

La renonciation aux droits et libertés constitutionnels

Karine Millaire

Thèse de doctorat

présentée aux fins d'obtention du diplôme de

Doctorate in Philosophy in Law (Ph.D.)

Évaluateurs :

Jacques Frémont

Jean-François Gaudreault-DesBiens

Peter Oliver

Daniel Weinstock

Superviseure :

Nathalie DesRosiers

Dépôt initial : 25 janvier 2020

Soutenance : 8 juin 2020

Dépôt final : 8 juillet 2020

Université d'Ottawa

© Karine Millaire, Ottawa, Canada, 2020

*Astronomers postulated Neptune before they discovered it.
They knew that only another planet, whose orbit lay
beyond those already recognized, could explain the
behavior of the nearer planets.*

– Ronald Dworkin¹

La renonciation est notre Neptune.

¹ « [...] Integrity is our Neptune. » Ronald Dworkin. *Law's Empire*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986 à la p 183.

RÉSUMÉ

Dans quelle mesure l'individu peut-il renoncer aux droits et libertés protégés par la Charte canadienne ? Ces garanties ayant été constitutionnalisées pour les protéger contre toute *violation* de l'État, le langage et la rationalité juridique en matière constitutionnelle ne traduisent pas bien la problématique de la renonciation. Or, la possibilité pour l'individu d'invoquer son « autonomie », son « consentement libre et éclairé » ou sa « liberté de choix » de disposer de *ses* droits est désormais la norme plutôt que l'exception. Il est devenu nécessaire de conceptualiser la renonciation et de préciser comment les tribunaux peuvent se prononcer sur la constitutionnalité de telles *limites volontaires* aux droits dans le cadre de notre société libre et démocratique.

Notre thèse conceptualise la renonciation aux droits et libertés constitutionnels pouvant être limités selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne, lequel prévoit que toute limitation à un droit doit être raisonnable et justifiée « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Notre démonstration inclut au moins trois (3) contributions significatives. Dans une perspective critique, nous démontrons (i) que l'ancien paradigme selon lequel les droits et libertés ne seraient susceptibles de renonciation qu'exceptionnellement est révolu. La distinction entre les droits et libertés susceptibles ou non de renonciation ne peut se justifier ni en théorie, ni en pratique. Nous proposons donc une (re) conceptualisation de la problématique de la renonciation. Nous distinguons la renonciation des concepts d'autonomie et de consentement. Nous démontrons qu'elle doit être justifiée au-delà du seul consentement « libre et éclairé ». Nous situons la renonciation dans le processus systémique d'adjudication des droits et libertés par les tribunaux. Nous démontrons (ii) que lorsqu'elle a pour objet un droit pouvant être limité selon l'article 1 Charte canadienne, la renonciation constitue une *limite volontaire* au sens de cette disposition. Nous démontrons enfin (iii) que la renonciation, comme toute limite aux droits, doit être justifiée dans notre société libre et démocratique selon la norme de l'article 1.

SUMMARY

To what extent can individuals waive the rights and freedoms protected by the Canadian Charter? Human rights have been entrenched in our Constitution to protect them against any form of *violation*. Such language of rights and its corresponding rationality do not allow to fully capture and describe the problem of waiver in the context of constitutional rights' adjudication. Successfully citing "personal autonomy", "free and informed consent", or "freedom of choice" to waive one's *own* rights has become the standard, rather than the exception. Waiver should be taken seriously and conceptualized to clarify how courts should rule on the constitutionality of such *willful limitations* to rights in our free and democratic society.

My thesis conceptualizes waivers to constitutional rights and freedoms that can be limited according to section 1 of the Canadian Charter, which provides that any constitutional right's limitation must be reasonable and "justified in a free and democratic society". My demonstration includes three main (3) contributions. In a critical perspective, I demonstrate (i) that the existing theoretical framework according to which constitutional rights are exceptionally waivable no longer aligns with jurisprudence. The distinction between waivable and non-waivable constitutional rights cannot be justified in theory nor in practice. I suggest a (re)conceptualization of waiver. Waiver can be distinguished from the concepts of personal autonomy and consent. I demonstrate that it must be justified beyond the sole "clear and informed" consent. I contextualize the concept of waiver within the systemic process of rights adjudication by courts. I demonstrate that (ii) when waiver has for object a right that can be limited under section 1 of the Canadian Charter, it can be conceptualized as a *willful limit* according to this provision. I finally argue that (iii) waiver, as any limit to constitutional rights, must be justified in our free and democratic society according to section 1.

REMERCIEMENTS

Cette thèse est le fruit d'un long parcours autonome. Du début jusqu'à la fin, j'ai pu compter sur le soutien inestimable de Jean-Michel Desrosiers. C'est d'abord à lui que je dois mes remerciements.

Je tiens également à remercier sincèrement ma superviseure Nathalie DesRosiers pour sa confiance, sa disponibilité et son précieux soutien lors de toutes les étapes clés m'ayant permis de réaliser mon projet ambitieux.

D'autres personnes ont contribué significativement à la réalisation de mon doctorat. À titre de membre de mon comité de thèse, Jacques Frémont m'a appris à questionner la nature du droit et à oser maintenir mes ambitions jusqu'au bout. J'assume toutefois pleinement d'avoir choisi de jouer le tout pour le tout. C'est que l'idée de saisir cette chose qu'est la « renonciation » m'habitait depuis un séminaire enseigné par Louis-Philippe Lampron, avec qui j'ai réalisé mon premier essai de maîtrise sur le sujet. J'y ai pris goût pour la recherche critique et fondamentale. Encore me fallait-il arriver à mettre les mots sur les choses. Bien avant de le rencontrer, Daniel Weinstock a donc aussi été mon professeur. Il a contribué, le temps de la soutenance, à l'achèvement temporaire de ma thèse.

Je souhaite ensuite remercier Daniel, Jacques, Jean-François Gaudreault-DesBiens et Peter Oliver pour leur évaluation généreuse, la richesse de leurs commentaires ainsi que la grande qualité des échanges ayant eu lieu lors de ma soutenance. Ceux-ci me seront utiles bien au-delà de la présente thèse.

Je tiens à souligner la contribution du Programme de bourses d'études supérieures du Canada Vanier – CRSH à la poursuite de mes recherches.

Enfin, je remercie Élodie et Mathieu qui, avec Jean-Michel, ont été présents et n'ont jamais remis en doute la pertinence de ma démarche.

Merci à toutes et tous.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
(a) Définir et distinguer la renonciation	9
(b) Une limite aux droits qui doit être justifiée selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne.....	13
 Chap. 1 DISTINGUER LES DROITS ET LIBERTÉS SUSCEPTIBLES DE RENONCIATION : UNE APPROCHE À REPENSER.....	 23
1.1 Les limites inhérentes à la dignité humaine	23
1.1.1 L'argumentation.....	25
1.1.1.1 Une normativité philosophique	26
1.1.1.2 Une normativité juridique	28
1.1.2 Un fondement commun à tous les droits et libertés	33
1.2. La distinction entre les garanties à portée individuelle ou collective.....	38
1.2.1 L'argumentation.....	38
1.2.1.1 La distinction générale	39
1.2.1.2 L'ordre public.....	41
1.2.2 Des garanties à la fois individuelles et collectives	46
1.3. Logique binaire de validité, principe de non-hiérarchisation et nature des droits et libertés : incohérences.....	54
Conclusion : Repenser la constitutionnalité de la renonciation	59
 Chap. 2 RENONCIATION, CONSENTEMENT ET AUTONOMIE	 62
2.1 La renonciation et la norme jurisprudentielle du consentement.....	64
2.1.1 Le caractère déterminant du consentement.....	64

2.1.2 Le consentement « libre et éclairé » : exigences et incertitudes	67
2.1.2.1 La pleine connaissance de la protection en jeu	68
2.1.2.2 La connaissance des conséquences de la renonciation	73
2.1.2.3 L'existence d'options véritables	84
2.1.2.4 Le consentement suffisamment précisé.....	87
2.1.2.5 L'existence et la mise en œuvre de mécanismes de protection de second ordre	89
2.2 Les concepts éthiques d'autonomie et de consentement	92
2.2.1 Le consentement comme acte communicationnel	92
2.2.1.1 Information et communication : deux approches ...	93
2.2.1.1.1 Le modèle fondé sur les métaphores du langage comme conduit et contenant.....	93
2.2.1.1.2 Le modèle fondé sur l'agentivité.....	97
2.2.1.2 Les angles morts du consentement	106
2.2.2 L'autonomie personnelle : fondement et limite du consentement	113
2.2.2.1 Le droit et la valeur de l'autonomie comme prémisses du consentement.....	114
2.2.2.2 L'autonomie au-delà du consentement	119
2.2.2.2.1 Les fondements éthiques du concept d'autonomie	119
2.2.2.2.1.1 L'autonomie objective fondée sur des principes.....	121
2.2.2.2.1.2 L'autonomie subjective ou autonomie rationnelle	128
2.2.2.2.1.3 Le « libre-choix » : l'absence d'autonomie	132
2.2.2.2.2 Les limites de l'autonomie et la pratique judiciaire.....	135
Conclusion : Définir et justifier la renonciation au-delà du consentement	139

Chap. 3	LE CONCEPT DE RENONCIATION	142
3.1	Interpréter la renonciation	144
3.1.1	Le droit comme concept d'interprétation.....	145
3.1.1.1	Droit, morale et politique	145
3.1.1.2	Le rôle de la théorie.....	154
3.1.2	La renonciation aux droits et libertés : un cas difficile.....	161
3.2	Limiter les droits et libertés dans une société libre et démocratique.....	166
3.2.1	Conceptualiser la norme de l'article 1 de la Charte canadienne	166
3.2.1.1	La limitation restrictive et la prédétermination des droits.....	167
3.2.1.2	La limitation constitutive et le caractère indéterminé des droits	172
3.2.2	Le choix de la Cour suprême dans l'arrêt <i>Oakes</i> : entre modèle d'adjudication apparent et modèle réel.....	180
3.3	Dynamique systémique d'adjudication des droits et norme de l'article 1 : situer la renonciation	189
3.3.1	Langage des droits et constitutionnalité de la renonciation : l'incontournable logique constituante	189
3.3.2	Sur les traces de la renonciation en contexte(s) d'adjudication	196
3.3.2.1	La renonciation et la validité de la loi commune : <i>Carter c. Canada</i>	197
3.3.2.2	La renonciation et la règle de common law de droit public	207
3.3.2.2.1	Le consentement à la renonciation et sa révocation : <i>R c. Wong</i>	208
3.3.2.2.2	La renonciation implicite : <i>R c. Fearon</i>	214
3.3.2.3	La renonciation contractée	216
Conclusion :	La renonciation en tant que limite aux droits	220

Chap. 4	JUSTIFIER LA RENONCIATION	224
4.1	L'impératif de la <i>rule of law</i>	224
4.1.1	De la nécessaire légitimité au principe d'intégrité....	225
4.1.1.1	L'intégrité de l'État	225
4.1.1.2	L'intégrité jurisprudentielle	233
4.1.2	Une communauté raisonnée de valeurs et de principes.....	236
4.1.2.1	Du principe d'autonomie chez Kant à la responsabilité morale	237
4.1.2.2	Vers le concept de communauté politique chez Dworkin.....	244
4.2	Les raisons de la renonciation... et de ses limites	253
4.2.1	Intégrité, principes non écrits et architecture constitutionnelle	254
4.2.1.1	Les fonctions normatives des principes non écrits	255
4.2.1.2	Le constitutionnalisme non écrit, la nature du droit et le rôle fondamental du pouvoir judiciaire	263
4.2.2	Le rôle déterminant de la primauté du droit et du constitutionalisme	268
4.2.2.1	La renonciation doit être justifiée	269
4.2.2.2	La renonciation doit être cohérente.....	270
4.2.2.3	La renonciation à <i>un</i> droit ne constitue pas la renonciation <i>au</i> droit.....	271
4.2.2	L'architecture de la renonciation : esquisse complémentaire.....	272
4.2.2.1	Le pluralisme.....	274
4.2.2.2	L'autonomie	291
4.2.2.3	L'égalité	294
4.2.2.4	Le principe démocratique.....	302
4.2.2.5	La dignité humaine.....	305
CONCLUSION	Justifier la renonciation dans notre société libre et démocratique.....	309
BIBLIOGRAPHIE		315

LA RENONCIATION AUX DROITS ET LIBERTÉS CONSTITUTIONNELS

Il y a une trentaine d'années, Charles Taylor mettait en lumière les grandeurs et misères du mouvement de subjectivation moderne. « Les choses qui trouvaient autrefois leur centre de gravité dans quelque réalité extérieure – la loi ou la nature – dépendent désormais de notre possibilité de choisir.² » Ce n'est plus l'autorité, incluant celle d'un supposé ordre de droit positif, qui dicte nos choix et nos actions. Plus que jamais, nous devons réfléchir par nous-mêmes. Tel que le rappelait Hannah Arendt qui avait formé sa pensée dans la foulée de l'examen de conscience collectif ayant suivi la Seconde guerre mondiale, penser par soi-même est une responsabilité. Cette responsabilité de juger nous incombe à tous, pour autant que nous en ayons la volonté.³

Ces malaises de la modernité que décrivaient Taylor prennent d'abord racine dans la perte de sens, c'est-à-dire la perte de l'horizon moral. La quête nécessaire d'authenticité de chacun envers soi-même est souvent comprise à tort comme une démarche visant à repousser toujours plus loin les frontières de l'individualisme. Et pendant que chacun s' imagine conquérir sa propre liberté à chaque fois qu'il exprime ses goûts et préférences, peu d'attention est donnée au rétrécissement du champ des

² Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, coll L'essentiel, Montréal, Bellarmin, 1992 à la p 103. Ce livre reprend le cycle de conférences *The Malaise of Modernity* parrainé par le collège Massey de l'Université de Toronto et diffusé par Radio-Canada en 1991 dans le cadre de l'émission « Ideas ».

³ Hannah Arendt, *Responsabilité et jugement*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 2009. Arendt était d'accord avec Kant pour dire que la liberté de chaque personne se situe dans sa motivation à agir, dans sa décision *individuelle* et non contrainte d'obéir à la loi morale dont elle est elle-même l'auteure. Cela ne s'oppose toutefois pas à la responsabilité politique *collective* qui incombe à tout membre d'une communauté. Échapper à cette responsabilité nécessiterait d'échapper à la communauté, ce qui est impossible. S'il est possible de quitter une communauté en particulier, il est impossible de vivre en tant qu'être humain sans appartenir à une communauté ou une autre. *Ibid* à la p 202.

choix *réels* à notre portée. Nous oublions que notre liberté est indissociable de celle des autres et qu'elle est inévitablement conditionnée par notre égalité... relative.

L'idéal moral d'authenticité et de véracité face à soi-même a aussi façonné des transformations bénéfiques de notre rapport à la normativité. La tolérance et la valorisation de l'autogouvernance a mené à l'accroissement du pouvoir de normativités non juridiques ou hybrides. De nouveaux ponts ont été construits entre les disciplines afin de s'y rejoindre en des lieux communs.⁴ Plus généralement, la pensée libérale moderne a mené à la reconnaissance de l'égale valeur de multiples conceptions de la vie bonne.⁵

Or, la reconnaissance accrue du pluralisme moral, social et normatif se reflète nécessairement dans l'interprétation continue du droit. Nous savons qu'il n'existe en réalité aucune séparation étanche entre le droit et la morale politique.⁶ L'acceptation du pluralisme a permis de repenser la construction du droit en tenant compte des normativités propres aux peuples autochtones, aux communautés religieuses ou culturelles. Qu'en est-il toutefois de la construction du droit fondée sur les choix plus proprement individuels de chacun ?

