monde, il demeure toujours *libre* de *choisir* le but en fonction de ses préférences ou valeurs personnelles.

Pour répondre à cette objection, il faut supposer un juge qui prend la méthode téléologique au sérieux et qu'il la conçoit dans le cadre du cohérentisme et du constructivisme. Or, dans ce contexte, il est difficile d'évaluer la valeur de l'objection. Car dès que l'on s'écarte du scepticisme, on voit mal ce que peuvent bien vouloir signifier des mots comme «libres de choisir», «préférences ou valeurs personnelles», etc. Que veut-on dire, par exemple, en insistant sur la *liberté* du juge qui s'engage à produire un équilibre

réfléchi large? Si, d'une part, on veut simplement affirmer l'*autonomie* ultime qui caractérise le juge, alors il faut être d'accord, mais au prix d'affirmer un truisme. Tous les individus possèdent pour eux-mêmes cette forme d'autonomie «ultime» (admettons même que ce soit une donnée de l'existence humaine). Cependant, ce n'est pas une raison pour inférer que les être humains, du fait qu'ils sont ultimement autonomes, ne peuvent pas se reconnaître liés par des considérations auxquelles ils attribuent un caractère normatif. On pourrait raisonnablement croire le contraire. De plus, une telle inférence révélerait une méconnaissance profonde de la pratique qui consiste, non seulement à interpréter la Constitution, mais à débattre des questions éthiques comme la nature et la portée des droits fondamentaux [173]. Ces pratiques, lorsqu'on les envisage du point de vue *interne*, c'est-à-dire du point de vue des participants, révèlent que nous nous reconnaissons liés par un ensemble de normes qui structurent nos raisonnements et contraignent nos jugements de valeur [174]. Par exemple, nous reconnaissons le caractère normatif des règles linguistiques qui, selon nous, ne sont pas controversées, les thèses qui, selon nous, sont généralement admises en droit, en morale, en science, en philosophie, etc. [175]. Il est vrai qu'ultimement et philosophiquement on peut supposer qu'un participant demeure «libre» de manipuler ou d'ignorer ces éléments. Mais cela ne saurait prouver que les juges sont incapables de reconnaître le caractère normatif de certaines considérations et d'*objectiver* certaines contraintes.

Si, d'autre part, on veut signifier par la «liberté» des juges à l'égard des diverses considérations un peu ce que voulait dire Humpty Dumpty qui affirmait que les mots signifient ce qu'il veut qu'ils signifient, ni plus ni moins, car la question est de savoir qui est le maître [176], alors il faut être en désaccord. La conception interprétativiste de la méthode téléologique postule exactement le contraire. Elle est conçue pour empêcher les juges de se prendre pour Humpty Dumpty et d'imposer leurs propres préférences et conceptions du bien. Bien sûr que, dans un certain sens, la décision que rend un juge est toujours celle qu'il préfère et que son interprétation est celle qui correspond le mieux à sa compréhension du monde incluant ses préférences personnelles. Mais il ne s'ensuit pas que cette décision serait celle qu'il prendrait et que cette interprétation serait celle qu'il retiendrait s'il n'agissait pas comme un juge qui prend la méthode téléologique au sérieux. En fait, cette interprétation de la notion de «liberté», dans le contexte de l'objection, est liée à l'ambiguïté qui entoure la notion de *choix*. Selon la conception sceptique, la notion de «choix» décrit le pouvoir purement discrétionnaire du juge qui, entre toutes les interprétations possibles, *choisit* celle qu'il préfère. Cependant, selon la conception interprétativiste, un tel «choix» n'existe pas. Cette notion, si elle demeure utile, décrit uniquement l'acte décisionnel formel qui, après réflexion, repose sur la *conviction* que *tels* principes conviennent mieux à l'équilibre réfléchi large que tous les principes concurrents. En ce sens, le «choix» du juge doit porter sur les principes qui harmonisent le mieux l'ensemble des «convictions bien pesées», les théories et méta-théories d'arrière-plan les plus solides, et ses intuitions les plus inébranlables. Paradoxalement, nous pourrions dire que le juge n'a *pas* le «choix»: il *doit* «choisir» ces principes-là. Pourrait-on imaginer qu'un juge qui prend la méthode téléologique au sérieux puisse, par exemple, *librement choisir* que les principes, dont il a la *conviction* qu'ils conviennent mieux à l'équilibre réfléchi large que tous les principes concurrents, ne sont pas ceux qu'il a le devoir de reconnaître [177]?

Il s'ensuit que même si les principes et le sens des textes ne peuvent pas être identifiés objectivement, conformément aux postulats fondationnalistes de la philosophie occidentale, les juges ne sont pas pour autant laissés à eux-mêmes, à leurs propres préférences, à leur propre humeur ou à leur gré en faisant un «choix» créateur purement subjectif. Au contraire, la décision est contrainte. Elle l'est même tellement que tout en résultant d'un processus complexe d'évaluation et d'interprétation, elle pourrait, en un sens, être qualifiée de «déterminée». Car, pour les juges qui ont le devoir de décider, les principes représentent ce que les philosophes du droit appellent la «seule réponse correcte» à la question «quel est le but de la disposition constitutionnelle X» [178]?

Il est fort probable que plusieurs juges, dans les faits, si on le leur demandait, résisteraient à une explication cohérentiste, holistique, anti-fondationnaliste et constructiviste de la méthode téléologique. Mais là n'est pas la question. La conception interprétativiste de la méthode téléologique est elle-même une interprétation du processus d'interprétation tel qu'il est formulé et tel qu'il s'effectue dans la pratique judiciaire. Elle est donc compatible avec la croyance de certains juges qui soutiennent avoir trouvé le «vrai» principe, le principe tel qu'il est dans le monde objectif, etc. De ce point de vue, la seule question pertinente est de savoir si la conception proposée dans cette section rend compte d'une façon plus adéquate de la méthode téléologique, telle que formulée et telle qu'elle est opérée dans la pratique, que les deux conceptions rivales.

III. LE PROCESSUS D'APPLICATION DES PRINCIPES

J'aborde maintenant l'analyse de la seconde étape de la méthode téléologique qu'on pourrait qualifier de processus d'interprétation «proprement dit», du fait qu'elle vise précisément l'interprétation des droits et libertés garantis en fonction de leur objet^[179], de processus de *définition* des droits et libertés, ou de processus d'*application* des principes déterminés conformément aux postulats méthodologiques exposés à la partie II.

L'interprétation téléologique des droits et libertés consiste à déterminer leur sens, c'est-à-dire à les «définir» en des termes qui permettent aux juges de matérialiser, concrétiser, actualiser ou réaliser du mieux possible les principes qui les justifient. À cette fin, les juges ont le devoir de reconnaître les principes qui sous-tendent les dispositions constitutionnelles comme étant le *fondement*, non seulement de ces dernières, mais de l'interprétation proprement dite. Les principes doivent constituer le point de départ logique du processus d'interprétation. Ils doivent représenter le système d'idées abstraites et générales duquel doit être *déduit* le sens même des droits et libertés, c'est-à-dire, leur *substance*^[180]. La définition doit être formulée en des termes qui autorisent la protection de *tous* les intérêts concrets et spécifiques qui dérivent *matériellement* des intérêts visés par les principes fondamentaux. Pratiquement, cette «définition» doit être telle que la «portée» des dispositions constitutionnelles devrait comprendre *tous* les droits concrets et spécifiques qui découlent *matériellement* du droit moral exprimé par les principes même si cela devait impliquer la constitutionnalisation de «droits» concrets notoirement impopulaires ou dont le caractère fondamental peut apparaître douteux et controversé^[181]. Il s'ensuit qu'une interprétation donnée d'une disposition constitutionnelle doit être jugée valide ou invalide selon qu'elle est ou pas une *application* concrète (une matérialisation, une actualisation) du *principe* abstrait qui sous-tend le droit ou la liberté en cause^[182].

Il ne faudrait pas croire que le processus d'application des principes constitue une déduction formelle non controversée à partir de prémisses reconnues comme valides. La déduction est régie par ce qu'on peut qualifier de logique *matérielle*^[183]. Elle requiert une *évaluation* et une *comparaison* de toutes les interprétations matérielles concrètes et concurrentes possibles du principe visant tels ou tels droits concrets en fonction du principe abstrait dont la signification a été (et continue à être) déterminée conformément aux postulats *interprétativistes*^[184]. Le processus d'évaluation et de comparaison des interprétations concrètes en fonction du principe abstrait s'inscrit, lui aussi, dans le cadre des théories de la «cohérence constructiviste»^[185]. Il est guidé par des raisons de convenance, de congruence et de cohérence entre les valeurs exprimées par le principe abstrait et le contenu des droits concrets proposés par les diverses interprétations concurrentes. L'interprétation concrète «correcte», en bout d'analyse, est celle qui convient autant, sinon mieux, au contenu du principe abstrait compris à la lumière de toutes les considérations normatives qui expliquent et justifient l'intérêt protégé que toutes les interprétations concurrentes. Elle est celle qui permet de matérialiser, réaliser ou concrétiser autant, sinon mieux, le

principe abstrait, que toutes les interprétations concurrentes. Le processus est rationnel mais exige, nécessairement, un ensemble de jugements de valeur qui peuvent, en pratique, être controversés.

Cette conception du processus d'interprétation implique plusieurs choses. Deux aspects retiendront notre attention. D'abord, je soutiendrai que le processus d'interprétation repose sur des arguments «de principe» entendus dans un sens fort. Ensuite, je montrerai que l'interprétation téléologique entraîne *nécessairement* une interprétation généreuse, large et libérale, d'une part, et une interprétation évolutive, d'autre part.

A. Une question de principe

Il existe au moins deux façons de concevoir une décision fondée sur des arguments «de principe». Une décision est fondée sur des arguments «de principe» entendus dans un sens faible si elle se caractérise uniquement par le fait qu'elle est motivée par un ou plusieurs principes ou que le décideur en a tenu compte dans le processus décisionnel. La décision peut résulter d'un processus de raisonnement substantif complexe et la délibération peut entraîner l'évaluation d'un ensemble de considérations concurrentes pertinentes dont aucune ne possède *a priori*, en tant que telle, de statut privilégié ou de poids prépondérant. Par contre, dans un sens fort, une décision fondée sur des arguments «de principe» se caractérise par le fait que le décideur fait de l'autorité et de l'application d'une considération donnée une *question de principe* [186].

On peut reconnaître une décision qui fait d'une considération donnée une question de principe à trois conditions. *Premièrement*, la considération avancée par l'argument sur lequel se fonde la décision constitue, énonce, produit ou représente, pour celui qui en reconnaît l'autorité, quelque chose de désirable et cette valeur a prépondérance dans la hiérarchie des valeurs du système normatif reconnu comme pertinent. *Deuxièmement*, la personne qui fait de l'autorité et de l'application d'une considération une question de principe est disposée à agir conformément à ce qu'elle indique *indépendamment* des considérations qui militent en faveur d'autres actions et *indépendamment* des conséquences indésirables qui pourraient s'ensuivre. Lorsqu'une «question de principe» est en jeu, la considération contrôle et doit contrôler la décision. Elle ne peut être écartée que pour des considérations exceptionnelles dont l'autorité et l'application constituent aussi des *questions de principe* et qui, pour diverses raisons, ont prépondérance. *Troisièmement*, la personne qui fait d'une considération donnée une «question de principe» doit être disposée à l'appliquer d'une façon conséquente et cohérente à tous les cas qui correspondent à ses conditions d'application. En ce sens, la considération doit avoir une portée *universelle* et les cas d'espèce doivent être conçus comme des exemples tombant dans une catégorie plus large de cas visés [187].

La méthode d'interprétation téléologique postule que les juges doivent faire de l'autorité et de l'application du *principe* qui sous-tend le droit garanti une *question de principe*. Premièrement, le principe fait la promotion de valeurs reconnues comme ayant prépondérance dans la hiérarchie des valeurs du système normatif pertinent en indiquant les intérêts dont l'importance est telle qu'elle justifie la constitutionnalisation de certains droits et libertés. Deuxièmement, la *définition* du droit constitutionnel doit découler et être contrôlée par le principe qui le justifie, indépendamment des considérations qui militent en faveur d'autres définitions et indépendamment des conséquences (politiques, économiques) autrement indésirables qu'elle entraîne. Les seules considérations qui peuvent limiter l'application du principe doivent aussi se fonder sur des principes, supérieurs dans la hiérarchie des valeurs, qui énoncent les raisons pour lesquelles le principe devrait être écarté. Troisièmement, le principe a

une portée *universelle*: il doit être appliqué d'une façon conséquente et cohérente à tous les cas qui correspondent à ses conditions d'application et au bénéfice de tous ceux qui tombent dans la catégorie de ceux qu'il embrasse[188].

Cet aspect du processus d'interprétation téléologique est fondamental. Les juges ne sont en aucun temps autorisés à faire des *compromis* à l'égard des principes qui sous-tendent les droits et libertés enchâssés. Ils ne doivent en aucun cas refuser de reconnaître dans une disposition constitutionnelle donnée les *droits* spécifiques et concrets qui découlent matériellement des principes qui la sous-tendent.