La technique et la rationalité juridiques font face à un défi toujours plus complexe : Comment concilier l'exercice *individuel* des droits et libertés fondamentaux avec les objectifs, valeurs et principes *communs* ? La montée de l'individualisme et de la valeur de l'autonomie personnelle auraient-

⁴ Selon Jean-Guy Belley, les disciplines juridiques doivent rejoindre les autres sciences et disciplines humaines au « centre même du pont », là où doit se trouver le « véritable laboratoire de l'interdisciplinarité ». Jean-Guy Belley, « Conclusion – Un nouvel esprit scientifique pour l'internormativité » dans Jean-Guy Belley (dir), *Le droit soluble. Contributions à l'étude québécoise de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996 à la p 277.

⁵ Parmi tant d'autres, voir par exemple les œuvres de John Rawls *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971 et de Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge ; London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.

⁶ Sur la nature fondamentale du droit lui-même comme de la pratique juridique, voir les travaux de Ronald Dworkin, dont notamment *Law's Empire*, *supra* et *Justice for Hedgehogs*, Cambridge ; London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2013 (voir en particulier le chap 16 « Law » aux p 400-416).

elles mené à l'avènement d'un « droit de choisir⁷ » la normativité à laquelle chacun consent ? Que penser de la perspective d'une « conjonction démocratique » où le pluralisme en viendrait à justifier la revendication d'un « gouvernement de soi »⁸ ?

Plus particulièrement, l'article 1 de la Charte canadienne⁹ prévoit que les droits et libertés constitutionnels ne « peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». L'opérationnalisation de cette norme par la Cour suprême fut réalisé dans l'arrêt bien connu *Oakes*¹⁰. Or, le test analytique de l'arrêt *Oakes* a été élaboré dans le contexte historique où les droits et libertés fondamentaux avaient été enchâssés dans la Charte canadienne afin de les protéger contre toute *violation* par l'État.¹¹ Dans quelle mesure l'individu autonome peut-il toutefois *renoncer* volontairement aux droits et libertés protégés par la Charte canadienne ? Voici la question que pose sans détours la présente thèse.

Le sujet de la renonciation aux droits et libertés de la personne est pratiquement absent de la littérature juridique. Très peu d'auteurs ont abordé la question et aucune conceptualisation de la renonciation qui soit cohérente avec le processus d'adjudication des droits et libertés n'a été proposée à ce jour.¹² Dans la foulée du droit international suivant la

⁷ Voir Jean-François Perrin, *Le droit de choisir — Essai sur l'avènement du « principe d'autonomie »*, Genève, Schulthess, 2013.

⁸ Ces expressions sont tirées de la recension critique de l'essai sociologique de Jean-François Perrin effectuée par Jean-Guy Belley, « Droit et non-droit du gouvernement de soi : une conjoncture démocratique ? » (2016) 92:1 *Droit et société* 245.

⁹ Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 [Charte canadienne].

¹⁰ *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103 [*Oakes*].

¹¹ En outre, c'est dans cette perspective qu'on a conclu que la restriction à un droit, à supposer qu'elle poursuive un objectif légitime, doit être la plus minimale possible.

¹² Karine Millaire, « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : une approche à repenser » (2019) 60:4 *Les Cahiers de Droit* 991 ; Maxime Lamothe, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes*, coll Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007 ; Peter Hogg, « Waiver of rights » dans *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd, vol 2, Toronto, Thompson Reuters, 2016 aux p 37-

Seconde guerre mondiale, les droits et libertés ont été ont été sacralisés par les déclarations universelles et enchâssés dans la Constitution canadienne ainsi que d'autres textes fondamentaux¹³ pour les protéger contre toute violation de l'État ou d'autrui. Jamais n'a-t-on envisagé à l'époque l'éventualité où les individus invoqueraient leur « autonomie », leur « consentement libre et éclairé » ou leur « liberté de choix » de disposer de *leurs propres* droits fondamentaux. La Charte canadienne est d'ailleurs muette quant à la renonciation des droits qu'elle garantit, ses rédacteurs n'ayant manifestement pas envisagé la question des droits humains sous cet angle.

Or, contextualisée dans la pensée pluraliste et libérale moderne, l'avènement de la renonciation apparaît logique. Le pluralisme ne s'illustre plus uniquement dans l'appartenance choisie de l'individu à un ordre

42 à 37-56 ; Christian Brunelle et Mélanie Samson, « La renonciation aux droits et libertés » dans « Les limites aux droits et libertés », École du Barreau du Québec, *Droit public et administratif*, Collection de droit 2018-2019, vol. 8, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2018 à la p 95. Sur la renonciation touchant surtout les garanties juridiques en matière criminelle et pénale, voir en particulier Anne-Marie Boisvert, « La renonciation aux droits constitutionnels : quelques réflexions », dans *Développements récents en droit criminel*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 185. Voir également Alan Young, « "Not waving but drowning": a look at waiver and collective constitutional rights in the criminal process », (1989) 53:1 Saskatchewan Law Review 47 ; Edward L Rubin, « Toward a General Theory of Waiver », (1981) 28:3 UCLA Law Review 478 et Luc Huppé, « La renonciation de l'individu aux droits et libertés qui lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés », (1986) 46 RduB 684. Sur la renonciation contractualisées et la Charte québécoise, voir Pierre-Olivier Laporte. « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle » (2006) 40 RJT 287. En droit du travail, voir notamment Daniel Proulx, « Les arrêts *Dickason* et *Renaud* ou la redéfinition des rapports hiérarchiques entre les lois sur les droits de la personne et les conventions collectives de travail », dans Denis Nadeau et Benoît Pelletier (dir), *Relation d'emploi et droits de la personne : évolution et tensions!* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994 et Andrée Lajoie, *Pouvoir disciplinaire et tests de dépistage de drogues en milieu de travail : illégalité ou pluralisme*, coll « Relations industrielles », vol 27, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995 à la p 39. Pour un point de vue critique sur le fait que certains droit seraient susceptibles de renonciation et d'autres non, voir Louis-Philippe Lampron et Eugénie Brouillet, « La renonciation aux droits et libertés fondamentaux : interdite pour certains et permise pour d'autres ? » dans « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? », (2011) 41 RGD 93 aux p 125-130.

¹³ Nous référons notamment aux textes de nature quasi-constitutionnelle comme la *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c-12 [Charte québécoise].

normatif collectif ou à un autre. C'est désormais un *pluralisme du soi* qui investit le champ moral comme juridique. Dans cette perspective, sans doute est-il moins étonnant de constater que la possibilité de renoncer aux garanties de la Charte canadienne comme de la Charte québécoise est désormais la norme plutôt que l'exception.¹⁴

Historiquement, la renonciation portait surtout sur les garanties juridiques en matière criminelle et pénale.¹⁵ Encore aujourd'hui, la mesure et les modalités selon lesquelles il est possible de renoncer au droit à l'avocat¹⁶, au droit d'être jugé dans un délai raisonnable¹⁷ ou devant jury¹⁸, au droit de garder le silence¹⁹, à la présomption d'innocence²⁰, au secret professionnel²¹ ainsi qu'à la vie privée protégée via la protection contre les

¹⁴ Bien que celles-ci ne soient pas l'objet principal de la présente étude, les garanties de la Charte québécoise sont également généralement susceptibles de renonciation selon la jurisprudence pertinente. Voir Millaire, « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : Une approche à repenser », *supra*.

¹⁵ Boisvert, *supra*.

¹⁶ Para 10b) de la Charte canadienne. Voir notamment *Clarkson c La Reine*, [1986] 1 RCS 383 [*Clarkson*] ; *R c Manninen*, [1987] 1 RCS 1233 ; *R c Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 RCS 310 ; *R c Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 RCS 429.

¹⁷ Para 11b) de la Charte canadienne. Voir notamment *Mills c La Reine*, [1986] 1 RCS 863 ; *R c Rahey*, [1987] 1 RCS 588 ; *R c Brassard*, [1993] 4 RCS 287 ; *R c Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 RCS 741 ; *R c Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 RCS 631 ; *R c Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 RCS 659.

¹⁸ Para 11f) de la Charte canadienne. Voir notamment *R c Lyons*, [1987] 2 RCS 309 ; *R c Lee*, [1989] 2 RCS 1384 ; *R c Turpin*, [1989] 1 RCS 1296.

¹⁹ L'article 7 de la Charte canadienne garantit ce droit avant le procès. Voir notamment *R c Hebert*, [1990] 2 RCS 151 (constitutionnalisation du droit précédemment protégé par la *common law*) ; *R c Singh*, [2007] 3 RCS 405, 2007 CSC 48. Le paragraphe 11c) de la Charte canadienne garantit plutôt le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même dans toute poursuite intentée pour l'infraction reprochée. Une personne peut donc choisir de témoigner de manière à s'incriminer, mais elle n'y est pas contrainte.

²⁰ Para 11d) de la Charte canadienne. Voir notamment *R c Richard*, [1996] 1 RCS 896 [*R c Richard*] ; *R c Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 RCS 696 [*R c Wong*].

²¹ Le secret professionnel est protégé dans le cadre de la protection contre les fouilles et saisies abusives prévue à l'article 8 de la Charte canadienne. *Lavallée, Rackel & Heintz c Canada (Procureur général)* ; *White, Ottenheimer & Baker c Canada (Procureur général)* ; *R. c Fink*, [2002] 3 RCS 209, 2002 CSC 61.

fouilles, saisies et perquisitions abusives²² continue de faire l'objet de discussions jurisprudentielles et d'opinions partagées.²³

Avec le temps, de multiples ouvertures à la renonciation ont pu être relevées ou peuvent l'être à la lumière d'une analyse attentive de la jurisprudence. Le patient peut renoncer aux droits à la sécurité²⁴ et à la protection contre les traitements cruels et inusités²⁵ en exprimant son *consentement libre et éclairé* à ce qui pourrait sinon être qualifié d'atteinte à son intégrité, voire de torture.²⁶ Si le renonçant a plutôt *choisi* de participer à une bagarre à coups de poings²⁷, de *jouer* selon les règles du jeu à un sport violent²⁸ ou encore de *travailler* comme cascadeur²⁹, la

²² Art 8 de la Charte canadienne. Voir notamment *R c Evans*, [1991] 1 RCS 869 ; *R c Mellenthin*, [1992] 3 RCS 615 [*R c Evans*] ; *R c Borden*, [1994] 3 RCS 145 [*R c Borden*] ; *R c Arp*, [1998] 3 RCS 339 ; *R c Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 RCS 579 ; *R c Cole*, [2012] 3 RCS 34 [*R c Patrick*] ; *R c Fearon*, [2014] 3 RCS 621 ; 2014 CSC 77 [*R c Fearon*] ; *R c Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 RCS 608 ; *R c Reeves*, 2018 CSC 56.

²³ La Cour suprême a par ailleurs déjà conclu qu'il n'est pas possible de renoncer au droit à un interprète dans le contexte d'un procès criminel où le prévenu risquait l'emprisonnement. *R c Tran*, [1994] 2 RCS 951 [*R c Tran*].

²⁴ Art 7 de la Charte canadienne.

²⁵ Art 12 de la Charte canadienne.

²⁶ Les situations de renonciations en la matière ne sont souvent pas qualifiées comme telles. On traitera plus spécifiquement de la sous-question du consentement. Or, nous exposerons qu'il existe de bonnes raisons de considérer ce type de *transactions* survenant en contexte biomédical comme des renonciations, le consentement n'en constituant qu'une dimension de nature procédurale. Voir Neil C Manson et Onora O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, New York, Cambridge University Press, 2007 (en particulier « Justifying consent transactions: consent as waiver » aux p 72-76). Plus largement, sur le principe général selon lequel « sauf dans les situations d'urgence, une intervention chirurgicale sans consentement constitue habituellement des voies de fait », voir par exemple *E (M^{me}) c Eve*, [1986] 2 RCS 388 au para 100. Sur le refus de traitement, voir notamment *Nancy B c Hôtel Dieu de Québec*, [1992] RJQ 361 (CS) ; *Cuthbertson c Rasouli*, 2013 CSC 53, [2013] 3 RCS 341 ; *AC c Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 RCS 181 [*AC c Manitoba*]. Dans ce dernier cas, la liberté de religion entrait également en jeu.

²⁷ *R c Jobidon*, [1991] 2 RCS 714.

²⁸ *Ibid* aux p 766-767.

²⁹ *Ibid* à la p 767.

renonciation au droit à la sécurité sera également possible selon des mesures variables.

Dans l'arrêt *Carter c. Canada*³⁰, la Cour suprême a conclu qu'il est même possible de renoncer au droit à la vie, lequel protège pourtant une des valeurs les plus fondamentales de notre société. La criminalisation absolue de toute aide au suicide est inconstitutionnelle.³¹ Selon les juges, les personnes peuvent « « renoncer » à leur droit à la vie [puisque sinon il] en résulterait une « obligation de vivre » plutôt qu'un « droit à la vie »³² ».

Plus largement, les restrictions aux droits et libertés peuvent être incluses dans différents processus contractuels et viser les droits constitutionnels comme quasi-constitutionnels. Les restrictions aux droits et libertés « consenties » dans les contrats de travail sont monnaie courante et questionnent par exemple la portée de l'obligation de loyauté envers l'employeur ainsi que la protection de la vie privée.³³ La Cour suprême a certes reconnu qu'il n'est pas possible de « renoncer par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne³⁴ », mais elle a conclu du même souffle qu'est légale la clause d'une convention collective par laquelle les salariés ont collectivement *consenti* à une discrimination fondée sur l'âge. Une convention collective pourrait ainsi *justifier* la limitation aux droits dans la mesure où les lois en matière de rapport

³⁰ *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 RCS 331 [*Carter*].

³¹ La Cour suprême a déclaré que les dispositions du *Code criminel*, LRC 1985, c C-46 [*Code criminel*] en cause portaient atteinte aux trois valeurs protégées par l'article 7, à savoir, le droit à la vie, la liberté et la sécurité de la personne, ce contrairement aux principes de justice fondamentale, et ce également de façon injustifiée au sens de l'article 1 de la Charte canadienne.

³² *Carter*, *supra* au para 63.

³³ Voir par exemple Stéphane Lacoste et Catherine Massé-Lacoste, « Les développements récents en droit de la vie privée appliqués au droit du travail » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit du travail* (2019) vol 454, Montréal, Éditions Yvons Blais à la p 89 ; Mélanie Samson et Christian Brunelle, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : étude empirique de l'incidence des chartes » (2007) 48 Les Cahiers de droit 281.

³⁴ *Dickason c Université de l'Alberta*, [1992] 2 RCS 1103 au para 36 [*Dickason*].

collectifs de travail « sont conçu[e]s expressément pour permettre de surmonter ou de compenser tout déséquilibre en matière de pouvoir de négociation³⁵ ».

La contractualisation des pratiques religieuses ne cesse d'être à la source de litiges. Elle se manifeste dans des contextes variés, par exemple en matière de contrats de copropriétés³⁶, de droit familial³⁷ ou dans le milieu de l'enseignement.³⁸ La Cour suprême a d'ailleurs elle-même invité à se pencher sur la renonciation à la liberté de religion en affirmant que celle-ci « soulève encore des interrogations³⁹ ».

La renonciation pose des enjeux sensibles en matière de protection de la vie privée⁴⁰ à l'ère de la portée toujours plus accrue des technologies de l'information et de la communication des informations personnelles. Les consentement individuels sont souvent données de manière *quasi automatique* pour contracter sur le web ou être actif sur les réseaux sociaux, par exemple. Très souvent, les renonçants ne connaissent pas ou *ne peuvent*

³⁵ *Ibid*, référant à *Commission ontarienne des droits de la personne c Municipalité d'Etoibicoke*, [1982] 1 RCS 202 et *Winnipeg School Division No 1 c Craton*, [1985] 2 RCS 150. Dans le cas d'un contrat individuel de travail où le rapport de force n'est pas le même, la Cour suprême a évité de se prononcer quant à savoir si une salariée pourrait renoncer à choisir le lieu de sa résidence en tant que garantie potentiellement protégée par le droit de faire des choix fondamentaux quant à sa personne. Voir *Godbout c Longueuil (Ville)*, [1997] 3 RCS 844 [*Godbout c Longueuil*]. Sur les incertitudes demeurant quant au fait que le choix du lieu de sa résidence soit protégé par le droit à l'autonomie, voir *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c Cunningham*, [2011] 2 RCS 670 au para 93. Quant à la protection de l'article 7 dans un contrat de travail, voir *Association des juristes de justice c Canada (Procureur général)*, 2017 CSC 55, [2017] 2 RCS 456 aux para 48-52 [*Association des juristes de justice c PGC*].

³⁶ *Syndicat Northcrest c Amselem*, [2004] 2 RCS 551, 2004 CSC 47 [*Syndicat Northcrest c Amselem*] au para 92.

³⁷ *Bruker c Marcovitz*, [2007] 3 RCS 607, 2007 CSC 54 (contexte de la détermination des droits et normes applicables entre époux en cas de rupture)

³⁸ *Law Society of British Columbia c Trinity Western University*, 2018 CSC 32 (code de conduite obligatoire lié au respect de pratiques religieuses en contexte universitaire).

³⁹ *Syndicat Northcrest c Amselem*, [2004] 2 RCS 551, 2004 CSC 47 au para 92 [*Syndicat Northcrest c Amselem*].

⁴⁰ Voir l'article 5 de la Charte québécoise.

pas connaître toutes les conséquences possibles de leur acceptation.⁴¹ Des critiques sérieuses ont été formulées notamment quant à l'utilisation du consentement individuel à titre de « sésame » justifiant la transmission des renseignements personnels.⁴² Il apparaît de plus en plus clair que l'ancien paradigme du consentement individuel ne peut suffire pour justifier les renonciations omniprésentes à la vie privée et pour faire échec à toute possibilité de réparation, peu importe l'importance du préjudice subi.

Il est ainsi devenu inévitable de prendre au sérieux la problématique de la renonciation. Or, si les cas de renonciation et les interrogations qu'ils suscitent foisonnent, ni la jurisprudence, ni la littérature ne proposent de cadre d'analyse clair et cohérent pour déterminer leur légalité.⁴³ Cela n'est pas banal. En outre, il existe bien une méthode d'analyse pour déterminer si une « limitation » à un droit peut être justifiée en vertu de l'article 1 de la Charte canadienne.⁴⁴

(a) Définir et distinguer la renonciation

Le cœur de notre thèse consiste à cerner la problématique de la renonciation et à définir le concept de renonciation aux droits et libertés constitutionnels lorsque ceux-ci peuvent être restreints selon la norme prévue à l'article 1 de la Charte canadienne. Nous proposons ainsi une réponse aux questions générales suivantes : En quoi la renonciation est-elle un concept spécifique et nécessaire à la fois à la théorie constitutionnelle et à la pratique du droit ?

⁴¹ En outre, il est démontré que les contrats dans internet, même s'ils sont supposés avoir été lus, sont « largement ignorés ou mal connus ». Georges Azzaria et Hélène Zimmermann. « Pratiques et représentations des internautes québécois en matière de consentement, de droit à la vie privée et de droit d'auteur » (2019) 24 *Lex-electronica* 1.

⁴² Voir généralement Vincent Gautrais et Pierre Trudel, *Circulation des renseignements personnels et web 2.0*, Montréal, Éditions Thémis, 2010.

⁴³ La littérature canadienne accuse un manque clair de théorie en la matière et une telle entreprise n'a pas été menée à terme à notre connaissance. En droit étranger, nous relevons que Philippe Frumer a tenté sans succès un tel exercice de théorisation de la renonciation aux garanties de la Convention européenne des droits de l'Homme, concluant à une impasse en la matière. Philippe Frumer, *La renonciation aux droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant et Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001.

⁴⁴ Voir *Oakes*, *supra* ; *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 RCS 567 [*Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*] ; *Frank c Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1 [*Frank*].

Le cas échéant, dans quelle mesure et selon quels principes une renonciation peut-elle, ou doit-elle, être jugée constitutionnelle dans le cadre du processus d'adjudication des droits et libertés par les tribunaux ?

À l'essentiel, nous conceptualisons la renonciation à titre de « limite » aux droits au sens de l'article 1 de la Charte canadienne. Alors que les *restrictions* ou *violations* résultant de l'action de l'État constituent des limites *involontaires* du point de vue des individus, la renonciation est une limite *volontaire*.⁴⁵ La renonciation peut être *explicite*, comme dans le cas d'un contrat *clair* ou d'une déclaration judiciaire. La renonciation peut aussi être *implicite*, par exemple lorsqu'une personne renonce à la protection de la valeur constitutionnelle de la vie privée en communiquant des messages textes par téléphone cellulaire.⁴⁶ C'est aussi le cas lorsqu'une personne, arguant qu'une prohibition absolue d'aide au suicide porte atteinte notamment à son autonomie, renonce au droit à la vie autrement opposable à l'État et invoque l'inconstitutionnalité de la loi commune.⁴⁷ Notre conceptualisation de la renonciation en tant que *limite* aux droits nous fonde à défendre la thèse selon laquelle toute renonciation, comme toute limite, *doit* être justifiée dans le cadre de notre société libre et démocratique selon la norme de l'article 1.⁴⁸

Les précisions qui suivent ont pour objet de distinguer de façon préliminaire la renonciation d'autres concepts pouvant entrer en jeu dans le cadre du processus plus large d'adjudication des droits. Ces précisions sont générales, étant entendu qu'un des objectifs principaux de notre thèse est justement de définir avec plus de précision la renonciation.

⁴⁵ Nous effectuons cette démonstration au chapitre 3.

⁴⁶ Dans l'arrêt *R c Fearon, supra*, une majorité de juges de la Cour suprême a conclu que les téléphones cellulaires pouvaient faire l'objet d'une fouille accessoire à une arrestation légale. Il n'y a pas alors d'atteinte à la protection contre les fouilles et saisies abusives garantie à l'article 8 de la Charte canadienne.

⁴⁷ *Carter, supra*.

⁴⁸ Nous effectuons cette démonstration au chapitre 4.

(i) Renoncer à un droit ne signifie pas exercer ce même droit, notamment un volet « négatif » de celui-ci

« Exercer » un droit n'est manifestement pas synonyme de « renoncer » à ce même droit. Or, certaines confusions peuvent survenir si la sphère de protection du droit constitutionnel en cause n'est pas clairement définie.

Certaines libertés fondamentales se sont vu reconnaître un volet dit « négatif » dans la jurisprudence. Ainsi, la liberté de religion inclut la liberté de ne pas croire⁴⁹, la liberté d'expression inclut la liberté de ne pas s'exprimer ou de ne rien dire⁵⁰ et la liberté d'association inclut celle de ne pas s'associer, même si cette dernière peut faire l'objet de limites intrinsèques justifiées par un fondement démocratique.⁵¹ Invoquer la liberté de ne pas s'exprimer, par exemple, consiste donc à *exercer* ou *invoquer* son droit constitutionnel à la liberté d'expression.

À l'inverse, certains droits constitutionnels ne protègent pas une dimension négative de nature comparable. Par exemple, le droit à la vie n'inclut pas dans sa sphère de protection un *droit de mourir* dans la dignité. Le droit à la vie protège le « droit de ne pas mourir⁵² ». Cela ne signifie pas que « les personnes ne peuvent « renoncer » à leur droit à la vie⁵³ », peu importe les circonstances. Lorsqu'une personne demande à l'État une aide à mourir, celle-ci n'exerce pas un *droit à la mort* ou un *droit de mourir dans la dignité*.⁵⁴ Elle *renonce* au droit à la vie, qui empêcherait autrement l'État de provoquer sa mort, et exerce notamment son droit à l'autonomie.⁵⁵

⁴⁹ Al 2a) de la Charte canadienne. Voir notamment *École secondaire Loyola c Québec (PG)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 RCS 613.

⁵⁰ Al 2b) de la Charte canadienne. Voir notamment *Canada (PG) c JTI-Macdonald Corp*, 2007 CSC 30, [2007] 2 RCS 610 [*Canada (PG) c JTI-Macdonald Corp*].

⁵¹ Al 2d) de la Charte Canadienne. *R c Advance Cutting & Coring Ltd*, [2001] 3 RCS 209, 2001 CSC 70.

⁵² *Carter, supra* au para 61.

⁵³ *Ibid* au para 63.

⁵⁴ Cette formulation ou dimension du droit à la vie a été expressément rejetée par la Cour suprême. *Ibid* aux para 59-60.

⁵⁵ Dans l'arrêt *Carter, supra*, la Cour suprême a conclu que les droits à l'autonomie, la sécurité ainsi que la vie (en ce que certaines personnes pouvaient s'enlever la vie

(ii) *Il n'y a pas renonciation lorsque le droit peut toujours être pleinement exercé ou lorsqu'il ne peut plus l'être*

Si renoncer à un droit ne peut équivaloir à exercer ce même droit, il en découle logiquement qu'il n'y a pas renonciation si le droit peut toujours être pleinement exercé. Par exemple, une personne peut tarder à revendiquer ou opposer à l'État une garantie constitutionnelle. Cela ne signifie pas qu'elle y ait renoncé.

De manière similaire, si une garantie constitutionnelle ne peut plus être revendiquée, elle ne peut plus faire l'objet d'une renonciation. La renonciation est une limite à un droit qui peut être opposable au renonçant en raison de son caractère *volontaire*, que celle-ci lui soit opposée de manière directe ou indirecte. Si un droit est limité indépendamment de la volonté du renonçant, par exemple parce qu'une règle législative prévoit qu'il ne peut plus être exercé, il n'y a pas dans ce cas renonciation.

Certaines confusions peuvent toutefois survenir selon la nature de droit en cause, les valeurs constitutionnelles protégées et les responsabilités morales qui lui sont sous-jacentes. C'est par exemple le cas du droit de vote⁵⁶. Le *droit de voter* ne constitue certes pas une *obligation de voter*⁵⁷. Il ne s'agit pas pour autant d'une *liberté de voter*⁵⁸ et le droit de vote n'inclut pas dans sa sphère de protection un *droit de ne pas voter*⁵⁹. Si une

prématurément) protégés par l'article 7 de la Charte canadienne contre toute restriction contraire aux principes de justice fondamentale était restreints contrairement à l'article 1.

⁵⁶ Art 3 de la Charte canadienne.

⁵⁷ Pour autant que voter soit préférable dans une société libre et démocratique que de ne pas voter et qu'il existe une *responsabilité* morale de le faire, force est de constater que le droit de vote ne constitue pas une *obligation* de voter en droit constitutionnel canadien.

⁵⁸ Le droit de vote opposable à l'État implique que ce dernier prenne les mesures positives requises afin « d'accorder à tous les citoyens le droit de jouer un rôle significatif dans le processus électoral » afin que tous aient « la possibilité réelle de prendre part au gouvernement du pays ». Nos soulignements. *Frank, supra* au para 26, référant à *Figueroa c Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 RCS 912 aux para 25-26 et 30 [*Figueroa*]. Cette garantie se distingue donc forcément d'une liberté fondamentale opposable de façon négative à l'État.

⁵⁹ Dans une telle hypothèse, le *droit de voter* et le *droit de ne pas voter* constitueraient deux options d'égale valeur au sein de notre société libre et démocratique. Par exemple, la *liberté*

personne décide de ne pas se rendre à l'urne pour exprimer son choix, elle ne renonce pas de ce fait à son droit de vote. La problématique de la renonciation cernée est celle qui survient quand une limite volontaire à un droit peut être *opposée* au renonçant.

(iii) *La renonciation ne peut constituer une dérogation ou une modification constitutionnelle, que celle-ci soit formelle ou informelle, voire une sécession*

Pourquoi préciser ce qui semble si évident ? Pourquoi rappeler que l'individu ne peut pas adopter une norme juridique *indépendamment* des garanties de la Charte canadienne, comme le permet dans une certaine mesure l'article 33 aux parlements fédéral et provinciaux⁶⁰ ? Pourquoi souligner que l'individu ne peut par sa seule volonté initier ou approuver une modification constitutionnelle formelle⁶¹ ? Pourquoi garder en tête que, même dans le cas des modifications constitutionnelles informelles, la création d'une convention constitutionnelle ne nécessite pas seulement un *accord* des acteurs visés ainsi que des *précédents*, mais encore une *raison d'être* au sens où elle assure que la Constitution est mise en œuvre « selon les principes ou

de croire ne constitue pas une option préférable à la *liberté de ne pas croire* du point de vue de la réalisation de la valeur constitutionnelle protégée par la liberté de religion. Or, tel n'est pas le cas du droit de vote, qui doit être interprété de façon à « accroît[re] la qualité de notre démocratie et renforce[r] les valeurs sur lesquelles repose notre État libre et démocratique ». *Frank, supra* au para 27, référant à *Figueroa, supra* au para 27. La « légitimité du système démocratique du pays » repose sur le vote du plus grand nombre. *Frank, supra* au para 27. Voir aussi *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 RCS 519 au para 34. Sur la responsabilité éthique et morale sous-jacente à l'interprétation des droits et libertés ainsi que des valeurs constitutionnelles que ceux-ci mettent en œuvre, voir la section 4.1.2 « Une communauté raisonnée de valeurs et de principes ».

⁶⁰ En vertu des para 33(1) et (2), « [l]e Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte. »

⁶¹ Les procédures de modification constitutionnelle formelle sont prévues aux articles 38 à 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 [*Loi constitutionnelle de 1982*].

valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque⁶² » ? Pourquoi songer que même dans le cas d'un *consentement clair*, une entité partie à une forme de pacte ou entente constitutionnelle ne peut *unilatéralement* se soustraire à celle-ci, à moins d'admettre l'argument de la sécession politique de facto ? Pourquoi se rappeler que ce consentement peut tout de même engendrer une *obligation constitutionnelle de négocier*, de s'entendre sur un nouvel équilibre, le cas échéant ?⁶³ Puisqu'à bien y réfléchir, ces questions ne sont pas si étrangères à l'exercice visant à justifier la possibilité comme la limite de la renonciation aux droits et libertés dits *individuels* de manière cohérente avec l'architecture constitutionnelle canadienne.

(b) Une limite aux droits qui doit être justifiée selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne

Notre thèse démontre que toute renonciation à un droit pouvant être limité selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne constitue une *limite* volontaire au sens de cette disposition. Comme toute limite aux droits et libertés, que celle-ci soit volontaire ou non, la renonciation doit être *justifiée* dans le cadre d'une société libre et démocratique selon la norme de l'article 1. Autrement formulé, de la même manière que l'État ne peut limiter les droits des personnes de manière injustifiée, la limite volontaire à un droit, même si elle est consentie de manière libre et éclairé, doit tout autant être substantivement justifiée. Si les individus peuvent désormais renoncer à une pluralité de garanties protégées par les droits et libertés constitutionnels, ils ne peuvent pas renoncer *au droit* lui-même... ni à la norme justificative de l'article 1.

L'ensemble de notre démarche relève de la philosophie, de la théorie générale du droit et de la théorie constitutionnelle en particulier. Il est plutôt dans l'air du temps d'effectuer des analyses techniques très ciblées via des études de cas considérés isolément. Nous sommes toutefois convaincus que

⁶² Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 à la p 880.

⁶³ Sur les principes constitutionnels non écrits auxquels il est ici plus ou moins implicitement fait référence ainsi que sur l'obligation constitutionnelle de négocier, voir le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 [*Renvoi relatif à la sécession*].

c'est bien davantage d'une meilleure compréhension de la problématique générale de la renonciation dont le domaine juridique a besoin, de la recherche de cohérence entre tous les cas rencontrés. Bien-sûr, nous ne pouvons ignorer les particularités d'espèce, mais notre objectif vise à identifier ce que ces cas ont en *commun*. La posture méthodologique qui s'impose à nous est ainsi particulièrement inconfortable par rapport à celles des spécialistes de champs du droit très pointus. Or, cette perspective généraliste, qui perd en popularité, s'avère d'autant plus nécessaire pour retrouver l'horizon de la cohérence, laquelle fonde la primauté du droit.