B. L'approche généreuse et l'approche évolutive

Les constitutionnalistes canadiens croient, en général, que la Cour suprême du Canada a, pour interpréter les dispositions de la Charte, formulé et établi trois approches conceptuellement et pratiquement *distinctes* qui tantôt se complètent tantôt se contredisent[189]: l'interprétation téléologique[190], l'interprétation généreuse, large et libérale[191] et l'interprétation évolutive[192]. Dans cette section, je soutiens qu'il est erroné de croire qu'il s'agit là de trois approches distinctes. Les notions de «téléologique», «généreuse» (large et libérale) et «évolutive» renvoient, en fait, à trois aspects d'une seule et même approche que j'associerai à la méthode *téléologique*, telle que conçue dans cet article. Je discuterai d'abord du lien entre l'approche téléologique et l'approche généreuse pour ensuite aborder le lien entre la première et l'approche évolutive.

1. L'interprétation généreuse, large et libérale

Très tôt dans l'histoire de la Charte, le juge en chef Dickson a affirmé que les «approches» généreuse et téléologique sont étroitement reliées. Par exemple, dans l'affaire *Hunter c. Southam Inc.*[193], après avoir insisté sur le caractère évolutif d'une constitution et cité un extrait de la décision rendue par le vicomte Sankey dans l'arrêt *Edwards v. A. G. for Canada*[194] et celle rendue par Lord Wilberforce dans l'arrêt *Minister of Home Affairs v. Fisher*[195] où il est question d'interprétation évolutive, téléologique et généreuse, le juge en chef affirme que l'interprétation constitutionnelle requiert une «*broad, purposive analysis [...] in the light of [the constitutional document's] larger objects*»[196]. De même, dans *Big M*[197], après avoir rappelé que l'approche doit être fondée sur le but de la Charte et de la disposition à interpréter et énoncé un certain nombre de facteurs dont il faut tenir compte à cette fin, il ajoute ce qui suit:

l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte.[198]

Pour ceux qui croient que l'interprétation téléologique est distincte de l'interprétation généreuse, ces passages semblent inintelligibles. Par exemple, Michel Le Bel a affirmé que:

la méthode proposée dans Big M [...] n'en est pas une, puisqu'elle contient des principes quelques

peu antinomiques; *d'une part, la Cour statue que «l'interprétation doit être libérale» mais ajoute: «en même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte»*.^[199]

Peter Hogg soutient, d'une part, que l'interprétation généreuse, large et libérale des droits et libertés garantis «*is the course of judicial activism*»^[200]. Elle implique que la portée des droits garantis doit être la plus large possible même si elle inclut des comportements «*that [are] not really worthy of constitutional protection*»^[201]. D'autre part, il soutient que l'approche téléologique a pour objet et généralement pour effet de restreindre la portée des droits constitutionnels^[202]. Ainsi, même si la Cour semble présupposer que l'approche téléologique et l'approche généreuse «*are one and the same thing*»^[203], ce qui est correct dans certains cas^[204], «*[i]n the case of most rights, however, the widest possible reading of the right, which is the most generous interpretation, will "overshoot" the purpose of the right, by including behaviour that is outside the purpose and unworthy of constitutional protection*»^[205]. Hogg soutient donc que la «générosité» devrait être *subordonnée* au but^[206]: «*if the goal of generosity is set free from the limiting framework of purpose, the results of a generous interpretation will normally be inconsistent with the purposive approach*»^[207]. Pour l'auteur, cependant, «*the purposive approach [...] will gradually supplant the generous approach*»^[208].

Les jugements qui précèdent reposent sur un profond malentendu dont la cause, à mon avis, réside dans le défaut généralisé de reconnaître le rôle fondamental que jouent les *principes* dans le processus d'interprétation. Concevoir l'interprétation téléologique en terme de *principe* permet de voir qu'elle implique nécessairement une interprétation large et libérale, par opposition à une interprétation «formaliste» et à ce que le Comité judiciaire du Conseil Privé a comparé à l'«*austerity of tabulated legalism*»^[209]. Le processus d'interprétation téléologique consiste, comme nous l'avons vu, à matérialiser, actualiser et concrétiser le principe qui sous-tend la disposition à interpréter. Il s'ensuit, d'une part, que les tribunaux ont le devoir d'interpréter cette dernière de façon à ce que son *sens* (la «définition») puisse inclure et viser concrètement *tous* les cas et bénéficier à *toutes* les personnes qui tombent sous l'autorité du principe. Les tribunaux ont donc le devoir de définir la disposition constitutionnelle pertinente en des termes qui embrassent ou permettent d'embrasser *tous* les droits spécifiques et concrets qui découlent matériellement du principe abstrait et du droit moral qu'il confère. L'interprétation doit donc être *généreuse*. Elle doit même l'être lorsque la matérialisation du principe, poussée jusqu'aux limites naturelles de son autorité, entraîne la constitutionnalisation de droits concrets controversés ou impopulaires. C'est en ce sens qu'il faut entendre les propositions du juge en chef selon lesquelles l'interprétation doit être «libérale [...] et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte»^[210]. Elle doit être large et libérale parce que le processus d'interprétation vise justement la réalisation, matérialisation ou actualisation des principes qui sous-tendent les dispositions constitutionnelles. C'est à ce prix seulement, par opposition au «légalisme tabulaire» ou autre formalisme, que les citoyens peuvent bénéficier pleinement de la protection offerte par la Charte.

D'autre part, il s'ensuit aussi que les tribunaux ne peuvent pas reconnaître dans une disposition donnée des droits concrets qui vont au-delà de ce qui est requis par le principe abstrait qui la sous-tend. Ils ne peuvent, sous le couvert d'une interprétation large et libérale, constitutionnaliser un droit concret, même très populaire, que le principe ne saurait justifier. C'est pourquoi le juge en chef écrit qu'«il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question»^[211]. Les limites naturelles des principes qui sous-tendent les dispositions constitutionnelles fixent les limites de leur portée.

La conception de la méthode d'interprétation proposée par la Cour suprême tranche radicalement avec l'opinion dominante selon laquelle l'approche téléologique est distincte de l'approche généreuse. Elle permet en outre de mettre en lumière une conséquence inacceptable de cette opinion. Selon cette dernière, l'approche généreuse, large et libérale pourrait se concevoir, s'appliquer et se justifier *indépendamment* de la méthode téléologique, c'est-à-dire du processus qui consiste à matérialiser les principes qui sous-tendent les dispositions constitutionnelles[212]. Ainsi, les juges pourraient (parfois) être autorisés à reconnaître dans une disposition constitutionnelle des *droits* concrets qui ne dériveraient pas de son but, c'est-à-dire des principes qui la justifient. Mais quel serait alors le fondement de tels droits concrets? On pourrait vouloir les justifier sur la base de deux considérations: 1- les mots utilisés dans une disposition pour énoncer les droits garantis peuvent recevoir un sens plus large que le sens qui découlerait matériellement des principes qui la sous-tend et 2- l'interprétation la plus généreuse des droits est désirable car elle entraîne une protection plus favorable aux bénéficiaires. Bien que cette thèse n'ait pas été, à ma connaissance, expressément défendue, elle semble sous-tendre certaines conceptions de l'interprétation constitutionnelle. Par exemple, pour Henri Brun et Guy Tremblay, l'interprétation libérale est un principe commun à toutes les Chartes (indépendamment du principe d'interprétation téléologique) et vise «à assurer que les citoyens bénéficient pleinement» de la protection qu'elles accordent[213]. Ce principe ne fait «en réalité qu'insister sur la mission des droits de la personne»[214]. Les auteurs ajoutent que ce principe

se comprend et se défend au stade de la définition intrinsèque des droits. Il s'agit, en réalité, de faire alors en sorte que les droits de la personne, valeurs fondamentales et parfois même vitales pour l'être humain, puissent être aussi disponibles que possible. Ou encore, pour s'exprimer par la négative, que la protection découlant de ces droits ne puisse pas être refusée pour des raisons abstraites tenant à la linguistique ou à la technique judiciaire.[215]

Aussi séduisante qu'elle puisse apparaître, cette thèse est inacceptable. D'une part, une décision judiciaire, fondée uniquement sur la règle d'interprétation généreuse, donnerait à un mot son sens le plus large, *indépendamment* des raisons *substantives* (les principes) qui pourraient autrement justifier et encadrer la protection constitutionnelle de certains droits concrets. Une telle décision pourrait raisonnablement être considérée comme une nouvelle version du *formalisme* en droit fondée, ironiquement, sur des «raisons abstraites tenant à la linguistique (le sens le plus large des mots)». D'autre part, une décision judiciaire fondée uniquement sur une approche libérale, conçue indépendamment des principes qui expliquent et justifient les dispositions constitutionnelles, pourrait produire des «définitions» de droits qui viseraient et protégeraient, absurdement, la totalité de l'activité humaine[216]. Pour ces raisons, la thèse selon laquelle l'approche généreuse est conceptuellement et pratiquement distincte de l'approche téléologique est moralement inacceptable. Comme elle pourrait produire des résultats injustifiés et, conséquemment illégitimes, elle devrait être rejetée.

Illustrons le lien entre l'interprétation téléologique et l'interprétation généreuse, large et libérale. J'utiliserai l'opinion du juge Wilson dans l'affaire *Morgentaler c. La Reine*[217] puisque, en décidant que le droit à la *liberté* garanti à l'article 7 de la Charte inclut le droit des femmes à l'avortement, elle est souvent comprise comme une application formelle de la méthode d'interprétation large et libérale[218]. À mon avis, le juge Wilson a appliqué la méthode téléologique[219]. Premièrement, elle a déterminé les principes abstraits qui sous-tendent le droit à la liberté garanti à l'article 7 de la Charte conformément aux postulats *interprétativistes*. Selon elle, la théorie morale à la base de la Charte[220], dont les principes fondamentaux relient le droit à la liberté à la notion de dignité humaine, postule que l'État doit respecter, dans toute la mesure du possible, les choix que chacun pose ou veut poser pour réaliser sa propre conception du bien[221]. Cela implique, au minimum, «le droit de prendre des décisions personnelles

fondamentales sans l'intervention de l'État»[222]. Ce droit «moral» présuppose l'existence d'un intérêt digne d'une protection constitutionnelle. Deuxièmement, le juge Wilson a matérialisé les principes généraux et abstraits en en déduisant la substance, ou la signification plus concrète, pour enfin conclure que «le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée»[223]. Troisièmement, le juge Wilson s'est demandée si cette «définition» l'autorisait à reconnaître à l'article 7 le droit concret revendiqué en l'espèce et conclut qu'il n'y a pas de doute que la décision d'une femme de mettre un terme à sa grossesse relève de la catégorie des actes qui tombent sous l'autorité du droit à la liberté tel que compris à la lumière des principes qui l'expliquent et le justifient[224].

En admettant la validité des principes qui, selon le juge Wilson, expliquaient et justifiaient le mieux le droit à la liberté[225], la décision selon laquelle le droit concret à l'avortement est garanti à l'article 7 de la Charte est légitime. Ce droit peut raisonnablement s'inférer de la définition du droit à la liberté qui constitue une matérialisation des principes abstraits. La conclusion du juge Wilson ne résultait donc pas d'un processus formel et «mécanique» d'une règle autonome prescrivant l'interprétation «large et libérale» de l'article 7. Le caractère généreux de l'interprétation découlait uniquement du fait que le juge Wilson était disposée, conformément à la méthode téléologique, à reconnaître à l'article 7 tous les droits concrets, même les plus impopulaires et les plus controversés, qui tombaient matériellement dans les limites de l'autorité des principes qui sous-tendaient le droit à la liberté. Par le fait même, le juge Wilson n'a pas soutenu que les tribunaux étaient légitimement autorisés à aller au-delà des limites naturelles des principes. Ceux qui soutiennent que le juge Wilson a étendu la disposition à des cas qu'elle ne pouvait pas constitutionnellement viser, insinuant qu'elle a *créé* d'office un *nouveau* droit, devraient plutôt être compris comme exprimant leur désaccord sur la nature des principes fondamentaux qui sous-tendent l'article 7.

Les règles méthodologiques qui guident l'interprétation téléologique pourraient ne pas conduire à l'opinion du juge Wilson. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code Criminel (Man.)*[226], le juge Lamer a énoncé certaines considérations qui, selon lui, devaient guider les tribunaux dans la définition du droit à la liberté à l'article 7. Ses propositions ne sont pas conçues comme définitives ou exhaustives[227]. Néanmoins, elles sont conçues pour cerner les principes abstraits sur lesquels se fondent le droit garanti. Pour diverses raisons dont il n'est pas nécessaire de s'attarder ici[228], le juge Lamer soutient que les intérêts protégés par l'article 7 «sont ceux qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire»[229]. L'article 7 est fondé sur des principes qui reconnaissent l'importance de protéger les individus contre l'État «lorsqu'il recourt au pouvoir judiciaire pour restreindre la liberté physique d'une personne, par l'imposition d'une peine ou par la détention, lorsqu'il restreint la sécurité d'une personne ou lorsqu'il restreint d'autres libertés en employant un mode de sanction et de peine qui relève traditionnellement du domaine judiciaire»[230].

On pourrait croire que ces principes, différents de ceux déterminés par le juge Wilson, résultent d'une interprétation *restrictive* du droit à la liberté puisque leur matérialisation n'entraînerait pas, par exemple, une reconnaissance du droit à l'avortement ou à l'exercice de la profession de son choix[231]. Cependant, cette croyance est fautive. Pour le juge Lamer, l'interprétation de l'article 7 en fonction des principes qu'il a formulés doit aussi être généreuse. Puisque ces principes justifient la protection constitutionnelle de certains intérêts, les tribunaux doivent les matérialiser: ils doivent les appliquer à *tous* les cas qui tombent sous leur autorité, en reconnaissant et en conférant juridiquement *tous* les droits concrets qui en découlent au bénéfice de *tous* ceux dont l'intérêt en question est digne d'une protection constitutionnelle[232].

Saisir le lien entre l'approche généreuse et l'approche téléologique montre clairement que la portée large

ou étroite des garanties constitutionnelles dépend de la nature des principes qui les sous-tendent. Ainsi, un principe étroit entraîne, logiquement, une interprétation que d'aucuns qualifieront d'étroite. Cependant, l'interprétation de la garantie demeure généreuse, large et libérale car le principe sur lequel elle repose est et doit être matérialisé, réalisé ou concrétisé pleinement[233].

2. L'interprétation évolutive et flexible

Pour plusieurs juristes canadiens, l'approche téléologique est distincte de l'approche évolutive. Ils ont même des raisons de croire que les deux approches sont, dans une certaine mesure, incompatibles: alors que l'interprétation *téléologique* postule que le sens et la portée d'un droit garanti doivent être établis en fonction de son but, l'interprétation *évolutive* autoriserait les tribunaux à déroger au but afin d'«adapter» la Charte aux valeurs contemporaines, sans passer par le processus formel d'amendement constitutionnel, et à modifier le sens et la portée des droits même si cela implique la constitutionnalisation de «nouveaux» droits[234].

Je sou mets que de tels jugements reposent aussi sur un malentendu. Si le processus d'interprétation téléologique consiste à *définir* une disposition constitutionnelle en des termes qui puissent inclure tous les droits concrets nécessaires à la matérialisation et à la concrétisation du principe qui la sous-tend, alors l'interprétation doit nécessairement être flexible et évolutive, animée par un sens de l'avenir, par opposition à une interprétation «étroite et formaliste»[235]. Le caractère évolutif de l'interprétation constitutionnelle constitue donc une conséquence incontournable de la méthode téléologique.

Pour bien saisir la portée de ces assertions, il faut distinguer entre trois formes d'interprétation évolutive. Premièrement, le *sens* et la *portée* des droits et libertés concrets existants peuvent *évoluer* de façon à tenir compte des changements technologiques, sociaux ou autres *faits* qui n'existaient pas au moment de l'enchâssement de la Charte ou de son interprétation concrète[236]. Sous cet angle, l'interprétation évolutive peut être conçue comme une simple application ou adaptation de droits concrets *existants* à de nouveaux faits[237] fondée sur le devoir de matérialiser les principes qui les sous-tendent. Il devrait être généralement admis, dans ces circonstances, qu'il n'y a pas de conflit entre l'interprétation téléologique et le caractère évolutif de l'application des dispositions constitutionnelles.

Deuxièmement, l'interprétation téléologique peut exiger des tribunaux, de temps à autres, la reconnaissance de *nouveaux* droits concrets, indépendamment de la question de savoir si les faits auxquels ils s'appliquent existaient en 1982. Plusieurs juristes pourraient concevoir de telles décisions judiciaires comme des *créations* judiciaires *ad hoc* de nouveaux droits concrets[238]. Pourtant, dans la mesure où la décision de reconnaître ces droits est fondée sur le fait que ces derniers découlent matériellement des principes qui sous-tendent la disposition constitutionnelle où ils sont inclus, le caractère évolutif de l'interprétation devrait être conçu comme étant requis par la méthode d'interprétation téléologique[239]. Puisqu'il est impossible de prévoir d'avance tous les cas qui tombent dans les limites naturelles de l'autorité des principes, les tribunaux doivent nécessairement les reconnaître en procédant cas par cas. Supposons, par exemple, que le droit concret de s'engager dans certaines pratiques homosexuelles n'ait jamais été reconnu comme découlant du droit à la liberté garanti à l'article 7 de la Charte et que, par hypothèse, aujourd'hui, la Cour suprême du Canada venait de le décider. On pourrait croire que la décision constitue un cas où la Cour a créé un nouveau droit, indépendamment du but, modifiant le sens et la portée du droit à la liberté de façon à «adapter» la Constitution aux valeurs contemporaines, sans passer par la procédure d'amendement constitutionnel. Pourtant, l'approche téléologique pourrait précisément entraîner cette conclusion. Supposons que la Cour suprême du Canada

se soit ralliée à l'opinion du juge Wilson rendue dans l'affaire *Morgentaler c. La Reine*[240]. Ainsi, au moment de se prononcer sur la question de l'homosexualité, le droit à la liberté incluait au moins le droit concret des individus à la liberté physique et le droit des femmes à l'avortement. Mais ces droits ne «gelaient» pas le sens ou la portée du droit à la liberté. Ils ne constituaient que des cas concrets (des exemples) où les principes abstraits qui sous-tendent l'article 7 ont été matérialisés par la Cour. Cette dernière était donc tenue de remonter à ces principes et de se demander si le droit non reconnu de s'engager dans certaines pratiques homosexuelles en découle matériellement[241]. Puisque, par hypothèse, les principes confèrent à chaque individu le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État et que cela implique «une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne»[242], la Cour devait se demander s'il y avait de bonnes raisons de croire que certaines pratiques sexuelles relèvent des «décisions personnelles fondamentales». À cet égard, la Cour ne devait pas considérer comme déterminant le fait que les décisions antérieures ne l'avaient jamais expressément affirmé ni le fait que le droit revendiqué est controversé ou impopulaire. Elle devait faire de l'application des principes une *question de principe*. Par conséquent, une réponse affirmative à la question entraînait la reconnaissance d'un droit concret de s'engager dans certaines pratiques homosexuelles à l'article 7 et, conséquemment, une *évolution*, sinon du sens, au moins de la *portée* spécifique de la garantie constitutionnelle.

La troisième forme d'interprétation évolutive est, sans doute, la plus controversée. Elle tient au caractère même de la méthode téléologique et aux conditions de compréhension des diverses considérations qui guident la détermination des principes. Ce caractère et ces conditions postulent que le processus de détermination des principes est contraint et structuré par la situation historique, culturelle et linguistique du juge qui procède à l'interprétation. Par conséquent, le sens et le poids des diverses considérations normatives est susceptible de varier à la fois dans le temps et dans l'espace. J'ai abordé la signification de cette assertion plus en détails à la Partie II et je n'entends pas reprendre l'analyse ici. Il est suffisant de rappeler que la compréhension de la nature et du contenu des principes (ce qu'ils sont, ce qu'ils impliquent) peuvent ainsi changer dans le temps et dans l'espace, d'un juge à l'autre. Une interprétation téléologique d'une disposition donnée peut donc être «évolutive» car la compréhension du *but* même d'une disposition constitutionnelle (voire même de la Charte), de ses *principes*, de la *définition* du droit garanti et, conséquemment, de la nature et de la portée des *droits concrets* reconnus est susceptible d'évoluer.

On pourrait soutenir que cet aspect de l'interprétation évolutive est illégitime et que les juges devraient toujours, au nom de l'approche téléologique, refuser de modifier le *but* des dispositions sur la base de la compréhension ponctuelle, personnelle et subjective qu'ils en ont. Cet argument n'est pas valide. D'une part, il repose sur des postulats incompatibles avec ceux qui sous-tendent la conception interprétativiste. Selon cette dernière, un juge ne peut pas comprendre le sens des principes en s'abstrayant de sa propre situation historique. Par conséquent, les principes n'apparaissent jamais tels qu'ils sont «en eux-mêmes»; des principes dont le sens serait immédiatement intelligible et dont les propriétés essentielles seraient solides comme du roc. La nature même de la compréhension des choses semble impliquer que le sens des principes doit se comparer à un organisme. Ainsi, la possibilité de voir le but des dispositions constitutionnelles se modifier constitue un aspect inexorable de l'interprétation constitutionnelle.

D'autre part, un juge qui refuserait de modifier le sens et la portée d'une disposition constitutionnelle alors que la compréhension qu'il en a l'inciterait à reconnaître d'autres principes que ceux qui semblent généralement admis, ne se conformerait pas aux prescriptions de la méthode téléologique. Selon cette méthode, le sens et la portée des garanties constitutionnelles doivent être déterminés en fonction des intérêts qu'elles visent à protéger. Il s'ensuit que si un juge est convaincu que le but d'une disposition est de protéger l'intérêt *X* et non pas l'intérêt *Y*, il a le devoir de matérialiser le principe qui valorise

l'intérêt *X* et non pas celui qui valorise l'intérêt *Y*. La méthode téléologique ne saurait justifier la proposition que le juge a néanmoins le devoir de respecter l'intérêt *Y* sur la base du fait que la Cour suprême a déjà décidé que c'était là le but de la disposition. Car un juge qui a la conviction que le but d'une disposition est de protéger l'intérêt *X* doit aussi avoir la conviction que la Cour suprême s'est «trompée» en décidant que l'intérêt protégé était *Y*. Ainsi, un juge qui déciderait, malgré sa conviction, de matérialiser la protection de l'intérêt *Y* plutôt que *X* n'agirait pas conformément à la méthode téléologique. Sa décision pourrait peut-être se justifier sur la base d'autres considérations, normes ou doctrines constitutionnelles, comme la sécurité juridique, la certitude, le maintien du *stare decisis*, la justice, l'ordre public, la légitimité du pouvoir judiciaire, etc. Mais, pour sa part, la méthode téléologique ne prescrit rien de tel.

Par conséquent, loin d'être distinctes et parfois incompatibles, ce qu'on appelle l'interprétation *téléologique*, l'interprétation *généreuse* et l'interprétation *évolutive* représentent pratiquement trois aspects d'une seule et même approche interprétative qui consiste à matérialiser et concrétiser les principes abstraits qui justifient la protection constitutionnelle de certains intérêts jugés fondamentaux. La métaphore énoncée par le vicomte Sankey dans l'arrêt *Edwards v. A. G. for Canada*^[243] selon laquelle la Constitution a planté «*a living tree capable of growth and expansion within its natural limits*»^[244] résume adéquatement les assertions qui précèdent. Même si pour plusieurs constitutionnalistes canadiens la métaphore semble illustrer uniquement ou principalement la proposition selon laquelle la Constitution doit être interprétée d'une façon *évolutive*^[245], elle est beaucoup plus pénétrante. S'il est vrai qu'une interprétation téléologique entraîne une interprétation *large et libérale* et une interprétation *évolutive* afin que *tous* les droits concrets qui découlent matériellement des principes soient reconnus à la Charte au bénéfice de tous ceux qu'ils visent et dans tous les cas qui entrent dans les limites naturelles de leur autorité, alors le sens et la portée, c'est-à-dire la *définition*, des droits et libertés garantis *croîtront* comme un «arbre» croît à partir de ses «racines». En même temps, pas plus qu'un «arbre» ne peut physiquement se développer au-delà de ses limites naturelles, une interprétation téléologique, telle qu'on l'a explicité plus haut, ne peut légitimement aller au-delà des «limites naturelles» des principes qui sous-tendent les dispositions constitutionnelles.

CONCLUSION

L'objectif de ce texte était de clarifier la nature de la méthode d'interprétation téléologique des droits et libertés garantis par la Charte. J'ai soutenu qu'elle entraîne une forme de raisonnement dont l'objet est d'abord de déterminer les principes qui sous-tendent les droits et libertés garantis conformément aux postulats méthodologiques d'une théorie *interprétativiste* (cohérentiste et constructiviste) et, ensuite, de matérialiser, concrétiser ou actualiser ces principes en reconnaissant tous les droits concrets qui découlent matériellement de l'intérêt qu'ils visent à protéger. Cette conception a permis en outre de répondre affirmativement à deux questions fondamentales soulevées par la théorie constitutionnelle: même en admettant l'absence d'une fondation objective absolue, le processus de détermination du but des dispositions constitutionnelles est-il contraint et rationnel? Et, peut-on concilier les principes d'interprétation apparemment contradictoires établis par la Cour suprême?

La conception de la méthode d'interprétation téléologique proposée dans ce texte, bien que descriptive, ne résulte pas d'une approche purement empirique. Elle constitue une construction cohérente de la méthode, telle qu'elle se manifeste en général dans la pratique judiciaire, comprise à la lumière d'un certain nombre de contraintes, dont la conception de la primauté du droit que j'attribue aux juges de la Cour suprême et qui inclut, au minimum, le devoir d'agir rationnellement^[246]. Pour cette raison, la

conception proposée, même si elle n'a pas pour objet de rencontrer les critères d'une théorie normative de l'interprétation constitutionnelle, comporte néanmoins un volet normatif.

De plus, la conception de la méthode téléologique proposée est formelle. Elle ne cherche pas à identifier ni à justifier les principes matériels qui sous-tendent les diverses dispositions constitutionnelles (bien que j'ai référé à certains principes proposés par la Cour suprême). Elle n'entend établir ni le contenu ni le poids relatif des diverses considérations normatives pertinentes aux fins de la détermination des principes. Elle n'expose même pas la nature des critères ou standards en vertu desquels les juristes pourraient ou devraient identifier et justifier ces principes et établir le contenu et le poids relatif des considérations normatives. Par conséquent, les juristes qui veulent s'engager dans le processus d'interprétation constitutionnelle ne sauraient se satisfaire de la description formelle. Ils doivent développer, pour eux-mêmes, une théorie constitutionnelle interprétativiste dont le contenu *matériel* permet d'établir le sens et le poids relatif des considérations qui ont quelque chose à dire sur les droits et libertés garantis dans la Charte et qui, ultimement, permettent d'établir les principes et les droits concrets qui en découlent. En général, les constitutionnalistes canadiens ne se sont pas engagés dans cette voie. Diverses raisons peuvent expliquer ce fait. Néanmoins, l'une d'entre elles me semble prépondérante: les cadres théoriques dominants, le fondationnalisme et le scepticisme, pour des raisons contradictoires, voire contraires, rendent tous deux l'opération requise par la méthode téléologique carrément superflue.