Poser sérieusement la question de la possibilité de la renonciation aux droits et libertés constitutionnels, c'est en quelque sorte interroger l'idée même des droits et libertés, la pousser dans ses derniers retranchements. Une proposition sérieuse sur cette question se doit donc de se fonder sur un positionnement épistémologique réfléchi quant à la nature du *concept* de droit et de la *pratique* juridique. Il existe de bonnes raisons de soutenir que la recherche juridique et la pratique du droit *vécues* sont ultimement herméneutiques et non empiriques.⁶⁴ Il s'agit donc de notre positionnement épistémologique.

Reconnaître que le droit pratique est sémantique, c'est-à-dire qu'il constitue une pratique herméneutique, c'est assumer pleinement la manière spécifique dont l'argumentation est mobilisée dans notre système juridique aux fins de la construction du droit. S'il est clair que le droit est un

⁶⁴ Sur la nature inévitablement – et ultimement – herméneutique des sciences humaines et autres disciplines relevant des *humanities*, voir Charles Taylor, "Interpretation and the Sciences of Man" (1971) 25:1 *The Review of Metaphysics* 3. Sur la question particulière de la « méthode » propre à la pratique et la recherche juridiques, voir Michelle et Mélanie Samson, « La méthodologie juridique en quête d'identité » dans Georges Azzaria (dir), *Les cadres théoriques et le droit*, Actes de la 2^e journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012. Sur la nature fondamentale du droit lui-même comme de la pratique juridique, voir les travaux de Ronald Dworkin, dont notamment *Law's Empire*, *supra* et *Justice for Hedgehogs*, *supra* (voir en particulier le chap 16 « Law » aux p 400-416). Pour lire notre positionnement sur ces questions, voir Karine Millaire, « L'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles : Triomphe de la judiciarisation des faits sociaux ou de l'argumentation judiciaire des valeurs ? » (2019) 53:3 *Revue juridique Thémis* 501.

phénomène social, sa pratique saisie du point de vue interne par ses acteurs révèle la véritable nature du concept de droit, à savoir un concept d'interprétation.⁶⁵ Reconnaître pleinement cette nature interprétative permet d'aborder de front, autrement dit à visière levée, la question essentielle de sa légitimité et de défendre le principe de cohérence.⁶⁶

La posture herméneutique exige de l'interprète de ne pas de défiler face à sa responsabilité morale. Contrairement à l'adage, ce qui est vrai en théorie doit l'être également en pratique, ce lien logique étant nécessaire à la véracité de toute théorie.⁶⁷ C'est dans cette perspective bien concrète et lucide que nous proposons notre théorie de la renonciation aux droits et libertés constitutionnels.

Afin d'effectuer notre démonstration, nous procédons en quatre (4) étapes :

Chapitre 1– Le premier chapitre déconstruit le paradigme juridique actuel selon lequel les droits et libertés fondamentaux ne seraient susceptibles de renonciation qu'exceptionnellement. La jurisprudence et la littérature suggèrent de départager de manière dichotomique les droits *susceptibles* et *non susceptibles* de renonciation. Le cas échéant, la validité d'une renonciation en particulier est analysée en fonction du consentement individuel exprimé par le renonçant. Nous démontrons que cette approche est injustifiée et problématique du point de vue de la *rule of law*.

Dans une perspective critique, nous analysons les deux principaux arguments invoqués au soutien de cette approche dichotomique : les limites inhérentes à la dignité humaine et la distinction entre les garanties individuelles et collectives. Nous démontrons qu'aucun de ces arguments ne peut justifier en théorie comme en pratique le modèle binaire de validité. Au surplus, nous exposons en quoi une telle conceptualisation de la

⁶⁵ Voir "What is law?" dans Dworkin, *Law's Empire*, *supra* aux p 1-44.

⁶⁶ Charles Taylor, "Interpretation and the Sciences of Man", *supra* à la p 3.

⁶⁷ Sur la démonstration de l'inexactitude du proverbe « Cela peut être bon en théorie, mais ne vaut rien en pratique », voir généralement Emmanuel Kant, *Théorie et pratique*, FB Éditions, 2018.

renonciation est incompatible avec la nature même des droits et libertés fondamentaux ainsi qu'avec le processus selon lequel les tribunaux procèdent à leur adjudication. Cette démonstration nous mène à conclure qu'il est nécessaire de repenser la problématique générale de la renonciation afin d'en proposer une lecture ou une conceptualisation qui soit cohérente du point de vue de la *rule of law*.⁶⁸

Chapitre 2 – Le deuxième chapitre constitue la première étape nous permettant de (re)conceptualiser la renonciation dans le processus d'adjudication des droits et libertés par les tribunaux. Notre objectif est de situer la renonciation dans le système normatif au sein duquel elle évolue et de démontrer la nécessité de ce concept pour fournir une explication complète et cohérente de la problématique étudiée. Celle-ci implique l'interrelation d'au moins trois concepts fondamentaux : la renonciation, le consentement et l'autonomie. Nous approfondissons les dimensions juridiques et éthiques de ces concepts et nous expliquons en quoi ceux-ci se distinguent. Nous démontrons également que la renonciation permet une meilleure compréhension de ce qui se passe vraiment lorsque le *consentement libre éclairé* ou le choix *autonome* d'une personne lui est opposé et a pour effet de (dé)limiter la protection d'un droit constitutionnel.

Nous décrivons d'abord la norme juridique du consentement libre et éclairé à la lumière des principes établis essentiellement dans la jurisprudence de la Cour suprême. Nous démontrons le caractère déterminant du consentement quant à la légalité de la renonciation. Nous proposons une théorisation des exigences normatives permettant d'évaluer si un consentement est véritablement « libre et éclairé », à savoir (i) la pleine connaissance de la protection en jeu ; (ii) la connaissance des conséquences de la renonciation ; (iii) l'existence d'options véritables ; (iv) l'existence d'un consentement suffisamment précisé ; et (v) l'existence et la mise en œuvre de mécanismes de protection de second ordre. Nous mettons également en lumière les nombreuses incertitudes que comporte la

⁶⁸ Le contenu de ce chapitre a été publié dans Karine Millaire, « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : une approche à repenser », *supra*.

jurisprudence pertinente. Nous relevons que la seule *procédure* du consentement, aussi libre et éclairé soit-il, est insuffisante pour rendre compte et justifier la « transaction » survenant lors d’une renonciation ainsi que sa constitutionnalité⁶⁹

Nous approfondissons ensuite les concepts éthiques d’autonomie et de consentement. À la lumière du concept éthique d’agentivité, nous proposons un regard critique sur le consentement compris comme acte communicationnel, lequel est supposé assurer l’autonomie des personnes. Nous relevons que le consentement strictement compris comme un acte communicationnel qui permettrait de *transmettre* les volontés du renonçant comporte d’importantes zones d’ombre. Nous poursuivons ensuite notre analyse en approfondissant les fondements philosophiques du concept d’autonomie. En nous fondant notamment sur la pensée de Kant ainsi qu’une littérature cohérente avec celle-ci, nous démontrons que l’autonomie correctement comprise exige davantage que le seul consentement.⁷⁰ L’autonomie fonde et limite à la fois la portée du consentement.

Nous démontrons donc la spécificité du concept de renonciation, sa nécessité pour expliquer la problématique étudiée et, au surplus, que la renonciation doit être définie et justifiée au-delà du seul consentement.

Chapitre 3 – Le troisième chapitre définit la renonciation. Nous situons celle-ci dans le processus systémique selon lequel les droits pouvant être limités selon l’article 1 de la Charte canadienne font l’objet d’adjudication par les tribunaux. Nous démontrons que la renonciation constitue une *limite* aux droits au sens de l’article 1. Plus particulièrement, la renonciation constitue une limite volontaire⁷¹, les limites provenant de l’action de l’État

⁶⁹ Nos analyses sur ce point sont publiées dans Karine Millaire, « La renonciation aux droits et libertés et le consentement « libre et éclairé » : Fondements, exigences et incertitudes » (2019) 78 *Revue du Barreau* 39.

⁷⁰ Notre analyse sur ce point a été publiée dans Karine Millaire, « Le concept d’autonomie dans l’arrêt *Carter c. Canada* : Au-delà du libre-choix », (2017) 63:2 *McGill L Rev* 283.

⁷¹ Par limite « volontaire », nous entendons qu’il doit pouvoir être soutenu que le caractère volontaire de la limitation est juridiquement opposable à l’individu, que ce soit de manière explicite ou implicite.

étant involontaires. Notre argumentation porte sur l'interprétation du concept même de renonciation ainsi que sur ce que constitue véritablement le fait de *limiter* les droits dans une société libre et démocratique.

Dans un premier temps, nous précisons les fondements méthodologiques de notre démarche interprétative. Celle-ci relève de l'approche décrite par Ronald Dworkin comme visant à faire apparaître le droit *sous son meilleur jour*.⁷² Le droit est par nature un concept d'interprétation. Nous savons également qu'il n'existe pas de séparation étanche entre le droit, la morale politique et la morale en général. C'est dans ce contexte que nous rappellerons le rôle de la théorie face à l'impératif de la *rule of law* qui exige d'interpréter le droit de manière cohérente. Certes, la renonciation est un *cas difficile* à interpréter. Il demeure qu'en théorie comme en pratique, la chercheuse et la juge ont la responsabilité d'identifier la *bonne réponse*, de fournir la bonne interprétation.⁷³

Dans un deuxième temps, nous analysons l'article 1 de la Charte canadienne, lequel prévoit que toute limitation à un droit doit être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Selon le langage retenu dans l'arrêt de principe *Oakes*, une limite à un droit constitue une *restriction* ou une *violation* de celui-ci. Cette conceptualisation emporte une analyse en deux étapes pour déterminer si une limite à un droit est justifiée selon la norme de l'article 1, à savoir : (i) déterminer s'il existe bien une *limite*, laquelle est comprise comme une restriction ou une violation à un droit dont la sphère de protection est prédéterminée indépendamment des valeurs de la société libre et démocratique ; et (ii) le cas échéant, déterminer si cette limite est justifiée selon les valeurs et principes de la société démocratique. Il ne s'agit pas que d'une question de vocabulaire. En outre, ce langage a sans doute contribué à garder dans l'ombre la problématique de la renonciation. En tenant pour acquis que

⁷² Voir Dworkin, *Law's Empire*, *supra*.

⁷³ Voir généralement Dworkin, *Law's Empire*, *supra* ; Dworkin, « Hard cases » dans *Taking Rights Seriously*, London; New York, Bloomsbury Academic, 2013 ; Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra*.

limiter un droit signifie le *violer*, nous n'avons plus les mots pour décrire la problématique grandissante selon laquelle ce sont les individus eux-mêmes qui *choisissent* de limiter la portée de certaines garanties constitutionnelles.

Nous expliquons que d'un point de vue philosophique, le langage explicitement retenu par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes* ne rend pas bien compte de ce que les juges font véritablement. Tel que l'a démontré Daniel Weinstock, les limites aux droits s'avèrent plutôt *constitutives* de leurs sphères de protection véritables, les contours de ces dernières étant inévitablement définis dans le contexte des valeurs et principes de notre société libre et démocratique. Une limite n'est pas alors une violation, mais bien une *délimitation* de ce que protège vraiment un droit. En conséquence, le cadre analytique élaboré dans l'arrêt *Oakes* ne peut être mis en œuvre qu'en considérant les limites comme étant constitutives des droits.⁷⁴

Nous ne soutenons pas que le cadre d'analyse connu comme étant le « test de *Oakes* » doive être révisé.⁷⁵ Nous en appelons plutôt à une meilleure compréhension de ce que les juges *font* – et non de ce qu'ils *devraient faire* – lorsqu'ils limitent les droits. Cette meilleure compréhension permet de mettre en lumière que la renonciation, bien qu'elle ne puisse pas être désignée à titre de « violation », constitue tout autant une « limite » aux droits au sens de l'article 1.

Enfin, nous illustrons dans quels types de contextes pratiques la problématique de la renonciation peut se soulever. Nous proposons une théorisation non exhaustive des *contextes d'adjudication* dans lesquels la légalité de la renonciation est mise en question, à savoir (i) lorsqu'est mis en opposition le choix individuel du renonçant d'abdiquer une garantie fondamentale avec le choix collectif traduit dans une règle de droit de

⁷⁴ Notre démonstration se fonde sur un argumentaire avancé par Daniel Weinstock, « Philosophical Reflections on the *Oakes* Test » dans Luc B Tremblay et Grégoire C N Webber (dir), *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R c Oakes*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, 115.

⁷⁵ Ce n'est pas non plus ce que soutient Weinstock. *Ibid* aux pp 128-129.

nature législative ; (ii) lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure une règle de *common law* de droit public permet d'opposer une renonciation explicite ou implicite au renonçant ; ou (iii) lorsqu'une ou des personnes contractent individuellement ou collectivement des garanties protégées par la Charte canadienne. À partir d'exemples jurisprudentiels, nous démontrons non seulement que la renonciation constitue une limite aux droits, mais également que ce concept est utile à la meilleure compréhension de plusieurs débats jurisprudentiels contemporains.

Chapitre 4 – Le quatrième chapitre porte sur la justification de la renonciation en tant que limite aux droits. Après avoir démontré que la renonciation est bien une limite au sens de l'article 1 de la Charte canadienne, il ne suffit que d'un pas pour conclure qu'elle soit justifiée selon cette même norme. Nous ne tenons toutefois pas cette conclusion pour acquis. Nous proposons une démonstration fondée sur une analyse approfondie des impératifs de la *rule of law* et de l'architecture constitutionnelle propre à la renonciation.

Nous décrivons d'abord la *rule of law* à la lumière de la théorie du droit comme intégrité de Ronald Dworkin et de ses fondements dans la pensée de Kant. Nous expliquons que c'est l'impératif de légitimité de l'action de la juge interprète qui rend nécessaire les principes d'*intégrité* et de cohérence dans la construction du droit. La pensée de Dworkin est associée avec raison à l'importance de l'intégrité jurisprudentielle. Nous rappelons qu'elle vise également l'intégrité de toutes les actions de l'État, incluant celles découlant du pouvoir législatif.

Nous approfondissons ce que signifie le principe d'*intégrité*, lequel nécessite d'interpréter le droit de manière cohérente avec la communauté politique entendue comme une *communauté raisonnée de valeurs et de principes*. Partant du principe éthique d'autonomie chez Kant abordé au chapitre 2, nous expliquons que la responsabilité éthique de l'agent emporte sa responsabilité morale lorsqu'il interprète le droit. De la même manière qu'il n'y a pas de séparation étanche entre droit et morale, il n'y

en a pas davantage entre éthique et morale.⁷⁶ Pour respecter le principe d'intégrité, l'interprétation des valeurs et principes constitutionnels doit être effectuée de manière à concilier ceux-ci. Le droit doit être interprété comme un tout cohérent. Il en va du respect de la *rule of law*.

Cette analyse approfondie nous permet de démontrer que la renonciation *doit* être justifiée selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne. Le seul principe de la *rule of law* (ou primauté du droit) suffit à notre démonstration. Nous poussons toutefois la réflexion plus loin. Nous précisons les liens entre le principe d'intégrité et de cohérence du droit, les principes constitutionnels non écrits et l'architecture constitutionnelle canadienne. Nous dessinons ainsi les contours de l'architecture de la renonciation. Plus précisément, nous suggérons une liste non exhaustive des principes participant à cette architecture, à savoir (i) la primauté du droit et le constitutionnalisme ; (ii) l'autonomie ; (iii) le pluralisme ; (iv) l'égalité ; (v) le principe démocratique ; et (vi) la dignité humaine. En définitive, nous démontrons qu'il s'agit d'autant de raisons justifiant l'ouverture comme les limites de la renonciation au regard de la norme de l'article 1 de la Charte canadienne.