[1]

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Je tiens à remercier Madame Nathalie Bellefleur, mon assistante de recherche (1993), et mon collègue Pierre Blache pour leurs commentaires pertinents formulés à l'égard d'une version antérieure de ce texte.

[2][1984] 2 R.C.S. 145.

[3]*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U, c. 11), (ci-après citée: «la Charte»).

[4] Voir par exemple *Hunter c. Southam*, précité, note 1; *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Les auteurs utilisent parfois les expressions «interprétation fonctionnelle» et «interprétation finaliste». En anglais, on utilise l'expression «purposive approach». On pourrait vouloir distinguer entre une «approche» et une «méthode». Par exemple, pour Sidney R. Peck, l'interprétation téléologique n'est pas une méthode; c'est une approche: elle indique «the sorts of issues judges should consider when defining the content of the rights and freedoms. However, [it] does not control the definitions judges adopt in the sense that it does not dictate what those definitions must be»: Sydney R. PECK, «An Analytical Framework for the Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», [1987] 25 *Osgoode Hall L.J.* 1, 12. La distinction pourrait se comprendre ainsi. Une *approche* désignerait l'orientation générale adoptée par un chercheur relativement à son objet de recherche. Elle viserait le point de vue ou l'angle sous lequel il l'aborde, entraînant l'étude de certaines questions, certains problèmes et certaines

attitudes, plutôt que d'autres. La *méthode* désignerait plutôt le moyen (la procédure, le raisonnement, les règles d'évaluation, les pratiques, les techniques) adéquat pour réaliser la recherche entreprise. Elle formerait la démarche raisonnée qui permet de «découvrir» ce que l'on cherche. Notons toutefois qu'une méthode spécifique requise par une approche donnée pourrait ne pas être exclusive à cette dernière. Si l'interprétation téléologique était une méthode, elle indiquerait la démarche adéquate, le processus intellectuel que les juges doivent respecter pour «découvrir» ou «déterminer» le sens des dispositions constitutionnelles. Comme nous le verrons plus bas, l'interprétation téléologique est à la fois une *approche* et une *méthode*. J'utiliserai donc les mots «approche» et «méthode» d'une façon interchangeable. Ils désigneront l'ensemble des règles méthodologiques constitutives du processus d'interprétation constitutionnelle au Canada.

[5] Certains constitutionnalistes semblent croire que le *texte* des dispositions constitutionnelles peut, dans certains cas, constituer la source formelle exclusive pour établir leur sens. Par exemple, selon Peter Hogg, «the Constitution [...] often provides a clear answer to the questions it addresses. [...] [Ces réponses] are clear from the text of the Constitution»: Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3e éd., Scarborough, Carswell, 1992, p. 120. Cependant, il existe de bonnes raisons de croire que la Cour suprême du Canada rejette cette thèse. Dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, il est vrai que la Cour suprême du Canada interprétait l'article 6 de la Charte en utilisant la *rubrique* qui le précédait. Cependant, la Cour précisait que si elle devait «tenir compte» de cet argument textuel, les rubriques ne devaient pas toutes recevoir le même poids et que le recours aux rubriques ne constituait «tout au plus qu'une étape» dans le processus d'interprétation constitutionnelle: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précitée, 376-377. Dans l'affaire *Hunter c. Southam*, précitée, note 1, la Cour devait déterminer le sens de l'article 8 de la Charte qui énonce que chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Elle soutient que la garantie offerte est «vague et générale»: *Id.*, 154. «Cet article n'offre rien de plus qu'une simple garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies "abusives"»: *Id.*, 155. Les *mots* utilisés à l'article 8 ne pouvaient donc pas constituer la source exclusive du sens et de la portée de la garantie. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, précité, note 3, la Cour devait interpréter le sens de l'expression «principes de justice fondamentale» énoncée à l'article 7 de la Charte. Le juge Lamer, au nom de la majorité, soutient que la «lecture» de cette expression «ne révèle pas un sens unique et incontestable»: *Id.*, 501.

[6] Certains auteurs semblent croire que le contexte (historique, politique, juridique ou philosophique) peut constituer la source formelle exclusive du sens des droits et libertés garantis. Voir, par exemple, Andrew ROMAN, «The Charter of Rights: Renewing the Social Contract?», (1982-83) 8 *Queen's L.J.* 188, 193, 198 (contexte historique, juridique et politique canadien); Noel LYON, «The Charter as a Mandate for New Ways of Thinking About Law», (1983) 9 *Queen's L.J.* 241, 242 (contexte politique); Patrick MONAHAN, *Politics and the Constitution: the Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell, 1987, pp. 103-106 et pp. 120-126 (contexte philosophique et politique). Par contre la Cour suprême du Canada a parfois laissé entendre que ces divers «contextes» ne pouvaient pas constituer des sources formelles fournissant «le» sens des garanties constitutionnelles. Voir *Hunter c. Southam*, précité, note 1, 155. La version anglaise est claire: «nor is there any particular historical, political or philosophical context capable of providing an obvious gloss on the meaning of the guarantee. It is clear that the meaning of "unreasonable" cannot be determined by recourse to a dictionary, nor for that matter, by reference to the rules of statutory construction» [nos italiques]. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, précité, note 3, 512, la Cour suprême affirme que d'un point de vue *historique* l'expression, «principes de justice fondamentale» énoncée à l'article 7 de la Charte est «ambiguë».

[7] Certains juristes semblent croire que l'intention du constituant peut constituer une source formelle du but général visé par les dispositions constitutionnelles. Voir, par exemple, P. MONAHAN, *op. cit.*, note 5, pp. 83-85. Cependant, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, précité, note 3, la Cour suprême a soutenu que l'*intention* du constituant est «indéterminée». Accorder un poids quelconque aux procès verbaux et aux témoignages du Comité mixte spécial sur la Constitution impliquerait que la Cour tienne pour acquis «un fait dont la preuve est presque impossible à faire, c'est-à-dire l'intention du corps législatif qui a adopté la Charte». Selon la Cour, ces «données» possèdent une nature «indéterminée»: *Id.*, 508-509.

[8] Chacune de ces deux étapes est très controversée tant en théorie qu'en pratique. Cette description formelle n'est pas sans rappeler celle que proposaient Henry M. HART, Jr. et Albert M. SACKS, dans *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, documents de cours non publiés, 1958, p. 1200.

[9] Cette distinction pourrait rejoindre celle que font les philosophes de la morale entre une approche *conséquentialiste* et une approche *déontologique*.

[10] J'exposerai les postulats fondamentaux d'une telle théorie, *infra*, partie II. Notons immédiatement que cette théorie ne correspond *pas* aux théories constitutionnelles américaines qualifiées d'«*interpretivists*» par opposition aux théories «*non-interpretivists*».

[11]

Précitée, note 3 (ci-après citée: «*Big M*»).

[12] *Id.*, 344. Le reste du passage porte sur les éléments dont un juge doit tenir compte dans le processus de détermination de l'objet du droit ou de la liberté en question. Je reviendrai sur le reste du passage à la partie II, *infra*.

[13] Voir, par exemple, André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 318.

[14] Par exemple, dans *Edward Books and Art Limited c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 713, 760, après avoir rappelé la définition et les critères d'application du droit à la liberté de religion au sens de l'article 2(a) de la Charte, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, écrit: «[j]e me propose brièvement d'appliquer les *principes* susmentionnés à la loi soumise à notre examen». [nos italiques]. Dans le contexte du passage, la notion de «principe» représente le caractère normatif des *propositions* qui énoncent la *définition* et les *critères d'application* de l'article 2(a). Ce ne sont donc pas nécessairement ceux sur lesquels reposent et justifient cette définition et ces critères. Voir aussi *Big M*, précitée, note 3,

347; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 366 (le juge en chef Dickson, dissident, citant un extrait tiré de RAGGI, «An Independent Right to Freedom of Association», (1977) 12 *Harv C.R.-C.L.L. Rev.* 1,15.

[15] Par descriptions doctrinales classiques, je pense aux travaux descriptifs les plus influents, ceux dont on se sert généralement dans l'enseignement du droit constitutionnel dans les facultés de droit et qui s'inscrivent dans le cadre de la théorie constitutionnelle dominante. Voir par exemple P.W. HOGG, *op. cit.*, note 4, p. 814; Peter W. HOGG, «The Charter of Rights and American Theories of Interpretation», (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 87; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990; William F. PENTNEY, «Les principes généraux de l'interprétation de la Charte», dans Gérald-A. BEAUDOIN et Ed RATUSHNY (dir.), *La Charte Canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1989, p. 21; Dale GIBSON, *The Law of the Charter: general principles*, Toronto, Carswell, 1986; Bora LASKIN, *Laskin's Canadian Constitutional law*, vol. 2, 5e éd. par Neil Finkelstein, Toronto, Carswell, 1986. Pour une description de cette théorie, voir Luc B. Tremblay, «La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit», (1994) 39 *R.D. McGill* 101.

[16] Par exemple, Brian SLATTERY, «Are Constitutional Cases Political?», (1989) 11 *S.C. Law Rev.* 507, 527; David C. MCDONALD, *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1989, p. 59; Robert J. SHARPE, «Judicial Development of Principles in Applying the Charter», dans Neil R. FINKELSTEIN et Brian M. ROGERS (dir.), *Charter Issues in Civil Cases*, Toronto, Carswell, 1988, p. 9; Anne F. BAYEFSKY, «The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans A.F. BAYEFSKY (dir.), *Legal Theory meets Legal Practice*, Edmonton, Academic Printers & Publishing, 1988, p. 121 à la page 158; M. GOLD, «A Principled Approach to Equality Rights: A Preliminary Inquiry», (1982) 4 *S.C. Law Rev.* 131; Joel C. BAKAN, «Constitutional Arguments: Interpretation and Legitimacy in Canadian Constitutional Thought», (1989) 27 *Osgoode Hall L.J.* 123, 152, note 105: «For the purposes of this paper values and principles will be treated as describing the same thing». Il utilise aussi d'une façon interchangeable les notions de «purposes and principles underlying the constitution»: *Id.*, 134 et suiv., Part II et Part V.

[17] Voir, par exemple, J.C. BAKAN, *loc. cit.*, note 15; S.R. PECK, *loc. cit.*, note 3; A. PETTER et Allan C. HUTCHINSON, «Rights in Conflict: The Dilemma of Charter Legitimacy», (1989) 23 *U.B.C.L. Rev.* 531, 433 et suiv. Je discuterai de l'approche «sceptique», *infra*, à la Partie II.

[18] Voir par exemple, *Big M.*, précitée, note 3, 344; *Rocket c. Le Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, 241; *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 765-766; *Jones c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 284, 319-320; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, note 13, 396-397.

[19] Voir par exemple *Big M.*, précitée, note 3, 346; *Ford c. Québec (P.G.)*, précitée, note 17, 764-767; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 968; *Rocket c. Le Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, précitée, note 17, 241; *Renvoi: Circ. Électorales Provinciales (Sask.)*,

[1991] 2 R.C.S. 158, 166; *Jones c. La Reine*, précitée, note 17, 318; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act* (Alb.), précité, note 13, 393, 395; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 171; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1329.

[20]Précité, note 18.

[21]*Id.*, 181.

[22]*Id.*, 198 (nous avons souligné).

[23][1986] 1 R.C.S. 103.

[24]*Id.*, 136. L'objet étant que «la société canadienne doit être libre et démocratique».

[25]*Id.*, 136 (nous avons souligné).

[26]*Id.*, (nous avons souligné).

[27]Voir par exemple, *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1056.

[28][1990] 3 S.C.R. 697.

[29]*Id.*, 736.

[30]*Id.*, (nous avons souligné).

[31]*Id.*, 756 (nous avons souligné). La majorité énonce en fait deux raisons pour lesquelles l'égalité fait partie de l'analyse en vertu de l'article 1. D'une part, «favoriser l'égalité est un engagement essentiel d'une société libre et démocratique», *id.* et, d'autre part, l'article 15 de la Charte «manifeste l'engagement de notre société à la promotion de l'égalité», *id.*, 755.

[32]Voir *supra*, note 11, et le texte l'accompagnant.

[33] La notion de devoir désigne les obligations, les incapacités et les responsabilités, c'est-à-dire, toutes les formes d'actions, de comportements, d'omissions et d'abstentions que le titulaire du droit peut exiger d'un autre sujet (ou classe de sujet).

[34] Dans la tradition juridique continentale, cette conception du droit juridique est généralement associée à Rudolf von Jhering. Dans la tradition juridique anglo-saxonne, elle est associée à J. Bentham. Plusieurs théoriciens du droit contemporains participent à l'élaboration de cette conception. Voir par exemple, N. MACCORMICK, «Rights in Legislation», dans P.M.S. HACKER et J. RAZ (dir.), *Law, Morality, and Society*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 189; Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986; D. LYON, «Rights, Claimants and Beneficiaries», (1969) 6 *American Philosophical Quarterly* 175. Cette conception s'oppose à celle selon laquelle un droit juridique est «un pouvoir de volonté» concédé par le droit objectif. Cette approche est rattachée au nom de Savigny et de Windcheid mais a trouvé en H.L.A. Hart un important défenseur contemporain. Voir Herbert L.A. HART, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, chap. VII; Herbert L.A. HART, «Are There Any Natural Rights?», (1955) 64 *The Philosophical Review* 175. Voir généralement, George W. PATON et David P. DERHAM, *A Textbook of Jurisprudence*, 4e éd., Oxford, Clarendon Press, 1972, pp. 284-290; Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1990, pp. 136-153; Jeremy WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

[35] À moins d'accepter une version du «droit naturel» qui présupposerait la validité de la proposition selon laquelle une règle d'action „ un *devoir-être* „ puisse être logiquement déduite d'un simple fait „ de ce qui *est* „, il devrait être admis que les intérêts n'énoncent pas eux-mêmes leur propre importance morale. Sur ce point, voir Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 68 et suiv.