⁷⁶ Alors que l'*éthique* réfère aux standards et principes selon lesquels une personne doit se gouverner elle-même pour vivre une vie bonne, la *morale* porte sur les standards et principes devant gouverner les rapports des individus entre eux. « Moral standards prescribe how we ought to treat others; ethical standards, how we ought to live ourselves. » Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* à la p 191. Sur la distinction générale entre éthique et morale, voir également les pp 13-15.

Chapitre 1

DISTINGUER LES DROITS ET LIBERTÉS SUSCEPTIBLES DE RENONCIATION : UNE APPROCHE À REPENSER⁷⁷

Aucun cadre d'analyse clair et cohérent ne permet de déterminer dans quelle mesure il est possible de renoncer aux droits et libertés fondamentaux. Le cadre d'analyse actuel apparaît conditionné par l'ancien paradigme selon lequel de telles renonciations, à supposer qu'elles soient possibles, sont exceptionnelles. Il suggère de distinguer deux étapes visant à préciser (1) si le droit ou la liberté en cause est susceptible de renonciation et, le cas échéant, (2) si la renonciation d'espèce est valable. Lorsqu'un droit est jugé susceptible de renonciation, la validité est essentiellement déterminée en fonction du consentement exprimé et perçu.

C'est donc un modèle binaire qui fonde la détermination de la validité substantive de la renonciation, lequel départage les droits et libertés pour lesquels toute renonciation serait théoriquement impossible de ceux pour lesquels celle-ci peut être admise. Certaines garanties seraient *susceptibles* de renonciation (*waivable rights*) et d'autres *non susceptibles* de renonciation (*unwaivable rights*).⁷⁸ Notre objectif est de démontrer que la conceptualisation départageant de manière étanche les droits susceptibles et les droits non susceptibles de renonciation est problématique du point de vue de la *rule of law* et qu'elle doit être revue. Nous nous pencherons donc plus précisément sur la première partie du cadre d'analyse.

Nous procéderons en trois temps afin d'effectuer notre critique du modèle binaire de validité de la renonciation, dont les traces sont visibles à la fois dans la jurisprudence et la littérature. Le seul fait que les tribunaux ne retiennent pas les mêmes principes pour déterminer si un droit est *susceptible* ou *non susceptible* de renonciation est problématique quant à

⁷⁷ Le contenu du présent chapitre a été publié dans Millaire, « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : une approche à repenser », *supra*.

⁷⁸ Voir Lamothe, *supra* aux p 20-22 ; Hogg, *supra* à la p 37-42.

la nécessité de cohérence que requiert la *rule of law*.⁷⁹ Nous démontrerons dans les deux premières sous-sections qu'aucun des principaux arguments pouvant être invoqués pour soutenir le modèle binaire, à savoir la distinction fondée sur la dignité humaine et celle qui départage les garanties à portée individuelle ou collective⁸⁰, ne peut le justifier en théorie comme en pratique. Qui plus est, nous exposerons dans une troisième partie que cette conceptualisation est incohérente avec le principe de non-hiérarchisation, la nature particulière des droits et libertés ainsi que le processus de leur adjudication par les tribunaux.

1.1 Les limites inhérentes à la dignité humaine

Invoquer la dignité humaine vient naturellement à l'esprit lorsque se pose la question visant à déterminer si certains droits et libertés devraient être à l'abri de toute possibilité de renonciation. Comme il est impossible de renoncer à la dignité elle-même, il ne serait donc pas possible de renoncer aux garanties qui en relèvent. L'argument semble évident.

Par exemple, une telle argumentation peut mener à affirmer qu'il serait impossible de renoncer au droit à l'égalité puisque celui-ci relèverait plus proprement de la dignité humaine et « pour la simple et bonne raison que la dignité humaine est inaliénable⁸¹ ». De manière similaire, dans l'affaire *R c Tran*, la Cour suprême a notamment fondé son argumentaire sur la dignité pour conclure qu'il n'était pas possible pour l'accusé risquant une

⁷⁹ Sur la cohérence et la *rule of law*, voir généralement Dworkin, *Law's Empire*, *supra* et la sous-section 4.1 « L'impératif de la *rule of law* ».

⁸⁰ Par ailleurs, l'auteur Maxime Lamothe considère également que la nature du droit ou de la liberté visé constitue un autre critère distinct ayant été utilisé par la Cour suprême. Voir Lamothe, *supra* à la p 27. Pour notre part, nous considérons que la « nature » entendue au sens large d'un droit ou d'une liberté ne constitue pas un argument autosuffisant pouvant être considéré de façon hermétique, ladite nature se devant d'être définie selon d'autres principes plus précis.

⁸¹ Le juge Christian Brunelle et la professeure Mélanie Samson manifestent ainsi des craintes légitimes à l'encontre d'une ouverture à des situations de claire discrimination en milieu de travail. Ces auteurs n'affirment toutefois pas expressément que la dignité devrait permettre de départager l'ensemble des droits et libertés comme étant susceptibles ou non de renonciation. Brunelle et Samson, *supra* à la p 96.

peine d'emprisonnement de renoncer au droit à un interprète⁸². La Cour s'est référée à l'affaire américaine *Negron v New York*⁸³, où il avait été conclu qu'« au nom de la simple humanité, [l'accusé] méritait plus que de rester dans l'incompréhension totale pendant le déroulement du procès »⁸⁴.

Nous présenterons ci-après une analyse approfondie d'une telle argumentation. Celle-ci nous permettra de démontrer qu'aussi séduisante soit-elle, l'idée de s'appuyer sur la dignité pour départager les droits et libertés fondamentaux susceptibles ou non de renonciation est incohérente avec le principe même de dignité à titre de fondement commun de tous les droits humains.

1.1.1 L'argumentation

C'est essentiellement le caractère inaliénable de la dignité en tant que fondement normatif des droits et libertés qui est invoqué pour argumenter que certains droits ne devraient pas être susceptibles de renonciation. Nous approfondirons donc cette normativité propre à la dignité.

Nous verrons d'abord que la normativité *juridique* de la dignité prend racine dans une normativité de nature philosophique et morale. Nous discuterons ensuite du principe juridique de dignité, lequel est désormais bien reconnu.⁸⁵ La jurisprudence met d'ailleurs en lumière que la dignité peut jouer un rôle significatif dans l'analyse des tribunaux lorsqu'il est question de définir les droits et libertés et de tracer la ligne entre les limites à ces garanties qui sont justifiées et celles qui ne le sont pas. C'est cette force juridique du principe de dignité qui appuie l'argument selon lequel il

⁸² Art 14 de la Charte canadienne.

⁸³ (1970) 434 F2d 386.

⁸⁴ Nos soulignements. *R c Tran*, *supra* au para 31, citant *Negron v New York* à la p 391.

⁸⁵ Sur la normativité juridique de la dignité humaine, voir notamment Christian Brunelle. « La dignité, ce digne concept juridique » dans École du Barreau du Québec, *Justice, société et personnes vulnérables*, coll de droit 2008-2009 (hors-série), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

s'agirait d'une norme qui pourrait départager les droits susceptibles de renonciation de ceux qui ne le sont pas.

1.1.1.1 Une normativité philosophique

La normativité juridique de la dignité origine d'une longue tradition philosophique. L'idée puissante de la dignité s'est matérialisée avec le temps en valeur sociale, en principe moral, puis en concept juridique. Historiquement, la dignité est graduellement passée d'un don divin à une caractéristique propre à la personne humaine à la période des Lumières. En particulier, l'œuvre de Kant a marqué le développement et la reconnaissance du principe fondamental d'autonomie de la personne qui, en tant qu'être rationnel, est douée de la capacité de se déterminer elle-même. Il s'agit là d'un des fondements de la pensée libérale moderne : la dignité propre aux personnes est attribuable à l'humanité elle-même. Il s'agit donc d'une dignité *humaine*.⁸⁶

Il est clair que la pensée kantienne reconnaissant la valeur intrinsèque et objective de la dignité en chaque personne humaine influence toujours le libéralisme contemporain et la théorie du droit.⁸⁷ Tel que l'explique Ronald Dworkin, l'humanité et les personnes humaines constituent des fins en soi, ne devant jamais être considérés comme des moyens. Le respect de l'humanité en chaque personne nécessite également le respect de sa propre humanité. Une responsabilité partagée en découle. En pratique, « the vague but powerful idea of human dignity [...] supposes that there are ways of treating a [person] that are inconsistent with recognizing [her] as a full

⁸⁶ Sur la question générale du fondement moral attribué à la personne dans l'histoire de la philosophie morale moderne, voir John Rawls, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, Paris, La Découverte, 2008 aux pp 15-21. Sur le rôle de la philosophie kantienne dans l'« invention » du concept d'autonomie, voir Jerome B Schneewind, *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998 aux pp 483-514.

⁸⁷ Christian Brunelle est également d'avis que c'est bien de Kant dont nous vient le principe universaliste du caractère inaliénable de la dignité, lequel imprègne tout le système de protection des droits et libertés. Voir Christian Brunelle, « La dignité, ce digne concept juridique », *supra* à la p 23.

member of the human community, and holds that such treatment is profoundly unjust⁸⁸ ».

Nous verrons dans le sous-chapitre 1.1.1.2 que le mot « dignité » est enchâssé dans divers textes fondamentaux et qu'il peut être lu à de multiples reprises dans la jurisprudence. Il demeure que le *mot* nécessite forcément d'être interprété afin de donner au *concept* un sens, un contenu. Rappelons d'ailleurs que la méthodologie juridique, à l'instar de celles généralement applicable à la recherche dans le domaine des *humanités*, est par nature herméneutique.⁸⁹

Dans cette perspective, Dworkin explique qu'il n'y a pas de séparation étanche entre droit et morale. De même, il n'y a pas de division hermétique entre morale et éthique, ces deux concepts étant à la fois distincts et liés entre eux. Alors que l'*éthique* fait référence aux standards et aux principes selon lesquels une personne doit se gouverner elle-même pour vivre une vie bonne, la *morale* porte sur les standards et principes devant gouverner les rapports des individus entre eux.⁹⁰ La moralité n'est pas ainsi incorporée dans l'éthique, les deux étant plutôt intégrées de façon à se soutenir mutuellement dans la manière de penser comment en arriver à une vie bonne et reconnaître nos responsabilités morales en ce sens. Bref, l'intégration de l'éthique et de la morale constitue « an integration that responds to the traditional philosopher's challenge about what reason we have to be good⁹¹ ».

Une responsabilité éthique et morale incombe donc à l'interprète du droit amené à donner un sens concret aux mots des chartes des droits et libertés tel que « liberté », « égalité » et « dignité ». C'est pourquoi la force

⁸⁸ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* à la p 198.

⁸⁹ Voir Cumyn et Samson, *supra* à la p 57 ; Charles Taylor, "Interpretation and the Sciences of Man", *supra*.

⁹⁰ « Moral standards prescribe how we ought to treat others; ethical standards, how we ought to live ourselves. » Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* à la p 191. Sur la distinction générale entre éthique et morale, voir également les pp 13-15.

⁹¹ *Ibid* à la p 255.

normative juridique de la dignité est nécessairement liée à la force normative des principes et des valeurs morales qui y sont rattachés. Plus précisément, le droit fait partie de la morale politique, mais s'en distingue en étant l'objet d'institutionnalisation. C'est ainsi que la dignité fait son chemin parmi les branches de l'arbre moral jusqu'à la pratique du droit.⁹²

1.1.1.2 Une normativité juridique

Depuis la Seconde Guerre mondiale, la dignité est devenue un véritable symbole de la dimension inaliénable de l'humanité. C'est alors que la dignité a investi le discours juridique global.⁹³ La *Charte des Nations Unies* a été adoptée en 1945, notamment afin de « proclamer [la] foi dans les droits fondamentaux [...], dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites⁹⁴ ». De même, la *Universal Declaration of Human Rights* adoptée en 1948 a constitué une « reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitu[ant] le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde⁹⁵ ». Par cette célèbre formulation, la Déclaration insufflera dans le discours juridique mondial l'idée d'humanité développée dans la foulée des Lumières : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de

⁹² *Ibid* à la p 405.

⁹³ Pour une analyse dans une perspective internationaliste du principe de dignité en tant que fondement du système global de protection des droits et libertés, voir Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3^e éd, Ithaca ; London, Cornell University Press, 2013 aux p 130-132.

⁹⁴ *Charte des Nations Unies*, 1 UNTS XVI (24 octobre 1945), Préambule.

⁹⁵ *Universal Declaration of Human Rights*, GA RES 21A (III), UN DOC A/810 (10 décembre 1948), Préambule.

fraternité⁹⁶ ». Les constitutions de plusieurs États ont depuis enchâssé la dignité humaine à titre de droit constitutionnel.⁹⁷

Adoptée en 1976, la Charte québécoise a reconnu « que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité » et « que le respect de la dignité de l'être humain » constitue l'un des fondements « de la justice et de la paix⁹⁸ ». La dignité est donc une « valeur transcendante à tous les droits et libertés [protégés par cette charte et] un principe premier d'interprétation de celle-ci »⁹⁹. La Charte québécoise consacre même le « droit à la sauvegarde de sa dignité¹⁰⁰ ». Selon le juge Christian Brunelle, le choix de cette formulation confirme que la dignité elle-même n'est pas une création sociale ou étatique, mais plutôt une condition de la personne humaine :

Voilà pourquoi l'expression « droit à la dignité » n'a pas véritablement de sens, si ce n'est pour valoir comme ellipse.
Puisque la dignité est innée chez l'être humain, qu'elle s'impose

⁹⁶ *Ibid*, article premier.

⁹⁷ Le texte de l'article 1 de la *Loi fondamentale pour la République d'Allemagne* (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) adoptée en 1949 est à cet égard le symbole d'une nouvelle ère déterminée à hisser le respect de l'humanité au-dessus de toute autre considération étatique : « La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. » On note la mention d'un droit constitutionnel similaire notamment dans la *Constitution fédérale de la Confédération suisse*, RO 1999 2556 (18 avril 1999) (art 7 : « La dignité humaine doit être respectée et protégée. »), *Constitution of the Republic of South Africa*, no 108, 18 December 1996 (art 10 : « Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected. »), *La Constitution de la Fédération de Russie* (12 décembre 1993) [traduction] (para 21(1) : « La dignité de l'individu est protégée par l'État. Rien ne peut motiver son abaissement. », la *Constitución Política de Colombia*, Gaceta Constitucional No 116, 20 de julio de 1991 (art 21 : « The right to dignity is guaranteed. An Act shall provide the manner in which it shall be upheld. », *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Dziennik Ustaw no 78, texte 483, 2 avril 1997 [Constitution de la République de Pologne] (art 30 : « The inherent and inalienable dignity of the person shall constitute a source of freedoms and rights of persons and citizens. It shall be inviolable. The respect and protection thereof shall be the obligation of public authorities. » et dans *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, Basic Laws of Israël, 17 mars 1992 [traduction].

⁹⁸ Charte québécoise, Préambule.

⁹⁹ *CDPJ c Transport en commun La Québécoise*, 2002 CanLII 9226 (QC TDP) au para 31.

¹⁰⁰ Nos soulignements. Charte québécoise à l'art 4.