[36] La question de savoir si le jugement de valeur est celui du constituant lui-même (conçu comme l'auteur de la Charte) ou de l'interprète ou si les valeurs sont *subjectives* ou *objectives*, n'a pas à être débattue ici. Ce qui compte est de souligner la nécessité de poser un jugement de valeur. Ces autres questions seront abordées à la partie II, *infra*.

[37] La nature du processus évaluatif est très complexe et sa description est controversée. Cependant, d'une part, il devrait être admis qu'il peut être *rationnel*. Voir par exemple, Richard M. HARE, *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952; Richard M. HARE, *Freedom and reason*, Oxford, Oxford University Press, 1963; S.E. TOULMIN, *The Place of Reason in Ethics*, 1950; Kurt BAIER, *The Moral Point of View*, Ithaca, Cornell University Press, 1958; Peter TAYLOR, *The Normative Discourse*, Englewoods Clifts, Prentice Hall Inc., 1961; John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1971; Chaim PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, pp. 218-246; Chaim PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Paris, Presses universitaires de France, 1958; Bruce ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980; Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977; Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; Robert ALEXANDER, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989. D'autre part, comme nous le soutiendrons *infra*, section B, la rationalité est requise pour le maintien de la légitimité politique du pouvoir judiciaire.

[38] En principe, les «droits moraux» reconnus dans un tel système normatif pourraient ne pas correspondre aux «droits subjectifs» que la tradition juridique occidentale a, conformément aux théories classique et moderne du droit naturel, fondés sur la nature humaine et qu'on a qualifié d'«inhérents à la personne humaine», de «naturels», d'«inaliénables», etc. Voir J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 33, pp. 130-131. En pratique, cependant, les «droits moraux» qui sous-tendent la Charte ne sont pas étrangers à cette tradition.

[39] Bien entendu, un droit «moral» qui *est* juridiquement protégé est aussi un droit «juridique».

[40] J. RAZ, *op. cit.*, note 33, p. 166. Neil MacCormick exprime cette idée dans ces termes: «To ascribe to all members of a class C a right to treatment T is to presuppose that T is, in all normal circumstances, a good for every member of C, and that T is a good of such importance that it would be wrong to deny it or withhold it from any member of C. That deals with moral rights: as for legal rights I should say this: when a right to T is conferred by law on all members of C, the law is envisaged as advancing the interest of each and every member of C, and the law has the effect of making it legally wrongful to withhold T from any member of C»: Neil MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy*, Toronto, Clarendon Press, 1982, pp. 160-161; Neil MACCORMICK, «Rights in Legislation», dans M.S. HACKER et J. RAZ (dir.), *op. cit.*, note 33. Pour une conception semblable au Canada, voir Leslie GREEN, «Are Language Rights Fundamental?», (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 639, 647-648.

[41] L'interprète (le juge, le juriste, le commentateur) doit nécessairement *reconstruire* le système normatif pertinent. La détermination des *sources* des normes du système, de leur *contenu* et des *méthodes* légitimes est très controversée en théorie constitutionnelle. J'aborderai cette question à la Partie II.

[42] Les principes *justifient* les droits moraux lorsqu'ils peuvent être utilisés pour soutenir le bien-fondé de la proposition qui affirme que la protection de certains intérêts est désirable. Les principes *expliquent* les droits moraux lorsqu'ils peuvent être utilisés pour faire connaître ou comprendre les raisons pour lesquelles tel intérêt est digne d'une protection constitutionnelle.

[43] Je ne présuppose pas que les *principes* (ou certains d'entre-eux) ne sont pas ou ne peuvent pas être *juridiques*. Bien que je présupposerais le contraire, il n'est pas nécessaire de trancher cette question ici. Mon objectif immédiat est de démontrer que le processus d'interprétation téléologique doit reposer fondamentalement et logiquement sur des principes (juridiques ou extra-juridiques).

[44] Précitée, note 1.

[45] *Id.*, 160. Le but est la protection des attentes raisonnables en matière de vie privée: *Id.*, 159.

[46] Le processus d'application des principes sera abordé, *infra*, partie III.

[47] Voir, par exemple, P.W. HOGG, «The Charter of Rights and American Theories of Interpretation», *loc. cit.*, note 14, qui admet que le «problem of legitimacy of judicial review is inescapably central to the discussion» même si, à son avis, il est moins problématique qu'aux États-Unis. Voir aussi Anne F. BAYESFSKY, «The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans A.F. BAYEFSKY (dir.), *op. cit.*, note 15; C.B. HOFFMASTER, «Judicial Review of the Charter of Rights and Freedoms: What are the Limits of Judging?», dans A.F. BAYEFSKY (dir.), *op. cit.*, note 15, p. 163; Barry L. STRAYER, «Constitutional Interpretation Based on Consent: Whose Consent and Measured When?», dans A.F. BAYEFSKY (dir.), *op. cit.*, note 15, p. 197; P. MONAHAN, *op. cit.*, note 5; H. Scott FAIRLEY, «Enforcing the Charter: Some Thoughts on an Appropriate and Just Standard for Judicial Review», (1982) 4 *S.C. Law Rev.* 217; Lorraine E. WEINRIB, «The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter», (1988) 10 *S.C. Law Rev.* 469; A. PETTER et A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 16, 543 et suiv.; J.C. BAKAN, *loc. cit.*, note 15; Christian BRUNELLE, «L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes», (1990) 50 *R. du B.* 353, 365; Marc GOLD, «La rhétorique des droits constitutionnels», (1988) 22 *R.J.T.* 1, 9, 14 et suiv.; M. GOLD, *loc. cit.*, note 15, 133; Luc B. TREMBLAY, «Réflexions sur la portée de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés suite à la décision de la Cour suprême dans le Renvoi sur la Motor Vehicle Act, (C.B.)», (1987) 18 *R.D.U.S.* 139, 165 et suiv. Pour une introduction à diverses théories élaborées au Canada, voir Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

[48] Une décision judiciaire devrait être considérée légitime si, et seulement si, un aspect de la composition de l'institution judiciaire et/ou de la procédure (le processus) en vertu de laquelle la décision judiciaire a été prise et/ou de sa forme et/ou de son contenu est conforme aux principes qui établissent la légitimité politique de l'autorité judiciaire.

[49] Voir, en général, Louis Leventhal JAFFE, *English and American Judges as Lawmakers*, Oxford, Clarendon Press, 1969, p. 37 et suiv.

[50] Voir Paul A. FREUND, «Rationality in Judicial Decisions», dans Carl J. FRIEDRICH (dir.), *Rational Decision*, New York, Atherton Press, 1967, p. 109, à la page 110.

[51] Cette question a fait l'objet de nombreux débats en théorie constitutionnelle canadienne descriptive et normative. Voir, par exemple, M. GOLD, *loc. cit.*, note 15; S.R. PECK, *loc. cit.*, note 3; A. PETTER et A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 16; J.C. BAKAN, *loc. cit.*, note 15; A. Wayne MACKAY, «Judging and Equality: For When Does the Charter Toll?», (1986) 10 *Dalhousie L.J.* 35; A. Wayne MACKAY, «Interpreting the Charter of Rights: Law, Politics and Poetry», dans Gérald-A. BEAUDOIN (dir.), *Causes invoquant la Charte*, Ottawa, Canadian Bar Association, p. 355; P. HOGG, *loc. cit.*, note 14; Anne F. BAYEFSKY, «The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans A.F. BAYEFSKY (dir.), *op. cit.*, note 15; H.S. FAIRLEY, *op. cit.*, note 46; P. MONAHAN, *op. cit.*, note 5; David M. BEATTY, *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 1987; A. ROMAN, *loc. cit.*, note 5; N. LYON, *loc. cit.*, note 5.

[52]Précitée, note 3.

[53]*Id.*, 344.

[54]Une «raison formelle», au sens où je l'emploie, est une considération dont l'existence et la signification peuvent être «constatées», conformément à une lecture ou une interprétation «correcte» et «objective» des faits qui la constitue, et l'application opérée sans recourir aux jugements de valeur, préférences personnelles ou préjugés du juge qui en reconnaît l'autorité dans un cas donné. Ce sens de «raison formelle» est plus strict que celui que lui donnent généralement les juristes. Voir par exemple, Patrick S. ATIYAH et Robert S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 1-2 et pp. 7-11; Joseph RAZ, «Reasons for Action, Decisions and Norms», dans Joseph RAZ (dir.), *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 128 et suiv.

[55]La nature de la fondation est controversée en théorie constitutionnelle mais, comme on le sait, le texte, l'intention du constituant, la tradition et/ou le contexte historique, juridique ou politique et les valeurs de la communauté (les consensus) constituent les candidats les plus connus.

[56]Joël Bakan a soutenu que les thèses de Roman, Monahan, Lyon, Finkelstein, Beckton, Gold, Rogers, Beatty et Kennett, entre autres, différaient uniquement sur la question de savoir quelles *sources* déterminent le but des droits et libertés enchâssés et non sur la question de savoir s'il existait un but déterminé par l'une ou l'autre de ces sources. Voir J.C. BAKAN, *loc. cit.*, note 15, no 94, 149 et no 114, 154. David Beatty a soutenu que Hogg, Sharpe, Gold et Monahan, parmi d'autres, étaient des «believers», c'est-à-dire qu'ils croyaient tous qu'il y a des «rights and wrong ways to read the Charter». Voir David BEATTY, «The End of Law: At Least as We have Known it», dans Richard F. DEVLIN (dir.), *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1991, p. 391. Le jugement qui consiste à associer la pensée de certains de ces auteurs au *fondationnalisme* est très discutable. Néanmoins, ce n'est pas mon objectif d'aborder cette question.

[57]J. BAKAN, *loc. cit.*, note 15, 151-152.

[58]*Id.*, 154. D'autres auteurs semblent attribuer à la Cour suprême du Canada cette conception fondationnaliste de la méthode téléologique. Voir, par exemple, D. BEATTY, *op. cit.*, note 55, p. 398, qui, abordant la critique de la théorie *traditionnaliste*, écrit «there is as much, if not more, support for their theory among the judges who have sat on the Court since the Charter was entrenched».

[59]Précitée, note 3.

[60]*Id.*, 136.

[61] *Id.*, 138 (nous avons souligné).

[62] *Id.*, 140 (nous avons souligné).

[63] *Id.*, (nous avons souligné).

[64] Cette interprétation de la conception du juge McIntyre semble atténuée par un passage selon lequel «cela ne veut pas dire que les juges ne peuvent pas faire certains choix de politique générale lorsqu'ils se trouvent devant des conceptions opposées de l'étendue de droits ou de libertés. Des choix difficiles doivent être faits et le point de vue personnel des juges jouera inévitablement à l'occasion»: *Id.*, 141. Cependant, il s'empresse d'ajouter que les interprétations «doivent découler plausiblement de la Charte ("from something *in* the Charter")»: *Id.*

[65] *Id.*, 143.

[66] *Id.*

[67] *Id.*, 146.

[68] *Id.*

[69] *Id.*

[70] *Id.*, 147.

[71] Cela rappelle la thèse du «frozen right» élaborée dans le contexte de l'interprétation de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III.

[72] J'ai de bonnes raisons de croire que Bakan admettrait la validité de cette assertion, puisqu'il affirme que «while purposive reasoning is the predominant structure of constraint-based arguments [...] the Court has persisted in using "narrow and legalistic" techniques». Or, à cet égard, il ne cite que les opinions signées par le juge McIntyre qui, selon lui, a été le «most consistent user» de la «strict construction approach». Voir J. BAKAN, *loc. cit.*, note 15, no 96, 149-150.

[73] Voir par exemple la décision majoritaire rendue dans *Robertson et Rosetany c. La Reine*, [1963] R.C.S. 651.

[74] Les juges de la Cour suprême, y compris le juge en chef, utilisent parfois des mots qui pourraient appuyer une conception fondationnaliste de la méthode téléologique. Par exemple, on a soutenu que dans l'affaire *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, 229, le juge en chef Dickson s'inscrit dans le cadre du fondationnalisme car il écrit que les dispositions de la Charte «confèrent d'une manière *claire et explicite* [...] [d'une façon] détaillée» des droits et des libertés. Néanmoins, vouloir inférer la conception de la méthode téléologique du juge en chef de ce passage serait injustifié. Le passage ne porte pas sur le sens des dispositions constitutionnelles. Il affirme simplement une évidence: la Charte a formellement enchâssé d'une manière «claire, explicite et détaillée» certains droits et libertés fondamentaux.

[75] Par exemple, S. PECK, *loc. cit.*, note 3; J. BAKAN, *loc. cit.*, note 15; A. PETTER et A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 16; Andrew PETTER, «The Politics of the Charter», (1986) 8 *S.C. Law Rev.* 473; Allan C. HUTCHINSON et Andrew PETTER, «Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter», (1988) 38 *U.T.L.J.* 278. Pour une critique canadienne du scepticisme en droit, voir Brian LANGVILLE, «Revolution Without Foundation: The Grammar of Scepticism and Law», (1987-88) 33 *R.D. McGill* 451; Brian LANGVILLE, «The Jurisprudence of Despair, Again», (1988-89) 23 *U.B.C.L. Rev.* 549. Voir cependant la réplique de Allan C. HUTCHINSON, «That's Just the Way It Is: Langville on Law», (1988-89) 34 *R.D. McGill* 145.