à lui », qu'elle est une qualité inhérente et que chacun en est forcément doté peu importe sa condition ou ses actions, il est donc vain de la « réclamer », de chercher à la « gagner » ou à l'« obtenir », même en justice. Manifestement, la dignité tient de l'être bien plus que de l'avoir, d'où la formulation privilégiée par le législateur qui consacre [dans la Charte québécoise], comme il se doit, un « droit à la sauvegarde de sa dignité ». ¹⁰¹

En droit canadien, la dignité est reconnue à titre de valeur constitutionnelle. La *Déclaration canadienne des droits* a proclamé « que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent [...] la dignité et la valeur de la personne humaine [...] dans une société [de personnes] libres¹⁰² et d'institutions libres¹⁰³ ». Le texte de la Charte canadienne ayant constitutionnalisé les droits et libertés ne fait toutefois pas expressément mention de la dignité. C'est la Cour suprême qui a clairement affirmé l'importance du principe.

Dès l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*¹⁰⁴, elle a énoncé qu'une « société vraiment libre [...] doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain¹⁰⁵ ». L'année suivante, dans l'arrêt *Oakes*, la Cour a confirmé que la valeur constitutionnelle de la dignité doit jouer un rôle afin de déterminer si une limitation à un droit ou une liberté est justifiée en vertu de l'article 1 de la Charte canadienne :

¹⁰¹ Nos soulignements. Christian Brunelle, « La dignité, ce digne concept juridique », *supra* à la p 27. Jeremy Waldron souligne également cette tension générale entre le fait que les chartes de protections des droits et libertés *proclament* que la dignité est inhérente à la personne humaine, tout en *commandant* de faire des efforts héroïques pour établir cette même dignité. Ainsi, le terme « dignité » est utilisé pour convaincre à la fois du statut inhérent à la personne humaine et du fait que ce statut ou cette valeur intrinsèque devrait être respectée. Jeremy Waldron, *Dignity, Rank & Rights*, *supra* aux p 16-17.

¹⁰² Nous avons remplacé l'expression originale « d'hommes libres » par « de personnes libres ».

¹⁰³ Nos soulignements. *Déclaration canadienne des droits*, SC 1960, c 44, Préambule au para 1.

¹⁰⁴ *R c Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295.

¹⁰⁵ Nos soulignements. *Ibid* au para 94.

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent [...] le respect de la dignité inhérente de l'être humain [...] Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et 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.¹⁰⁶

La Cour suprême a réaffirmé l'importance de la dignité par différentes formulations ensuite, notamment en concluant que la Charte canadienne « garantit [...] la dignité et la valeur des individus¹⁰⁷ », que « la protection de tous les droits garantis par la Charte est guidée par la promotion de la dignité de l'être humain¹⁰⁸ » et que « le respect de la dignité inhérente de l'être humain » est une des « valeurs et principes essentiels à une société libre et démocratique » devant guider les tribunaux.¹⁰⁹

Soulignons que la dignité joue également un rôle lorsqu'il est question de définir la sphère de protection des droits et libertés, c'est-à-dire d'interpréter la portée et la signification concrète des garanties fondamentales. L'exemple de la protection contre les traitements ou les peines cruels ou inusités¹¹⁰ est emblématique. Comment formuler un raisonnement sur ce qui constitue la cruauté et l'inhumain qui soit complètement détaché de l'idée de dignité humaine ? À l'inverse, on pourra affirmer que c'est en constatant et en mettant en évidence ce qui est concrètement cruel, inusité, inhumain que l'on arrive à mieux circonscrire ce qui constitue l'humanité et la dignité. C'est ainsi que la torture peut être

¹⁰⁶ Nos soulignements. *Oakes*, *supra* au para 64 (j en chef Dickson)

¹⁰⁷ *WIC Radio Ltd c Simpson*, [2008] 2 RCS 420, 2008 CSC 40 au para 30.

¹⁰⁸ *R c Kapp*, [2008] 2 RCS 483, 2008 CSC 41 au para 21 [*R c Kapp*]. Au même effet, voir notamment *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique*, [2007] 2 RCS 391, 2007 CSC 27.

¹⁰⁹ *R c Kapp*, *supra* au para 21, référant aux propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, *supra*.

¹¹⁰ Article 12 de la Charte canadienne.

définie, son « but ultime [étant] de priver une personne de son humanité¹¹¹ ». De même, une peine est cruelle et inusitée si elle se révèle « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine¹¹² ».

Le respect de la dignité a également été invoqué pour définir le droit à l'égalité et à la protection contre la discrimination¹¹³ ainsi que le droit à l'autonomie¹¹⁴. Plus récemment, l'argumentaire développé notamment à partir de la valeur de la dignité a joué un rôle clé dans l'arrêt *Carter* où la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle la criminalisation absolue de toute aide à mourir. Le concept de dignité a illuminé la portée du droit à l'autonomie en lien avec les droits à la sécurité et à la vie.¹¹⁵

Bref, la jurisprudence démontre que la dignité peut jouer un rôle crucial à différentes étapes liées à l'interprétation et à la détermination des limites justifiées aux droits et libertés. Cela confirme l'importance de la normativité juridique de la dignité et sous-tend l'argumentation selon laquelle ce principe peut bel et bien permettre de départager les droits susceptibles de renonciation de ceux qui ne le sont pas.

¹¹¹ Nos soulignements. *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 RCS 3, 2002 CSC 1 au para 51.

¹¹² Nos soulignements. *R c Smith*, [1987] 1 RCS 1045 aux p 1072-1073. Notons que « certaines peines ou certains traitements seront toujours exagérément disproportionnés [puisque] incompatibles avec la dignité humaine : par exemple, l'imposition d'un châtiment corporel. » Nos soulignements. *Ibid* à la p 1074. Une majorité de juges a toutefois nuancé cette affirmation en opinant qu'une force physique « raisonnable » utilisée par un parent envers son enfant n'enfreindrait pas l'article 12 puisqu'une conduite ne pourrait être à la fois raisonnable et incompatible avec la dignité humaine. Voir *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c Canada (Procureur général)*, [2004] 1 RCS 76, 2004 CSC 4.

¹¹³ Voir notamment *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143 aux p 47 et 171 ; *Egan c Canada* [1995] 2 RCS 513 aux para 128 et 179 (j Cory) ; *McKinney c Université de Guelph*, [1990] 3 RCS 229 à la p 391 (j Wilson, dissidente) [*McKinney*].

¹¹⁴ Voir par exemple *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 aux para 228 et 240 (j Wilson, motifs concordants) [*Morgentaler*].

¹¹⁵ Voir Millaire, « Le concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter c. Canada* : Au-delà du libre-choix », *supra* aux pp 302-306.

1.1.2 Un fondement commun à tous les droits et libertés

La dignité est le fondement et le principe d'intelligibilité commun à tous les droits et libertés dits « fondamentaux ». Nous verrons que, dès lors, elle ne peut fonder une distinction dichotomique entre des droits et libertés qui seraient susceptibles ou non susceptibles de renonciation.

Nous souhaitons nous pencher d'abord brièvement sur une des critiques classiques à l'encontre du principe même de dignité. Certains philosophes ont opiné que la dignité serait un concept fourre-tout ambigu cachant un vide quant à tout fondement moral ou éthique, vide qui pourrait être rempli comme bon lui semble à celui qui brandit le mot « dignité ».¹¹⁶ Au contraire, il est bien clair que la dignité humaine est un fondement incontournable de la pensée libérale moderne. De toute façon, de telles critiques n'atteignent pas la normativité *juridique* de la dignité. La dignité humaine est manifestement un principe juridique ainsi qu'une valeur constitutionnelle que reconnaît la Cour suprême. Indépendamment du lien entre droit et morale quant à l'origine première de la normativité juridique de la dignité, cette normativité est bien confirmée.

D'un point de vue juridique, il est vrai que les tribunaux ont pu éprouver parfois une certaine difficulté à définir le contenu du concept de dignité. Par exemple, dans l'arrêt *R c Kapp*, la Cour suprême a opiné que « plusieurs difficultés ont découlé de la tentative dans l'arrêt *Law* de faire de la dignité humaine un critère juridique¹¹⁷ », ce dans le contexte du droit à l'égalité et de la protection contre la discrimination.

Malgré ces commentaires, la dignité est inévitablement demeurée pertinente en matière de droit à l'égalité.¹¹⁸ La Cour suprême a cependant précisé dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A*, que « la « dignité »

¹¹⁶ Voir notamment la critique de Arthur Shopenhauer, *The basis of morality*, New York, The McMillan Company, 1915 à la p 101.

¹¹⁷ *Supra* au para 21.

¹¹⁸ *R c Keegstra*, [1990] 3 RCS 697 à la p 746, cité notamment dans *Saskatchewan (Human Rights Commission) c Whatcott*, [2013] 1 RCS 467, 2013 CSC 11 au para 81.

constitue un objectif fondamental de l'ensemble de la Charte, et non un élément additionnel distinct devant être prouvé par le demandeur dans le cadre de l'analyse relative à l'égalité¹¹⁹ ». En ce qui concerne le test applicable en matière de discrimination, la dignité humaine ne constitue pas un paramètre juridique permettant à elle seule de distinguer ce qui est discriminatoire ou non. Elle constitue plutôt un objectif à atteindre par le respect du droit à l'égalité et à la protection contre la discrimination.

Cette nuance sur le rôle du principe de dignité quant au droit à l'égalité nous amènent à tracer un parallèle avec les difficultés de faire de la valeur constitutionnelle de la dignité humaine un principe qui permettrait de départager les droits et libertés susceptibles ou non de renonciation. La dignité est bien un principe juridique et une valeur constitutionnelle dont la pertinence en matière de renonciation (et généralement en matière de limitation aux droits et libertés) ne fait pas de doute. Cela dit, si nous considérons la dignité humaine comme fondement normatif de *tous* les droits et libertés de la personne, comment affirmer qu'elle permettrait de *départager* de manière dichotomique, binaire, parfaitement étanche, les garanties susceptibles de renonciation de celles qui ne le sont pas ? Si nous devions affirmer, ainsi que le laisse entendre certaines analyses, qu'il n'est pas possible de renoncer à un droit relevant de la dignité humaine parce que cette dernière est inaliénable, nous devrions alors conclure qu'aucun droit n'est susceptible de renonciation. Un tel raisonnement s'avère incohérent avec la jurisprudence reconnaissant de multiples possibilités de renoncer aux droits et libertés. De même, il serait incohérent et inexact d'affirmer que certains droits relèvent *davantage* de la dignité humaine que

¹¹⁹ Nos soulignements. *Québec (Procureur général) c A* 2013 CSC 5, [2013] 1 RCS 61 au para 329. Fournissant des explications suivant les principes établis dans l'arrêt *R c Kapp*, *supra* aux para 329-330, la Cour a de plus expliqué que dans le cas d'une plainte en discrimination, « [l]e demandeur n'a pas besoin de prouver que la loi qu'il conteste répand des attitudes négatives, un aspect essentiellement impossible à mesurer. Par conséquent, exiger d'un demandeur qu'il prouve qu'une distinction perpétue une attitude négative à son endroit serait lui imposer un fardeau dans une large mesure non pertinent, pour ne pas dire indéfinissable. »

d'autres. Les droits et libertés forment ensemble un système de protection de la dignité et des intérêts les plus fondamentaux de la personne humaine.

Nous partageons les craintes sérieuses de Christian Brunelle et Mélanie Samson face à une ouverture à la renonciation au droit à l'égalité qui mettrait en péril « tout le régime législatif de protection contre la discrimination » en permettant « qu'un travailleur, noir ou handicapé par exemple, puisse valablement renoncer à son droit à des conditions de travail exemptes de discrimination pour obtenir un emploi¹²⁰ ». Nous ne pouvons toutefois que nuancer, à l'instar des deux auteurs, leur conclusion selon laquelle le droit à l'égalité ne devrait pas être susceptible de renonciation puisque l'égalité relève de la dignité humaine et que celle-ci est inaliénable.¹²¹ La jurisprudence reconnaît effectivement que même le droit à l'égalité est susceptible de renonciation, ce dans le contexte de la renonciation à la protection contre la discrimination fondée sur l'âge prévue dans une convention collective¹²².

¹²⁰ Brunelle et Samson, *supra* à la p 96, référant à Christian Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2001 aux pp 193-197.

¹²¹ *Ibid* aux p 95-96.

¹²² Dans l'arrêt *Dickason*, *supra*, la Cour suprême a conclu que même s'il n'est théoriquement pas possible de « renoncer par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne » (para. 36), la clause d'une convention collective par laquelle les salariés ont *collectivement consenti* à une discrimination fondée sur l'âge est légale. Une telle renonciation à une protection relevant du droit à l'égalité pourrait peut-être même être confirmée judiciairement dans le cadre d'un contrat individuel de travail. Par exemple, dans l'affaire *Compagnie minière Québec-Cartier c. Commission des droits de la personne du Québec*, JE 99-211 à la p 57, 1998 CanLII 12609 (QC CA), REJB 1998-09715 (CA) au para 128, le juge Beauregard a formulé en *obiter dictum* l'avis que même s'«[i] l est certain que la prohibition de la discrimination à cause de l'âge est une disposition d'ordre public à laquelle on ne peut renoncer à l'avance. Cependant, un employé qu'on invite à aller à la retraite avec les avantages que cela comporte renonce à sa réclamation s'il accepte ces avantages. » Nous sommes d'avis que cette conclusion est particulièrement discutable dans le contexte où le salarié n'avait pas véritablement le choix de « renoncer » aux protections contre la discrimination fondée sur l'âge. En effet, l'employeur avait pris la décision de mettre un terme à son emploi contrairement à sa volonté de conserver son poste et la renonciation alléguée du salarié n'avait pour objet que d'obtenir une indemnité globale de départ supérieure.

Il pourrait être avancé que l'entorse logique que nous critiquons pourrait être évitée en remplaçant la rhétorique de la renonciation *aux droits* par celle de la renonciation *à l'exercice* de ceux-ci. Ainsi, il ne serait pas possible de renoncer aux droits et libertés eux-mêmes, ceux-ci relevant de la dignité humaine, mais seulement à l'exercice de certains d'entre eux. Si certains ont tenté d'approfondir cet exercice de langage, il semble bien que celui-ci mène à un cul-de-sac.¹²³ Cette distinction, à supposer qu'elle soit exacte, ne fournit aucun paramètre normatif permettant de départager les garanties constitutionnelles *dont l'exercice* serait sujet à renonciation de celles qui ne le seraient pas selon le modèle binaire qui est l'objet précis de notre critique.

C'est donc la nature dichotomique d'une classification entre droits susceptibles et non susceptibles de renonciation qui est problématique. Poser la question visant à savoir si un droit est *par nature et généralement* susceptible de renonciation au nom du principe de dignité met mal en lumière les enjeux véritables de la renonciation. Une telle conceptualisation de la validité de la renonciation peut notamment mener à opposer « dignité contre dignité¹²⁴ », ce qui appauvrit les débats moraux et juridiques suscités plutôt que de les éclaircir. Considérons par exemple les questions liées à l'aide à mourir. La dignité en tant que principe impliquant le respect de la valeur inhérente de la vie est au cœur d'arguments à la fois en faveur

¹²³ Voir notamment l'analyse infructueuse en droit européen sur cette question de Frumer, *supra* à la p 578.

¹²⁴ Cette expression a été utilisée pour commenter l'affaire caricaturale du « lancer de nains » ultimement entendue par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (*Wackenheim c. France*, Comité des droits de l'homme des Nations Unies, 26 juillet 2002). Dans cette affaire, la France a eu gain de cause en invoquant qu'un règlement municipal interdisant un concours de lancer de nains n'était pas discriminatoire, puisqu'il avait pour objectif de faire respecter des considérations supérieures liées à la dignité humaine. Or, M. Wackenheim, qui participait à ces concours, n'avait jamais senti qu'il s'agissait d'une entreprise portant atteinte à sa dignité. Au contraire, il était depuis l'interdiction sans emploi. Il estimait donc que ce « travail » lui procurait un niveau de vie suffisant et lui permettait de se réaliser en exerçant la profession de son choix, ce qui participait à sa dignité. Voir Michel Levinet, « Dignité contre dignité : L'épilogue de l'affaire du « lancer de nains » devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », (2003) *Rev Trim Dr H* 55 à la p 1024.

et en défaveur de l'ouverture à cette pratique.¹²⁵ Ainsi a-t-on notamment assisté au Québec et au Canada en général à un débat public sur la légalisation de l'aide médicale à mourir entre les partisans du *droit de mourir dans la dignité* et ceux qui défendent le *droit de vivre dans la dignité*. L'enjeu ne pouvait être plus mal posé : en quoi devrions-nous choisir entre une vie digne et une mort qui l'est tout autant ?

Sur la scène judiciaire, l'arrêt *Carter* a conclu que la prohibition absolue de toute aide à mourir était inconstitutionnelle puisqu'elle était contraire à l'article 7 de la Charte canadienne. La Cour suprême a précisé que le droit à la vie n'incluait pas un droit à la mort¹²⁶, mais que cela ne signifie pas que les personnes ne peuvent renoncer au droit à la vie.¹²⁷ Ainsi, selon le modèle binaire de validité, le droit à la vie serait « susceptible » de renonciation. Or, l'imprécision de cette simple catégorisation empêche de clore la question de la validité substantive de la renonciation au droit à la vie.

En effet, le droit à la vie n'est pas susceptible de renonciation peu importe le contexte. La prohibition absolue d'aide à mourir a été jugée inconstitutionnelle « dans la mesure où [elle interdisait] l'aide d'un médecin pour mourir à une personne adulte capable qui (1) consent clairement à mettre fin à sa vie; et qui (2) est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition¹²⁸ ». La Cour suprême a également laissé le soin au parlement fédéral d'élaborer un régime complexe pour encadrer l'accès à l'aide à mourir.¹²⁹ C'est donc dire que la renonciation au droit à la vie

¹²⁵ Pour une discussion sur une telle utilisation de la dignité en matière d'euthanasie et d'avortement, voir notamment Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Vintage Books ed, 1994 à la p 238.

¹²⁶ *Carter*, *supra* aux para 59-62.

¹²⁷ *Ibid.*, para. 63.

¹²⁸ *Ibid* au para 147.

¹²⁹ Le parlement fédéral a conséquemment modifié le *Code criminel*. Voir toutefois le jugement *Truchon c Procureur général du Canada* 2019 QCCS 3792 par lequel les critères d'admissibilité de « fin de vie » et de « mort naturelle raisonnablement

sera *substantivement* valide dans certains cas et non dans d'autres. Cette question est distincte de savoir si dans un cas où l'aide à mourir est possible, le consentement donné à la renonciation se trouve valable. Autrement dit, des *raisons* doivent permettre de justifier que le droit à la vie pourra faire l'objet de renonciation dans certains cas et non dans d'autres. La validité substantive de la renonciation doit être déterminée autrement qu'en concluant que la dignité rend généralement susceptible un droit de renonciation ou non.

Ni la théorie ni la pratique judiciaire ne soutiennent donc la proposition selon laquelle le concept de dignité humaine peut justifier de départager nettement les droits et libertés constitutionnels susceptibles de renonciation de ceux qui ne le sont pas.

1.2 La distinction entre les garanties à portée individuelle ou collective

Certaines analyses contenues dans la littérature et la jurisprudence fondent la distinction entre les droits et libertés susceptibles ou non de renonciation sur la « nature » ou le « caractère » de la garantie constitutionnelle qui serait davantage individuelle ou collective. Tel que nous le verrons ci-après, ce type d'argument ne résiste pas davantage à l'analyse.

1.2.1 L'argumentation

L'argumentation au soutien de cette conceptualisation de la validité substantive de la renonciation regroupe les arguments généraux relevant de la distinction entre les garanties dites à portée davantage individuelle ou collective ainsi que ceux relevant de la doctrine civiliste de l'ordre public.

prévisible » respectivement prévues à la *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ c S-32.0001 [*Loi concernant les soins de fin de vie*] et le *Code criminel* ont été déclarés inconstitutionnels.

1.2.1.1 La distinction générale

Des auteurs effectuent une distinction générale entre les droits et libertés dont la protection serait davantage individuelle ou collective. Ils assujettissent la possibilité de renoncer à un droit constitutionnel au fait que la protection abdiquée ne serait prévue qu'au bénéfice du renonçant. Le professeur Peter Hogg opine en ce sens :

Rationale of waiver – The waiver of a constitutional right presupposes that the right is for the benefit of the individual who chooses to waive it. If anyone else would be affected by the waiver, the concurrence of that other person would also be required. And a right that has a “collective” or “public” quality cannot be waived by any individual (or group of individuals), even when waiver would be advantageous to the individual.¹³⁰

Pour illustrer son analyse, Hogg compare notamment la possibilité reconnue par la jurisprudence de renoncer au droit à un procès dans un délai raisonnable garanti à l'article 11b) de la Charte canadienne avec la garantie d'un procès public protégée par l'article 11d). Il explique que le droit à un procès public vise à ce que le processus de justice criminelle se déroule de manière transparente afin d'assurer son intégrité, ce qui constitue un objectif collectif intéressant l'ensemble de la société. Conséquemment, un accusé ne pourrait simplement « renoncer » au droit à un procès public et exiger un procès tenu de manière privée ou anonyme.¹³¹ Au contraire, la jurisprudence reconnaît qu'un accusé peut renoncer à être jugé dans un délai raisonnable, qu'il s'agisse d'abandonner certaines périodes de temps écoulées ou l'ensemble du délai.¹³² Cette analyse rejoint le passage suivant d'un arrêt de la Cour suprême portant sur le droit au procès avec jury :

La question soulevée par les procédures suivies en l'espèce est plutôt de savoir, d'une part, si un accusé peut renoncer à ce qu'on

¹³⁰ Hogg, « Waiver of rights » dans *Constitutional Law of Canada*, *supra* à la p 37-43.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.* Sur le droit à un procès dans un délai raisonnable, voir *Jordan*, *supra*.

se conforme aux règles de procédure établies par l'article, et, dans l'affirmative, de quelle manière, et, d'autre part, si l'accusé dans cette affaire y a effectivement renoncé.

Certaines règles de procédure ont été adoptées pour la protection des droits de l'une des parties, soit le ministère public ou l'accusé, et d'autres pour la protection des deux. Une partie peut renoncer à une règle de procédure adoptée à son profit, mais une renonciation des deux parties est requise lorsque cette règle les protège ensemble.[...] Mais l'exercice de ce droit est assujéti à celui du juge du procès d'imposer le respect de la règle, même si on a supprimé le désir d'y renoncer, car c'est à lui qu'il appartient en dernière analyse de déterminer les garanties de procédure qu'il faut néanmoins respecter afin de protéger la stabilité et l'intégrité du système judiciaire.¹³³

Pour sa part, Alan Young estime que tous les droits qui ont pour objet de protéger l'intégrité du système de justice criminelle devraient être considérés comme ayant une dimension collective contraignant le pouvoir étatique au bénéfice de l'ensemble de la société.¹³⁴ Seulement les « droits dérivés » (*derivative rights*) et non le noyau (*core*) de ces droits seraient susceptibles de renonciation.¹³⁵ Selon lui, il en découlerait que la protection contre les fouilles et saisies abusives ainsi que la présomption d'innocence ne seraient tout simplement pas susceptibles de renonciation. Nous ne pouvons que partager les commentaires de Hogg quant à cette proposition de Young. Non seulement l'abolition de toute possibilité de formuler un plaidoyer de culpabilité serait évidemment incompatible avec la jurisprudence canadienne ainsi qu'avec celle des pays de tradition de

¹³³ Nos soulèvements. *Korponay c Procureur général du Canada*, [1982] 1 RCS 41 à la p 48 [*Korponay*].

¹³⁴ Young, *supra*.

¹³⁵ *Ibid* aux p 104 105 et 112.

common law, mais encore une telle renonciation peut s'avérer être au bénéfice de l'inculpé.¹³⁶

Par ailleurs, le professeur Hogg opine qu'il n'est pas aisé de déterminer si un droit revêt une dimension collective puisque cela n'est souvent pas explicite. Dans le cas de la présomption d'innocence, alors que celui-ci conclut à la possibilité légale du plaider de culpabilité dans la mesure où « personne d'autre ne semble affecté¹³⁷ », il expose en contrepartie les intérêts certains à ce que le système judiciaire ne doive pas réaliser un procès pour toute accusation, dans la mesure où l'inculpé reconnaît clairement et valablement sa responsabilité.¹³⁸ En définitive, Hogg conclut que la renonciation à un droit constitutionnel ne devrait pas être possible si celle-ci est contraire à l'intérêt public. Ce serait par exemple le cas de la contractualisation de la liberté d'expression qui aurait pour effet d'empêcher la critique publique de l'activité gouvernementale.¹³⁹

1.2.1.2 L'ordre public

L'ordre public pose certaines règles ayant pour objet l'organisation sociale générale des droits selon leur importance ou dimension d'intérêt public. Il permet de positionner différentes normes juridiques au sein d'un ensemble social déterminé et participe à la supériorité des intérêts collectifs sur les

¹³⁶ Voir Hogg, « Waiver of rights » dans *Constitutional Law of Canada*, *supra* aux p 37-44 et 37-45. Notre analyse des motifs soumis par Young traduit selon nous une compréhension caricaturale du libéralisme des droits, qu'il associe à un courant de pensée économiques ». Voir Young, *supra* à la p 77. L'hypothèse générale de l'auteur selon laquelle la validité de la renonciation ne pourrait être justifiée lorsque le noyau du droit visé est atteint, alors que la renonciation à une garantie située davantage en périphérie de la sphère de protection du droit serait constitutionnelle, est certes une piste pertinente. Toutefois, celle-ci aurait gagnée à être enrichie d'une meilleure compréhension du libéralisme des droits et du concept d'autonomie de la personne, lesquelles idées ont véritablement *pris racines* dans le terreau fertile du siècle des Lumières et de la pensée de Emmanuel Kant en particulier. Voir notamment Rawls, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, *supra* aux p 199-214 ; Schneewind, *supra* aux p 483-507.

¹³⁷ [Traduction] « No one else seems to be affected ». Hogg, « Waiver of rights » dans *Constitutional Law of Canada*, *supra* à la p 37-44.

¹³⁸ *Ibid* aux p 37-43 et 37-44.

¹³⁹ *Ibid* à la p 37-56.

intérêts individuels. Comme nous le verrons ci-après, l'ordre public a investi certaines analyses portant sur la renonciation aux droits et libertés. Il ne s'agit toutefois pas d'un concept propre au domaine des droits fondamentaux.

Dans sa plus simple expression, affirmer qu'un droit n'est pas susceptible de renonciation pour des motifs d'ordre public revient à affirmer que pouvoir y renoncer « serait simplement dépasser les bornes d'une société civilisée comme la nôtre¹⁴⁰ ». Ce principe général de *common law* justifiera les tribunaux de tracer les bornes concrètes de l'ordre public. L'ordre public est également mobilisé en droit civil, l'article 8 du *Code civil du Québec*¹⁴¹ prévoyant qu'« [o]n ne peut renoncer à l'exercice des droits civils que dans la mesure où le permet l'ordre public ». Toutefois, encore faut-il pouvoir considérer que la garantie faisant l'objet d'une renonciation est un « droit civil ».

Premièrement, l'ordre public se subdivise en deux sous-catégories : (i) l'ordre public *politique* ; et (ii) l'ordre public *économique et social*. L'ordre public est politique lorsqu'il défend les institutions publiques, la morale et les principes fondamentaux d'une société donnée. Puisque les règles incluses dans l'ordre public politique se révèlent nécessaires au maintien d'une forme déterminée des rapports du vivre-ensemble social, on pourra affirmer qu'elles visent ainsi un ordre collectif plutôt qu'un ordre particulier entre seulement certains groupes ou individus. En définitive, l'ordre public politique défend l'État, ou plutôt un certain *concept* d'État en théorie juridique et politique constituant un « ordre juridique ».

¹⁴⁰ R c Tran, *supra* au para 57.

¹⁴¹ LQ, 1991, c 64 [*Code civil du Québec*].

relativement centralisé¹⁴² », lequel « ordre juridique est un réseau normatif, une hiérarchie de normes qui font autorité¹⁴³ ».

Suivant cette représentation de la normativité, il découle logiquement que les règles qui composent l'ordre public politique ne peuvent faire l'objet de renonciation.¹⁴⁴ Dans cette veine, la professeure Andrée Lajoie positionne ainsi l'enjeu de la validité de la renonciation : « Le test me paraît devoir être le suivant : si tous les citoyens en même temps renonçaient à ce droit, la structure de notre société serait-elle la même ?¹⁴⁵ »

L'ordre public est plutôt économique et social lorsqu'il cherche à équilibrer des rapports de forces inégaux entre certains groupes de la société. Comme l'explique Louise Otis, l'idée même d'ordre public économique est donc apparue bien plus récemment que celle de l'ordre public politique. Par exemple, en matière de relations de travail, l'ordre public économique s'est manifesté par le fait que « l'État – en réaction aux excès de pouvoir résultant de la révolution industrielle – a été amené à établir, législativement, un encadrement juridique destiné à corriger un rapport de force inégal entre l'employeur et le salarié¹⁴⁶ ». Ce type d'ordre public « se traduit [généralement] par l'intervention de l'État dans la mise en œuvre de certains contrats afin d'offrir une protection particulière à l'un des cocontractants »¹⁴⁷. Le régime de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁴⁸ ou encore les règles régissant les rapports entre locataires et locateurs en matière de

¹⁴² Et « immédiatement en relation avec l'ordre international ». Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014 à la p 61.

¹⁴³ *Ibid.* Une telle conceptualisation moniste et hiérarchisée de la production et de la mise en œuvre de la normativité se trouve bien-sûr dans la pensée de Hans Kelsen et sa théorie pure du droit. Voir Hans Kelsen, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit » (1934) 41:2 *Revue de Métaphysique et de Morale* 183.

¹⁴⁴ Louise Otis, « L'ordre public dans les relations de travail », (1999) 40 *C de D* 2 à la p 383.

¹⁴⁵ Nos soulignements. Lajoie, *supra* à la p 40.

¹⁴⁶ Otis, *supra* à la p 383.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ c P-40.1 [*Loi sur la protection du consommateur*].

bail de logement¹⁴⁹ constituent deux autres exemples notoires de l'ordre public de protection québécois.

Deuxièmement, l'ordre public peut être (a) un ordre public de *direction* ou (b) un ordre public de *protection*. On le dit de direction lorsqu'il impose des règles générales participant d'un meilleur intérêt collectif. Ces règles ne peuvent pas faire l'objet de renonciation par un individu particulier « puisqu'elles n'ont pas été édictées en sa faveur¹⁵⁰ ». L'ordre public est plutôt de protection lorsqu'il régit les rapports privés dans le but de protéger une partie ou un groupe vulnérable.¹⁵¹ Puisque dans ce cas les règles ont été adoptées au bénéfice de groupes de personnes désignées, et non de la société dans son ensemble, l'individu *bénéficiaire* du droit pourra y renoncer.

Suivant la définition précédemment formulée de l'ordre public politique, nous pouvons conclure que les règles qui en découlent appartiennent à l'ordre public de direction. Quant aux règles de l'ordre public économique et social, elles sont liées à l'ordre public de direction ou à l'ordre public de protection. C'est pourquoi nous sommes en mesure d'affirmer que la distinction entre l'ordre public économique de direction et de protection est née de l'émergence de la notion d'ordre public économique et social.¹⁵²

Ces distinctions entre les différents types d'ordre publics étant posées, considérons maintenant comment les tribunaux ont pu établir un lien entre les principes qui les gouvernent respectivement et les questions posées en

¹⁴⁹ Voir les « Règles particulières au bail d'un logement » dans le CcQ aux art. 1892 à 2000.