[76] S. PECK, *loc. cit.*, note 3, 20-21.

[77] *Id.*, 13.

[78] *Id.*, 12.

[79] J.C. BAKAN, *loc. cit.*, note 15, 153.

[80] *Id.*, 155.

[81] P.W. HOGG, *op. cit.*, note 4. La question de savoir si Hogg est un fondationnaliste ou un sceptique dépend directement des postulats théoriques qui l'animent. Hogg est un positiviste à la H.L.A. Hart. Lorsque les textes sont clairs, ils constituent la *fondation* de la décision: ils s'appliquent formellement, d'où son fondationnalisme. Lorsqu'ils ne le sont pas, les juges doivent exercer une *discretion*. Ils agissent alors en «législateur». Cependant, même si la discretion peut être exercée rationnellement, elle ne repose pas nécessairement sur une source extra-textuelle qui peut servir de fondation. Par exemple, Hogg a écrit qu'il ne croyait pas aux «natural rights» entendus dans le sens large de «droits moraux», affirmant par là son «scepticisme»: «I do not know how to identify natural rights, from whence they derive their authority, or what the legal effect of their breach could be». Voir P.W. HOGG, *loc. cit.*, note 14, 89. Voir aussi Peter W. HOGG, «On Being a Positivist: A Reply to Professor Vaughan», (1991) *Osgoode Hall L.J.* 411. Il n'est pas déraisonnable de croire que la conception sceptique représente l'idée, plus ou moins articulée, que se font généralement les juristes canadiens de l'interprétation téléologique.

[82] Cette approche sous-tend diverses écoles de théorie générale du droit comme, par exemple, les «legal realists». Voir S.R. PECK, *loc. cit.*, note 3, 4.

[83] *Id.*, 12. Selon lui, l'approche encourage des débats, tant au niveau judiciaire que dans la société, sur les valeurs, les besoins sociaux, les intérêts concurrents, les politiques générales (policy) alternatives et la légitimité des décisions judiciaires.

[84] Voir P.W. HOGG, *loc. cit.*, note 14, 103; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 4, p. 814.

[85] Elle autoriserait autant les décisions arbitraires que rationnelles, déraisonnables que raisonnables, injustes que justes.

[86] Les notions de *fondationnalisme* et de *scepticisme* embrassent plusieurs doctrines philosophiques. Le *fondationnalisme* regroupe le *rationalisme* (par exemple, les philosophies de Platon et de Descartes) et l'*empirisme* (par exemple, la philosophie de John Locke). Le *scepticisme* recouvre le *scepticisme* proprement dit (doctrine qui refuse d'affirmer ou de nier l'existence d'une chose), le *nihilisme* (doctrine qui *nie* l'existence d'une chose et la validité de nos croyances) et le *relativisme* (doctrine qui affirme que chaque croyance vaut autant que les autres car elle dépend de la subjectivité de chacun et du point de vue où on se situe pour juger). Les doctrines peuvent être comprises autrement et elles ne sont pas parfaitement étanches. Pour une introduction, voir Michael KRAUSZ (dir.), *Relativism: Interpretation and Confrontation*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1989; Richard BERNSTEIN, *Beyond Objectivism and Relativism*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1983. Cette dichotomie sert généralement de cadre théorique à l'exposition classique des «approches» interprétatives en droit canadien. Voir, par exemple, C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 46, 360-362; Pierre CARIGNAN, «De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles», (1986) 20 *R.J.T.* 27.

[87] Cette prémisse reflète l'idée suivante: «si Dieu est mort, alors tout est permis». Voir Robert HOLLINGER (dir.), *Hermeneutics and Praxis*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1985. Elle rappelle aussi l'expression formulée dans un contexte analogue mais différent par H.L.A. Hart selon lequel les sceptiques sont des «disappointed absolutists»: Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 135-136.

[88] Pierre-André CÔTÉ, «L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes», (1990) 50 *R. du B.* 329, 347-350; Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 20-25.

[89] Voir T.C. GREY, «Do We Have an Unwritten Constitution?», (1975) 27 *Stan. L. Rev.* 703. Pour une introduction canadienne, voir P.W. HOGG, *loc. cit.*, note 14.

[90] Les théories «interpretivists» s'opposent aux théories «non-interpretivists» selon laquelle les juges peuvent interpréter la Constitution américaine en référant à des valeurs qui se trouvent à l'*extérieur* du texte. Cette approche est «non-interpretivist» car elle ne constitue pas une interprétation du texte ou de la structure gouvernementale qu'il établit: *Id.*

[91] Voir S. LEVINSON, «Law as Literature», (1982) 60 *Tex. L. Rev.* 373, 378-381.

[92] Voir, par exemple, J. RAWLS, *op. cit.*, note 36, pp. 20-22, pp. 48-53. Aristote est souvent conçu comme l'un des précurseurs. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, livre I, chap. iii-iv. Voir FEINBERG, «Justice, Fairness and Rationality», (1972) 81 *Yale L.J.* 1004, 1018-1021. Les théories de la cohérence débordent le cadre de la philosophie morale. Voir FEINBERG, *id.*, no 23, 1819.

[93] Les travaux de Ronald Dworkin constituent un exemple remarquable d'une théorie de la «cohérence constructiviste»: Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986; R. DWORKIN, *op. cit.*, note 36. Dans *Law's Empire*, il soutient que l'interprétation en droit est constructive. «Interpretation [...] is indeed essentially concerned with purpose, not cause. But the purposes in play are not (fundamentally) those of some author but of the interpreter. Roughly, constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make it the best possible exemple of the form or genre to which it is taken to belong»: R. DWORKIN, *id.*, p. 52. Pour Dworkin, cette conception constitue elle-même une interprétation du concept d'interprétation: R. DWORKIN, *id.*, p. 49. Voir aussi, par exemple, les travaux de Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 90, chapitres V et VII; N. MACCORMICK, *op. cit.*, note 39, chap. 7; R. SARTORIUS, «The Justification of the Judicial Decision», (1968) 78 *Ethics* 171; R. SARTORIUS, «Social Policy and Judicial Legislation», (1971) 8 *American Philosophical Quarterly* 151; R.H. FALLON, «A Constructivist Coherence Theory of Constitution Interpretation», (1987) 100 *Harv. L. Rev.* 1189. On pourrait aussi qualifier la conception *interprétativiste* de la méthode téléologique de conception *cohérentiste* et *constructiviste*. Cependant, elle ne constitue pas une application ponctuelle de l'une ou l'autre des descriptions proposées par Dworkin, MacCormick, Sartorius ou Fallon.

[94] Les théories herméneutiques contemporaines représentent ce que certains philosophes ont qualifié d'«interpretative turn». Traditionnellement, l'herméneutique portait sur les méthodes par lesquelles une personne pouvait découvrir le vrai sens d'un texte. Elle a fait un bond en avant au XXe siècle, notamment avec la publication de Hans-Georg GADAMER, *Vérité et méthode*, 2e éd., Paris, Seuil, 1965, qui fait de l'interprétation, non plus une question de méthode produisant un savoir objectif, mais l'une des «conditions de possibilité de la compréhension en général, conditions qui, selon lui, mettent en question les notions de méthode et d'objectivité». Voir Georgia WARNKE, *Gadamer: herméneutique, tradition et raison*, Paris, Éditions Universitaires, 1991, p. 16, traduit de l'anglais par Jacques Colson. Voir, par exemple, Richard E. PALMER, *Hermeneutics : Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer*, Evanston, Northwestern, University Press, 1969; Trisha G. PHELPS et J.A. PITTS, «Questioning the Text : The Significance of Phenomenological Hermeneutics for Legal Interpretation», (1985) 29 *S.L.U.L. Rev.* 353; D.C. HOYS, «Interpreting the Law : Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives», (1985) 58 *S. Cal. L. Rev.* 135; F.J. MOOTZ, III, «The Ontological Basis of Legal Hermeneutics : A Proposed Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, Habermas, and Ricoeur», (1988) 68 *B.U.L. Rev.* 523; B. SHERMAN, «Hermeneutics in Law», (1988) 51 *Mod. L. Rev.* 386; R. HOLLINGER, *op. cit.*, note 86.

[95] Voir, par exemple, Richard RORTY, *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1982, en particulier l'introduction et les chapitres 8 et 9. Voir, généralement, R. BERNSTEIN, *op. cit.*, note 85; G. WARNKE, *op. cit.*, note 93; R. HOLLINGER, *op. cit.*, note 86; S. LEVINSON, *loc. cit.*, note 90; P.H. HALEWOOD, «Performance and Pragmatism in Constitutional Interpretation», (1990) 3 *Can. J. Law and Jurisprudence* 91; D. PATTERSON, «Law's Pragmatism: Law as Practice and Narrative», (1990) 76 *Va. L. Rev.* 937; «Symposium on the Renaissance of Pragmatism in American Legal Thought», (1990) 63 *South Cal. L. Rev.* 1569-1853; Luc BÉGIN, *Pragmatisme et théorie éthique*, Sherbrooke, Dép. de Sciences humaines, 1990.

[96] Kenneth J. Kress exprime ce postulat ainsi : «a proposition is true if it fits sufficiently well with other propositions held to be true». K.J. KRESS, «Legal Reasoning and Coherence Theories : Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions», (1984) 72 *Cal. L. Rev.* 368.

[97] La notion de vérité comme correspondance est au coeur du réalisme scientifique et de l'empirisme positiviste. Voir par exemple Vittorio VILLA, *La science du droit*, Paris, L.G.D.J., 1990, traduit par Odile et Patrick Nerhot.

[98]

Par exemple, les théories du droit naturel, le Cartésianisme, les théories de Kant, Bentham ou Sidgwick.

[99] C'est ce qu'on appelle une proposition analytique.

[100] Certaines théories cohérentistes pourraient ne pas être anti-fondationnalistes. Voir, par exemple, R. DWORKIN, *op. cit.*, note 36, pp. 160-163.

[101] Comme le dit Richard Rorty, «it is impossible to step outside our skins ,, the traditions, linguistic and other, within which we do our thinking and self-criticism ,, and compare ourselves with something absolute». R. RORTY, *op. cit.*, note 94, chap. xix.

[102] Le point d'ancrage situé à l'extérieur de l'expérience humaine de l'interprète constituerait le «point d'Archimède» valide objectivement, éternellement et universellement prescrivant la méthode et le standard en vertu desquels on pourrait *fonder* rationnellement la connaissance du sens indépendamment de notre propre subjectivité.

[103] La pensée philosophique contemporaine, notamment l'herméneutique philosophique de Gadamer et le pragmatisme de Rorty, a montré les *limites* du positivisme qui postulait la possibilité d'un savoir objectif fondé sur une méthode objective et mis en lumière le caractère radicalement «interne» et «situé» de la compréhension.

[104] L'anti-fondationnalisme partiel recouvre, par exemple, tous ceux qui font une distinction épistémologique entre les sciences naturelles et les sciences humaines. Je ne discuterai pas de la question de savoir si cette position est cohérente. Neil MacCormick, par exemple, semble postuler la validité de l'anti-fondationnalisme à l'égard de certaines propositions de droit. Voir, N. MACCORMICK, *op. cit.*, note 92, p. 90; N. MACCORMICK, *op. cit.*, note 39, pp. 130 et 139. Par contre, dans ces passages, il semble accepter, *a contrario*, pour d'autres contextes, la validité du fondationnalisme.

[105] J.C. BAKAN, *loc. cit.*, note 15, 154.

[106] S.R. PECK, *op. cit.*, note 3, p. 13.

[107] Voir, par exemple, J. RAWLS, *op. cit.*, note 36, pp. 47-51, pp. 577-587; Norman DANIELS, «Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics», (1979) 76 *Journal of Philosophy* 256; Kei NIELSEN, «In Defense of Wide Reflective Equilibrium», dans Douglas ODEGARD (dir.), *Ethics and Justification*, Edmonton, Academic Printing and Publishing, 1988, p. 19; «À la recherche d'une perspective émancipatrice: l'équilibre réfléchi large et le cercle herméneutique», dans Jocelyne COUTURE (dir.), *Éthique et rationalité*, Liège, Pierre Mardaga, 1992; R. DWORKIN, *op. cit.*, note 36, pp. 160-168.

[108] Voir J. RAWLS, *op. cit.*, note 36.

[109] FEINBERG, *loc. cit.*, note 91, 1019.

[110] K. NIELSEN, *op. cit.*, note 106, pp. 21-22.

[111] Ronald Dworkin, par exemple, a soutenu qu'une proposition de droit est vraie non seulement si elle *convient* au matériel qui constitue le droit (le texte, les précédents) mais aussi si elle le *justifie* le mieux du point de la morale politique. Voir R. DWORKIN, *op. cit.*, note 92. Cependant, cette assertion est controversée. Puisque chaque interprète a le devoir de «hiérarchiser» les diverses considérations qui ont quelque chose à dire sur les droits et libertés, rien ne garantit qu'ils s'entendent sur le poids ou le rang à accorder à la morale politique lorsque cette dernière milite en faveur d'une interprétation incompatible avec celles que favoriseraient d'autres considérations. Voir, par exemple, R.H. FALLON, *loc. cit.*, note 92, 1193-1194, 1244-1246, 1252-1268.

[112] Je laisse ouverte la question de savoir si un juge peut, d'une façon *cohérente*, être anti-fondationnaliste à l'égard de sa pratique qui consiste à déterminer le but des droits et libertés enchâssés et ne pas l'être à l'égard de ses conceptions scientifiques, religieuses, morales, etc. Il suffit de reconnaître que la méthode téléologique ne le présuppose pas.

[113] Dans ce qui va suivre, je m'inspire des travaux de Hans-Georg Gadamer sans toutefois appliquer sa théorie de façon intégrale. Voir H.-G. GADAMER, *op. cit.*, note 93.

[114] *Id.*, p. 146.

[115] *Id.*, p. 143.

[116] *Id.*, p. 142 et suiv.

[117] *Id.*, p. 145.

[118] *Id.*, pp. 104-105, p. 146 et suiv.

[119] *Id.*, p. 115 et suiv.

[120] Heidegger avait exprimé cette idée que la compréhension passe toujours par une «structure d'anticipation de la compréhension» qui pré-existe. Voir *id.*, pp. 103-104. Pour Gadamer, cette anticipation de sens est aussi guidée par une «anticipation de la perfection», c'est-à-dire d'une parfaite *unité* de sens: *Id.*, pp. 133-134.

[121] La méthode et l'attitude de l'interprète sont structurées par les considérations qui font partie de sa préconception. L'interprète reconnaît d'avance que certaines règles méthodologiques et certaines attitudes sont adéquates pour interpréter tel texte ou telle pratique. La précompréhension qu'il a du secteur juridique et/ou du contexte social, politique, moral, religieux, littéraire, etc., dans lequel il le croit situé va influencer le sens projeté. Par exemple, Stanley E. FISH, *Is There a Text in This Class?*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 171, exprime cette idée en termes de «interpretive strategies». Voir aussi Owen Fiss qui l'exprime en termes de «disciplining rules». Owen FISS, «Objectivity and Interpretation», (1982) 34 *Stan. L. Rev.* 739.

[122] Voir H.-G. GADAMER, *op. cit.*, note 93, p. 104 et suiv., p. 131 et suiv.

[123] Les juristes sont familiers avec cette règle d'interprétation, du moins en ce qui concerne l'interprétation textuelle. Voir, par exemple, P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 87, p. 287 et suiv. Cependant, dans le cadre de l'interprétation téléologique, le «cercle herméneutique» est beaucoup plus large: il représente le caractère holistique de l'approche cohérentiste conformément à la méthode de l'équilibre réfléchi large. Il englobe tout l'horizon de la compréhension de l'interprète dont le sens du texte même de la Charte ne constitue qu'une partie du tout.

[124] Voir *Big M.*, précité, note 3 et le texte accompagnant la note 52.

[125] *Id.*, 344. En accord, C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 46, 367.

[126] Précitée, note 1, (ci-après citée: «*Hunter*»).

[127] [1988] 2 R.C.S. 417, (ci-après citée: «*Dyment*»).

[128] *Hunter*, précitée, note 1, 155.

[129] *Id.*, 157-159. Notons qu'il aurait pu discuter de la *Convention européenne des droits de l'homme*, art. 8, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, art. 12, du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, art. 17. Voir Yves de MONTIGNY, «La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan», (1989) 49 *R. du B.* 53, 55.

[130] *Hunter*, précitée, note 1, 155 (nous avons souligné).

[131] Comme ouvrage de doctrine, il faut absolument mentionner François CHEVRETTE, «La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive», dans Gérald-A. BEAUDOIN et Walter S. TARNOPOLSKY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982, p. 370 à 387, dont le processus interprétatif, les considérations et les conclusions rappellent ceux du juge en chef dans *Hunter*. Comme décisions judiciaires, voir par exemple, *Southam Inc. c. Hunter*, [1983] 3 W.W.R. 385, 147 D.L.R. (32) 420; *Southam Inc. c. Hunter*, [1982] 4 W.W.R. 673, 136 D.L.R. (3d) 133.

[132] *Hunter*, précitée, note 3, 155.

[133] *Id.*

[134] (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275.

[135] *Id.*, 1066.

[136] *Hunter*, précitée, note 1, 158.

[137] La structure du processus par lequel le juge a formé ce jugement ressemble à celui que je décris ici. Le juge doit donc, nécessairement, interpréter et évaluer provisoirement toutes les autres considérations normatives, y compris celles qui l'inciteront à abandonner le principe provisoire et à reconnaître le principe conférant le droit à la vie privée. Le processus n'est donc pas aussi mécanique que la formalisation de sa structure pourrait le laisser croire.

[138] *Hunter*, précitée, note 1, 158.

[139] Selon Yves de Montigny, il ne fait «aucun doute» que cet amendement a inspiré les rédacteurs de l'article 8 et que cela «explique sans nul doute l'influence importante, sinon démesurée, qu'a eue la jurisprudence américaine sur la définition même des problématiques». Voir Y. de MONTIGNY, *loc. cit.*, note 128, 55-56.

[140] 389 U.S. 347 (1967), analysée dans *Hunter*, précitée, note 1, 159.

[141] *Id.*, 351.

[142] *Id.*, 350.

[143] Voir *Southam Inc. c. Hunter*, précitée, note 130.

[144] Précitée, note 4.

[145] *Id.*, 367.

[146] *Hunter*, précitée, note 1, 159.

[147] *Id.* Voir *Southam Inc. c. Hunter*, précitée, note 130.

[148] Voir, *Katz c. U.S.*, précitée, note 139, 351. Voir, par exemple, *Warden, Md. Penitentiary v. Hayden*, 387 U.S. 294, 301-06 (1967); *Silverman v. U.S.*, 365 U.S. 505, 510-12 (1961); *Jones v. U.S.*, 362, U.S. 257, 266 (1960).

[149] Le juge Laforest partait aussi de sa préconception qui, maintenant, incluait la décision rendue dans *Hunter*. Notons que le juge en chef Dickson a souscrit aux motifs du juge Laforest.

[150] *Dyment*, précitée, note 126, 426.

[151] Fonder le droit à la protection contre les fouilles, les saisies et les perquisitions sur le droit de propriété constitue une confusion. *Id.*, 426.

[152] *Id.*, 427.

[153] Cette idée avait déjà été mentionnée par la Commission de réforme du droit du Canada, *Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, document de travail 30, Ottawa, La Commission, 1983, p. 23 et suiv. Voir aussi *Inland Revenue Com'rs v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All. E.R. 80, 82; et la jurisprudence américaine précitée, note 147.

[154] *Dyment*, précitée, note 126, 427.

[155] Les principes de la morale politique peuvent être déterminés à la lumière de diverses théories et méta-théories éthiques, elles-mêmes fonctions de l'ensemble des croyances, convictions, théories et méta-théories d'arrière-plan. Les principes moraux pourraient, par exemple, se fonder sur une théorie fondationnaliste, le cognitivisme moral (l'intuitionnisme, le droit naturel, par exemple) ou sur l'équilibre réfléchi *étroit* que produirait une interprétation des propres convictions morales du juge à la lumière d'un ensemble cohérent de principes ou des convictions morales qui suscitent un consensus dans la communauté politique au Canada. Cependant, quelle qu'elle soit, la théorie de la morale politique ne correspond pas nécessairement à la théorie constitutionnelle qui sera constituée de l'ensemble des principes reconnus comme justifiant les droits et libertés garantis dans la Charte une fois que le processus de détermination de tous les principes sera terminé (si il est jamais achevé). Voir *supra*, Partie I.

[156] Cette croyance peut se fonder sur diverses considérations comme, par exemple, les mots de l'article 1 de la Charte et leur interprétation depuis *R. c. Oakes*, précitée, note 22, la tradition politique et juridique au Canada, une version substantive de la primauté du droit conçue comme sur une interprétation cohérente de la morale politique qui rend compte le mieux des convictions morales fondamentales des canadiens, etc.

[157] Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1967.

[158] *Dyment*, précité, note 126, 427.

[159] *Id.*

[160] *Id.*

[161]*Id.*, 427-428.

[162]Précitée, note 22, 136.

[163]*Id.*

[164]*Id.*

[165]*Id.*

[166]*Dyment*, précité, note 126, 429.

[167]La signification du mot «abusives» présuppose que le juge en chef l'a préalablement interprété. À cet égard, la décision n'est pas plus «objective» ni «déterminée» que ne l'est celle qui détermine le principe lui-même. Il ne va pas de soi que le mot «abusif» implique que l'article 8 vise la protection des «attentes raisonnables» en matière de vie privée.

[168]*Hunter*, précité, note 1, 159.

[169]*Id.* Ultiment, dans l'affaire *Dyment*, le juge Laforest s'est demandé si les restrictions du droit à la protection des «attentes raisonnables» embrassait la protection de la vie privée dans les contextes «territorial», «informationnel» ou «personnelles» et il répond par l'affirmative. *Dyment*, précité, note 126, 428 et suiv.

[170][1985] 2 R.C.S. 350.

[171]*Id.*, 365-366. Cette règle de la cohérence interne du texte a guidé certaines décisions ou opinions de la Cour. Voir par exemple *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précitée, note 4; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, précité, note 3; *Renvoi relatif à l'art. 93 et à l'al. 195.1(1) c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, l'opinion du juge Lamer. Voir aussi l'opinion controversée de la majorité des juges de la Cour suprême dans l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, selon laquelle les droits linguistiques (énoncés dans diverses garanties constitutionnelles), contrairement aux garanties juridiques, ne se fondent pas sur des principes.

[172]Les règles *noscitur a sociis* et *ejusdem generis* ainsi que le principe de l'uniformité d'expression constituent des exemples classiques de la proposition selon laquelle des dispositions, notions, mots, reliés entre-eux peuvent indiquer qu'ils doivent être compris à la lumière d'un principe unificateur. Voir P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 87, p. 293 et suiv., p. 313 et suiv. La maxime *expressio unius est exclusio*

alterius, par exemple, exprime traditionnellement l'idée de la proposition selon laquelle ils ne le doivent pas. Voir P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 87, p. 316 et suiv.

[173] Ces pratiques constituent des applications spécifiques, en droit et en morale, du «discours pratique». Voir, par exemple, R. ALEXIS, *op. cit.*, note 36; C. PERELMAN, *op. cit.*, note 36.

[174] Cette idée est probablement l'une des contributions significatives de l'herméneutique telle qu'elle est conçue dans les sciences sociales. Voir par exemple Peter WINCH, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, New York, Humanities Press, 1958; Michael T. GIBBONS (dir.), *Interpreting Politics*, New York, New York University Press, 1987; Paul RABINOV et William M. SULLIVAN (dir.) *Interpretive Social Science: a Reader*, Berkeley, University of California Press, 1979. En théorie générale du droit, il faut souligner la contribution de H.L.A. HART, *op. cit.*, note 86, pp. 86-87, p. 132 et suiv., en particulier, à la page 134. Voir P.M.S. HACKER, «Hart's Philosophy of Law», dans P.M.S. HACKER et J. RAZ (dir.), *op. cit.*, note 33; Neil MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Stanford, Stanford University Press, 1981; Neil MACCORMICK, «Law, Morality and Positivism», dans J.A. ANDREWS et R. CARD (dir.), *Legal Studies*, London, Butterworths, 1981, p. 131.

[175] La cohérence «relative» du discours juridique tend à confirmer ce point. On imaginerait mal un juge, formé en droit canadien, soutenir rationnellement que l'article 8 de la Charte a pour objet la protection des bélugas, la promotion des vacances à la ferme ou des poignées de porte ou expliquer, arguments à l'appui, que cet article ne doit bénéficier qu'aux professeurs d'université et aux juges de la Cour supérieure dont l'indépendance est menacée! Le discours juridique, comme tout discours rationnel, est contraint par des normes. Plusieurs juristes ont tenté de clarifier les règles ou normes qui le constituent. Voir, par exemple, R. ALEXIS, *op. cit.*, note 36; Chaïm PERELMAN, *La logique juridique: nouvelle rhétorique*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1979; C. PERELMAN, *op. cit.*, note 36; N. MACCORMICK, *op. cit.*, note 173; R. DWORKIN, *op. cit.*, notes 36 et 92; O. FISS, *loc. cit.*, note 120; R. FALLON, *loc. cit.*, note 92 (dans le contexte américain). Pour une introduction au problème de la rationalité du discours pratique en droit dans une perspective herméneutique, voir J. LENOBLE, «La théorie de la cohérence normative en droit. Le débat Dworkin-MacCormick», (1988) 33 *A.P.D.* 121.

[176] CARROLL, «De l'autre côté du miroir», dans L. CARROLL, *Alice au pays des merveilles suivi de De l'autre côté du miroir* (1975), traduit par André Bay, 246.

[177] Walter Benn Michaels demandait, «[i]f [...] you believe that Rabelais is sexist, can you choose to believe that he isn't? Did you ever choose that he was? You might, of course, become convinced that he was, but are being convinced and freely choosing the same? The whole point of being convinced is that we cannot help believing whatever it is we are convinced of, whereas the whole point of freely choosing is that we might freely choose otherwise»: Walter B. MICHAELS, «Is There a Politics of Interpretation?», dans W.J.T. MITCHELL (dir.), *The Politics of Interpretation*, Chicago, University of Chicago Press, 1983, p. 336.

[178] On pourrait penser qu'il n'y a pas une seule «bonne» réponse à chaque fois que la décision d'un

—
juge est controversée ou que deux juges sont en désaccord sur le sens d'un élément. Cependant, ces faits (quasiment quotidiens) ne font rien à l'affaire. La question n'est pas de savoir si, en regardant la pratique de l'extérieur, un observateur constate des désaccords sur les principes. Elle est de savoir si un juge, situé à l'intérieur de la pratique, qui reconnaît le devoir de déterminer rationnellement le but des droits et libertés et qui prend la méthode téléologique au sérieux, peut raisonnablement conclure qu'il existe une seule réponse correcte à la question «quel est le but de la disposition constitutionnelle X?». Sur le débat de la seule réponse correcte en droit, voir en particulier R. DWORKIN, *op. cit.*, notes 36 et 92.

[179] Voir partie I, texte accompagnant la note 7.

[180] La *déduction* du sens n'est pas un processus formel. Elle fait appel à la logique *matérielle* qui reconnaît la nécessité d'*évaluer* et de *comparer* le contenu matériel des interprétations concrètes concurrentes possibles en fonction du contenu matériel du principe abstrait. Voir *infra*.

[181] Il peut sembler curieux de qualifier de *fondamental* certains «droits» protégés concrets et spécifiques. Par exemple, la Cour suprême du Canada a décidé, dans *Zundel c. La Reine*, [1992] 2 R.C.S. 731, que la liberté d'expression, garantie à l'article 2(b), protégeait les publications fausses délibérées jugées de nature à causer une atteinte à quelque intérêt public. S'il est admis que le *droit* général à la liberté d'expression, garanti à l'article 2(b), est fondamental, il est plus douteux que le *droit* constitutionnel concret qui en découle, le droit de chacun de publier délibérément des faussetés qui sont de nature à causer du tort à l'intérêt public, puisse être considéré comme protégeant un *intérêt* fondamental. Que répondrions-nous à la question: «le *droit* de publier délibérément des faussetés devrait-il être jugé fondamental au point de mériter une protection constitutionnelle»? Sur cette question, voir la discussion de la Cour dans *Zundel*, précité, 751-760. Joseph Raz a clarifié cette distinction entre les droits abstraits et les droits concrets qui en découlent en distinguant entre les «core rights» et les «derivative rights». Un «core right» est fondé directement sur un *intérêt* dont l'importance et la valeur le rendent digne d'une protection spéciale. Par contre, un «derivative right» trouve sa justification nécessaire et suffisante dans l'existence d'un «core right». Ainsi, il pourrait, en tant que tel, viser un intérêt qui, en l'absence du «core right» le justifiant, ne serait pas digne de protection. Il dit, «without grasping the relation between core and derivative rights one is liable to fall into confusion. My rights to walk on my hands is not directly based on an interest served either by my doing so or by others having duties not to stop me. It is based on my interest in being free to do as I wish, on which my general right to personal liberty is directly based. [...] Often right-holders have a direct interest in that to which they have derivative rights. But those do not always ground their rights. A right is based on the interest which figures essentially in the justification of the statement that the right exists. The interest relates directly to the core right and indirectly to its derivatives»: J. RAZ, *op. cit.*, note 33, 169.

[182] Cette formulation formelle n'est pas sans rappeler la technique d'interprétation constitutionnelle décrite par le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis au début du XIXe siècle dans l'affaire *M'Cullock c. State of Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton's) 316 (1819), et approuvée par la Cour suprême du Canada dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précité, note 4. Le juge en chef Marshall écrivait que la nature d'un document constitutionnel exigeait «that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves»: *M'Cullock*, précité, 407.

[183] Voir C. PERELMAN, *op. cit.*, note 174; Luis RECASÉNS-SICHES, «La logique matérielle du raisonnement juridique», dans Hubert HUBIEN (dir.), *Le raisonnement juridique*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1971, p. 129.

[184] Voir *supra*, partie II. Le processus d'application des principes peut même entraîner une «réinterprétation» du principe lui-même. C'est pourquoi j'écris «et continue à être». Dans le contexte de l'interprétation des lois, P.-A. Côté a exposé «l'influence de l'application sur l'interprétation». Voir P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 87, 343-344. Voir aussi H.-G. GADAMER, *op. cit.*, note 93, p. 148 et suiv.

[185] Voir *supra*, Partie II.

[186] Les décisions qui font d'une considération donnée une question de principe s'opposent, non seulement aux décisions de principe entendues dans un sens faible, mais aussi aux décisions rationnelles *ad hoc*, d'une part, et aux décisions de *compromis*, d'autre part.

[187] Les *questions de principe* rappellent la théorie d'Immanuel Kant selon laquelle une action est moralement bonne si elle est *fondée* sur un *principe moral* (le principe constituant la raison pour laquelle l'action est posée) indépendamment des conséquences désirables ou indésirables qui peuvent s'ensuivre. Pour Kant, le caractère moral du principe qui guide et justifie l'action dépend de sa conformité avec ce qu'il appelle «l'impératif catégorique» dont l'une des formules repose sur le caractère *universel* du principe en question. Une personne qui affirme que son (ou un) intérêt particulier *X* doit être protégé énonce un *principe moral* s'il s'engage à affirmer le même jugement à l'égard de tout ceux qui, sous divers aspects pertinents, se trouvent dans une situation semblable. Voir H.J. PATON, *The Moral Law Kant's Groundwork of the Metaphysic of Morals* (1948).

[188] Plusieurs juristes américains ont insisté sur un aspect ou l'autre de ces propositions. Pour Herbert Wechsler, les tribunaux ont le devoir d'*appliquer* d'une façon *neutre* le principe qui a été assigné comme justifiant une disposition constitutionnelle (en ce sens le principe n'est pas moralement neutre, il comprend une valeur) à tous les cas qui correspondent à ses conditions d'application indépendamment des conséquences: «[a] principled decision [...] is one that rests on reasons with respect to all the issues in the case, reasons that in their generality and their neutrality transcend any immediate result that is involved». H. WECHSLER, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», (1959) 73 *Harv. L. Rev.* 1, 19. Le théoricien contemporain du droit qui a poussé cette réflexion le plus loin est certainement Ronald DWORKIN, *op. cit.*, note 92, p. 243. Pour lui, «[l]aw as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles [...] and asks them to enforce these in a fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards».

[189] Voir, par exemple, P.W. HOGG, *op. cit.*, note 4, pp. 809-815; Peter W. HOGG, «Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification», (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 817, 818-821, 837; Michel LE BEL, «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. 742, 746, note 12; S. PECK, *loc. cit.*, note 3, 22; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 14, pp. 820-824.

[190] Voir, par exemple, *Hunter*, précité, note 1; *Big M*, précité, note 3.

[191] *Id.*

[192] Voir, par exemple, *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précité, note 4; *Hunter*, précité, note 1.

[193] Précitée, note 1, 156.

[194] [1930] A.C. 124, 136.

[195] [1980] A.C. 319, 328.

[196] *Hunter*, précité, note 1, 156 (nous avons souligné).

[197] Précité, note 3.

[198] *Id.*, 344 (nous avons souligné).

[199] M. LE BEL, *loc. cit.*, note 188, 746, note 12 (nous avons souligné).

[200] P. HOGG, *op. cit.*, note 4, p. 811.

[201] *Id.*, p. 812. L'auteur soutient que cette approche implique nécessairement que les critères de justification des restrictions imposées à de tels comportements au sens de l'article premier de la Charte seront nécessairement allégés.

[202] *Id.*, p. 814.

[203] *Id.*

[204]«In the case of some rights, that is correct: a purposive interpretation will yield a broad scope of the right»: *Id.*

[205]*Id.*

[206]*Id.* L'auteur ne précise pas la nature de la subordination d'une approche à l'autre.

[207]*Id.*, pp. 814-815. Voir dans le même sens, S. PECK, *loc. cit.*, note 3, 18 et suiv.

[208]P.W. HOGG, *loc. cit.*, note 188, 837.

[209]*Minister of Home Affairs c. Fisher*, précité, note 194, 328, cité dans *Hunter*, précité, note 1, 156.

[210]*Big M.*, précité, note 3, 344. La version anglaise est encore plus claire: «The interpretation should be [...] a generous [...] one, *aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter's protection.*» (Nous avons souligné.)

[211]*Id.*

[212]Par exemple, les auteurs Brun et Tremblay soutiennent que le principe de l'interprétation libérale est «commun à toutes les Chartes»: H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 14, pp. 820 et 822, alors que le principe d'interprétation téléologique est «propre» à la Charte canadienne du fait que cette dernière est un «document pleinement constitutionnel».

[213]*Id.*, p. 820.

[214]*Id.*

[215]*Id.*, p. 822.

[216]Pensons simplement à la liberté d'expression énoncée à l'article 2(b) et au droit à la liberté énoncé à l'article 7 de la Charte.

[217]Précitée, note 3.

[218] Voir, par exemple, D. BEATTY, *loc. cit.*, note 55, 394: «In the first phase of the review process, [Bertha Wilson] would characteristically press for the most "liberal" and wide-ranging definition of the interests and activities that were protected by the rights and freedoms». Voir aussi Marc GOLD, «Of Rights and Roles: The Supreme Court and the Charter», (1989) 23 *U.B.C.L. Rev.* 507, 508, 513 et suiv.; Berend HOVIUS, «The Morgentaler Decision: Parliament's Options», (1988) *Can. Fam. L.Q.* 137, 154; P.W. HOGG, *op.cit.*, note 4, no 31, p. 1027.

[219] Cela ne veut pas dire que toutes les étapes du raisonnement ont été explicitement exprimées ni que nous devons approuver sa décision. Voir le commentaire de L.E. WEINRIB, «The *Morgentaler* Judgment: Constitutional Rights, Legislative Intention, and Institutional Design», (1992) 42 *U. Toronto L. J.* 22, 48 et suiv.

[220] *Morgentaler c. La Reine*, précitée, note 3, 164.

[221] *Id.*, 166.

[222] *Id.*

[223] *Id.*, 171.

[224] *Id.*, 171-172.

[225] Question controversée sur laquelle je n'ai pas besoin de me prononcer ici. Voir, par exemple, *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code Criminel (Man.)*, précité, note 170, 1171 et suiv. (opinion du juge Lamer).

[226] *Id.*

[227] *Id.*, 1171.

[228] Le raisonnement du juge Lamer révèle aussi une conception *interprétativiste*. Cependant, il a accordé beaucoup plus de poids à l'unification des dispositions énumérées sous la rubrique «garanties juridiques» (les articles 7 à 14) que le juge Wilson dans l'affaire *Morgentaler*. Le juge Lamer est un grand défenseur de la thèse selon laquelle le *texte* même de la Charte doit être lu comme un tout cohérent. Voir *Dubois c. La Reine*, précité, note 169, 365; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, précité, note 3.

[229] *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'art. 195.1(1) (c) du Code Criminel (Man.)*, précité, note 170, 1173.

[230] *Id.*, 1173-1174.

[231] Le juge Lamer admet que son interprétation peut «paraître une lecture restrictive de l'art. 7»: *Id.*, 1178 (nous avons souligné).

[232] Le juge Lamer semble d'accord avec cette interprétation: «Bien que cela puisse paraître une lecture restrictive de l'article 7, j'estime qu'il n'est ni sage ni nécessaire d'englober tous les autres droits de la Charte dans l'article 7. On peut parvenir à une interprétation large et généreuse de la Charte qui accorde aux individus tout le bénéfice de sa protection sans incorporer d'autres droits et libertés à l'article 7. Cette interprétation de l'article 7 est compatible avec une interprétation extensive de la liberté et de la sécurité de la personne», *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1) c) du Code criminel (Man.)*, précité, note 170, 1178.

[233] Dans *Dyment*, précité, note 126, qui portait sur le sens de l'article 8 de la Charte, le juge Laforest affirme: «un objet important, mais non nécessairement le seul, de la protection constitutionnelle qu'offre l'article 8 [...] est la protection de la vie privée des particuliers. [...] Et ce droit, à l'instar des autres droits garantis par la Charte, doit recevoir une interprétation large et libérale, de manière à garantir au citoyen le droit d'être protégé contre les atteintes du gouvernement à ses attentes raisonnables en matière de vie privée». *Dyment*, précité, note 126, 426. L'interprétation large se fonde sur le principe qui sous-tend l'article 8.

[234] Cette conception de l'approche évolutive est généralement admise. Voir, par exemple, P.W. HOGG, *op.cit.*, note 4, pp. 809-810; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 14, p. 823; Frederick Lee MORTON et Rainer KNOPFF, «Permanence and Change in a Written Constitution: The "Living Tree" Doctrine and the Charter of Rights», (1990) 1 *S.C.L. Rev.* (2d) 533.

[235] *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précité, note 4, 366.

[236] Voir, par exemple, P.W. HOGG, *op. cit.*, note 4, p. 809. F.L. MORTON et R. KNOPFF, *loc. cit.*, note 233, 539.

[237] Voir F.L. MORTON et R. KNOPFF, *loc. cit.*, note 233; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 4.

[238] Voir F.L. MORTON et R. KNOPFF, *loc. cit.*, note 233, 540.

[239] Je laisse de côté la discussion de savoir si les droits étaient déjà dans le droit avant d'être expressément reconnus. Voir les travaux de R. DWORKIN, *loc. cit.*, notes 36 et 92.

[240]Précitée, note 3.

[241]Le processus de raisonnement est d'abord régressif et, ensuite, analogique.

[242]*Morgentaler c. La Reine*, précité, note 3, 166.

[243]Précité, note 193.

[244]*Id.*, 136.

[245]Voir, par exemple, H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 14, p. 206; F.L. MORTON et R. KNOPFF, *loc. cit.*, note 233.

[246]Il n'était pas nécessaire, pour les fins de ce texte, d'élaborer cette conception de la primauté du droit au-delà du devoir d'agir rationnellement. Néanmoins, une justification complète de la conception interprétativiste devrait nécessairement exposer les postulats fondamentaux de cette conception de la primauté du droit.