¹⁵⁰ Pierre-André Côté avec la coll de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2009 à la p 231.

¹⁵¹ Voir Michelle Cumyn, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 RJT 1 aux pp 17-19.

¹⁵² Formulée autrement, la théorie en matière d'ordre public prévoit que celui-ci se subdivise premièrement en ordre public politique et ordre public économique. Or, seul l'ordre public économique serait l'objet d'une seconde subdivision pour différencier l'ordre public économique de direction et l'ordre public économique de protection. Voir à cet effet l'analyse effectuée par la Cour suprême dans l'affaire *Garcia Transport Ltée c. Cie Royal Trust*, [1992] 2 RCS 499, 522 et 523.

matière de renonciation aux droits et libertés. Par exemple, dans l'arrêt *R c Tran*¹⁵³, la Cour suprême a conclu que l'accusé ne pouvait pas renoncer au droit à un interprète en s'appuyant notamment sur la « prémisses fondamentale » établie dans l'arrêt anglais historique en la matière *R v Lee Kun*¹⁵⁴. Celui-ci a établi la prémisses fondamentale selon laquelle « le procès d'une personne accusée d'une infraction criminelle n'est pas un concours d'intérêts privés où les parties peuvent renoncer à volonté à leurs droits. La poursuite de criminels et l'application du droit criminel concernent l'État.¹⁵⁵ » S'agissant de la doctrine de l'ordre public comme limite à la renonciation, la Cour s'est appuyée sur les motifs suivants de l'affaire *R v Kwok Leung*¹⁵⁶ :

[...] si, dans les affaires civiles, les parties peuvent renoncer aux règles de preuve sur consentement, dans les affaires criminelles, ces règles sont d'ordre public et ne peuvent être ainsi abandonnées. Dans un procès criminel, non seulement la personne accusée a un intérêt en jeu, mais encore tous les autres sujets de Sa Majesté sont intéressés à ce que le prisonnier ne soit privé de la vie ou de la liberté que conformément à l'ensemble des garanties offertes en droit.¹⁵⁷

Dans le contexte du droit du travail, la Cour suprême a invoqué à plusieurs reprises l'ordre public comme limite à la renonciation. Elle a en outre soutenu au sujet des droits et libertés fondamentaux que « personne ne peut, par contrat, à moins que la loi ne l'y autorise expressément, convenir d'en écarter l'application et se soustraire ainsi à son champ de protection¹⁵⁸ ». En vertu de la doctrine de l'ordre public, les individus ou les parties à la négociation d'une convention collective n'auraient pas la « faculté de renoncer » aux lois protégeant les droits et libertés de la personne. Le cas

¹⁵³ *Supra*.

¹⁵⁴ [1916] 1 KB 337 (CCA), lequel se fonde par ailleurs selon la Cour suprême du Canada sur l'arrêt *R v Kwok Leung*, [1909] 4 Hong Kong LR 161.

¹⁵⁵ Nos soulèvements. *Ibid* à la p 341, cité dans *R c Tran, supra* aux pp 965-966.

¹⁵⁶ [1909] 4 Hong Kong LR 161.

¹⁵⁷ *Ibid* aux p 174-175, cité dans *R c Tran, supra* à la p 996.

¹⁵⁸ *Insurance Corp of British Columbia c Heerspink*, [1982] 2 RCS 145 à la p 158.

échéant, « les contrats à cet effet sont nuls parce que contraires à l'ordre public¹⁵⁹ ».

Au même effet, Brunelle et Samson soumettent que les motifs amenés par l'avocate Véronique L. Marleau expliqueraient peut-être que certains droits et libertés ne seraient pas susceptibles de renonciation. Alors que des dispositions comme le droit à l'égalité seraient adoptées dans l'intérêt général de la société, d'autres – comme le respect de la vie privée – constitueraient des dispositions « d'ordre public « social » de protection parce que [leur] portée est limitée à assurer la protection du seul intérêt des individus qui en bénéficient¹⁶⁰ » Comme nous le verrons ci-après, de tels arguments ne résistent toutefois pas à la critique.

1.2.2 Des garanties à la fois individuelles et collectives

La supposée distinction entre les droits et libertés dits de nature davantage individuelle ou collective ne permet pas d'expliquer et de justifier de façon cohérente une possible distinction entre les garanties qui seraient susceptibles de renonciation et celles qui ne le seraient pas. En effet, les droits et libertés fondamentaux sont des protections *à la fois* individuelles et collectives. S'agissant de la doctrine spécifique de l'ordre public importée du droit civil, celle-ci sied mal de toute façon à notre propos

¹⁵⁹ *Commission ontarienne des droits de la personne c Municipalité d'Etoibicoke*, [1982] 1 RCS 202 à la p 212. Dans ce contexte, l'impossibilité de renonciation aux lois d'ordre public se justifierait également par le principe d'équité : « Il arrive souvent que les lois sur les droits de la personne portent sur des situations où il se peut que les parties n'aient pas le même pouvoir de négociation. En interdisant de se soustraire par contrat à l'application de la loi, les tribunaux ont empêché l'exploitation de l'inégalité du pouvoir de négociation. S'il était permis aux parties de se soustraire par contrat à l'application d'une loi, celles qui n'ont aucun pouvoir de négociation risqueraient d'être contraintes ou forcées de renoncer aux droits que leur confèrent les lois sur les droits de la personne. » *Newfoundland Association of Public Employees c Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 RCS 3 au para. 21.

¹⁶⁰ Nos soulignements. Véronique L Marleau, « Les droits et libertés dans l'entreprise : le dépistage et l'utilisation de renseignements personnels dans le domaine de l'emploi » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), vol 45, Montréal, Éditions Yvon Blais aux pp 164-165, cité dans Brunelle et Samson, *supra* à la p 96.

concernant les droits et libertés fondamentaux, de surcroît constitutionnalisés.

D'entrée de jeu, nous nous permettons une mise en garde générale face à l'usage du concept d'ordre public à titre de limite aux droits et libertés fondamentaux. L'ordre public est généralement compris comme ayant pour objet d'assurer le maintien d'une forme déterminée par l'État des rapports sociaux, d'un ordre collectif. Or, les droits et libertés fondamentaux sont un rempart face à l'action de l'État. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de droits constitutionnels. Ce rempart protège l'individu de l'action étatique, et tout particulièrement les groupes minoritaires face à la majorité qui s'incarne dans l'État. Il nous semble donc curieux d'affirmer que, à lui seul, l'ordre public compris comme étant celui établi par la majorité pourrait agir à la manière d'un « arbitre neutre » entre l'État et l'individu auquel on opposerait d'avoir renoncé à ses droits. Cela ne signifie pas que l'ordre public ne peut jouer *aucun* rôle dans la justification de la possibilité de renoncer ou non à certains droits et libertés.

La théorie de l'ordre public souffre de toute façon d'ambiguïtés. Premièrement, la distinction entre l'ordre public de direction et de protection n'est pas toujours claire en pratique. Comment, en effet, isoler nettement les règles non dérogeables en ce qu'elles ont pour objet de protéger « certaines valeurs jugées fondamentales au maintien de l'ordre social¹⁶¹ » ? Plusieurs de ces valeurs, relevant généralement de la morale, se traduisent en normes participant non seulement d'un ordre social collectif, mais également de la protection de groupes particuliers composés de personnes vulnérables. La professeure Michelle Cumyn opine à ce sujet que la régulation de l'interdit ne peut être essentiellement dictée par des principes moraux ne tolérant pas le pluralisme contemporain :

L'interdiction doit s'appuyer dorénavant sur la nécessité de protéger la personne, en particulier ses droits fondamentaux, et d'autant plus

¹⁶¹ Cumyn, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra* à la p 20.

qu'elle est vulnérable. Par conséquent, l'ordre public d'origine morale ou religieuse a évolué de manière très significative dans les dernières décennies, ce qui se traduit, d'une part, par une tolérance beaucoup plus grande à l'égard de pratiques autrefois jugées immorales et, d'autre part, par un renforcement considérable de la protection des droits et libertés de la personne et de l'autonomie de l'individu qui la sous-tend, ces deux dernières valeurs étant d'ailleurs à l'origine de conflits nouveaux particulièrement difficiles à résoudre.¹⁶²

Cumyn explique que l'arrêt *R c. Labaye*¹⁶³, à l'issue duquel la Cour suprême a conclu que les « clubs échangistes » ne constituaient pas des maisons de débauche¹⁶⁴, en ce qu'il n'y était pas pratiqué des « actes d'indécence », constitue un jalon significatif de cette évolution de l'ordre public d'origine morale. Les juges majoritaires ont constaté « qu'au fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs [...] et qu'une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d'une société diversifiée¹⁶⁵ ». Par conséquent, la norme juridique de la *désapprobation subjective* de la société permettant antérieurement de déterminer ce qui constituait un acte d'indécence a été remplacée par celle du *préjudice objectivement vérifiable*. Qu'un acte soit de « mauvais goût ne suffit pas¹⁶⁶ ». Cela ne signifie pas que toute considération morale se trouve écartée de l'analyse :

Au contraire, pour justifier une conclusion d'indécence, il faut démontrer que le préjudice se rattache à une valeur fondamentale exprimée dans la Constitution ou les lois fondamentales semblables de notre société, telles les déclarations des droits, par lesquelles la société reconnaît officiellement que le type de

¹⁶² Nos soulignements. *Ibid.*

¹⁶³ [2005] 3 RCS 728, 2005 CSC 80 [*R c Labaye*].

¹⁶⁴ Au sens du para 210(1) du *Code criminel*.

¹⁶⁵ *R c Labaye*, *supra* au para 14 (j en chef McLachlin, avec l'accord des jj Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron).

¹⁶⁶ *Ibid* au para 37.

préjudice en cause peut être incompatible avec son bon fonctionnement. [...] L'autonomie, la liberté, l'égalité et la dignité humaine comptent parmi ces valeurs.¹⁶⁷

À l'inverse, les juges dissidents dans cet arrêt auraient maintenu la norme antérieure visant à « identifier le degré de tolérance de la majorité de la société canadienne dans son ensemble¹⁶⁸ » fondée sur les valeurs de cette société. Selon eux, « [c]es valeurs révèlent généralement un consensus social qui se manifeste, par exemple, par un souci pour « la dignité des personnes, [...] leur autonomie, [...] leur capacité d'épanouissement ainsi que [...] leur égalité fondamentale »¹⁶⁹ ».

À notre avis, les arrêts *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*¹⁷⁰ et *Canada (Procureur général) c. Bedford*¹⁷¹ constituent d'autres jalons jurisprudentiels pertinents. Dans l'arrêt *PHS*, la Cour suprême a conclu que le refus ministériel de renouveler une exemption à une législation interdisant la possession de certaines drogues, ce aux fins de permettre les activités du centre d'injection supervisée Insite, portait atteinte aux droits des clients du centre à la vie, à la liberté et à la sécurité, de façon non conforme aux principes de justice fondamentale, contrairement à l'article 7 de la Charte canadienne. Dans l'arrêt *Bedford*, ce sont plutôt les dispositions du *Code criminel* interdisant la tenue de maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution qui ont été déclarées inconstitutionnelles parce qu'elles violaient également l'article 7. Dans les deux cas, la Cour a rejeté des arguments similaires à l'effet que ce serait le *choix* des personnes qui

¹⁶⁷ Nos soulignements. *Ibid* au para 33.

¹⁶⁸ Nos soulignements. *Ibid* au para 85 (jj Bastarache et LeBel)

¹⁶⁹ Nos soulignements. *Ibid*, citant Louis LeBel, « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux » (2001) 3(2) *Éthique publique* 51 à la p 57. Soulignons par ailleurs que les juges dissidents ont reconnu, suivant la jurisprudence antérieure, que le préjudice social constituait déjà « un critère de grande importance pour conclure à l'indécence ». *Ibid* au para 95.

¹⁷⁰ 2011 CSC 44, [2011] 3 RCS 134 [*PHS*].

¹⁷¹ *Canada (Procureur général) c Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 RCS 1101 [*Bedford*].

s'injectent des drogues ou se prostituent qui serait à l'origine des risques encourus pour leur sécurité, voir leur vie.

Ainsi, les normes qui étaient jadis désignées comme participant de l'ordre public de direction pourraient bien de plus en plus être considérées comme relevant plutôt de l'ordre public de protection. Quant à ces dernières normes, comment affirmer avec certitude qu'un régime de normes spécifiques conçu pour protéger les droits d'un groupe de personnes plus vulnérables ou en situation d'inégalité ne présente des avantages que pour ces personnes sans bénéfice d'intérêt public pour l'ensemble de la société ?¹⁷² C'est ainsi que même la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction peut, à juste titre, être remise en question. En définitive, celle-ci ne crée peut-être que des « frontières artificielles¹⁷³ ».

Ce questionnement nous apparaît d'autant plus juste en ce qui concerne la tentative d'importer intégralement une théorie de l'ordre public au cœur des régimes de protection des droits et libertés fondamentaux. Il est certes bien clair que les chartes des droits et libertés sont « d'ordre public ». Or, si certains droits et libertés étaient susceptibles de renonciation, alors que d'autres ne le seraient pas en raison d'une hiérarchie fixée par l'ordre public, serait-ce à dire que seulement certaines garanties auraient une mission de *direction* sociale alors que d'autres n'auraient comme seul but la *protection* de certaines personnes ? Si les règles intéressant l'ordre public de direction correspondent à celles qui sont fondées sur des valeurs jugées fondamentales au maintien de l'ordre social, n'est-ce pas en définitive l'objectif de tous les droits et libertés *fondamentaux* ? De tels droits n'appartiennent-ils pas de toute façon à un ordre public politique ? C'est de l'ordre public économique qu'est née la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Quelle pertinence ces derniers

¹⁷² Cumyn, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra* aux pp 23-25.

¹⁷³ *Ibid* à la p 25.

concepts ont-ils donc véritablement en matière de droits et libertés fondamentaux, de surcroît lorsqu'il s'agit de garanties constitutionnelles ?

La jurisprudence confirme que ni l'ordre public ni la distinction générale entre les garanties à portée dite individuelle ou collective ne permettent de classer les droits comme étant généralement susceptibles de renonciation ou non. Par exemple, nous avons mentionné que la Cour suprême a déjà conclu qu'il n'est pas possible de « renoncer par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne¹⁷⁴ » parce que cela est contraire à l'ordre public. Elle a toutefois conclu à la même occasion qu'est légale la clause d'une convention collective par laquelle les salariés ont consenti à une discrimination fondée sur l'âge. Selon les juges, la convention collective justifiait la renonciation puisque les rapports collectifs de travail rééquilibrent le rapport de force entre les salariés et l'employeur. La renonciation qui n'était pas permise au nom de l'ordre public s'est donc trouvée être *justifiée* en pratique, pour d'autres motifs.

Considérons également la question des garanties procédurales. Certains arguments de la Cour suprême assujétissant la validité de renonciations au caractère individuel ou collectif du droit en cause sont contradictoires. Par exemple, selon l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*¹⁷⁵, un individu ne pourrait renoncer à une garantie « adoptée à son profit, [puisqu']une renonciation des deux parties est requise lorsque cette règle les protège ensemble¹⁷⁶ ». Or, la Cour suprême a mentionné dans l'arrêt *Tran* que « le procès d'une personne accusée d'une infraction criminelle n'est pas un concours d'intérêts privés [puisqu'il concerne] l'État¹⁷⁷ ». À la lumière de ces commentaires jurisprudentiels, il n'est pas aisé de

¹⁷⁴ Dickason, *supra* au para 36.

¹⁷⁵ Soulignons que cet arrêt a été rendu dans le contexte juridique précédant la constitutionnalisation des droits et libertés dans la Charte canadienne.

¹⁷⁶ Nos soulignements. *Korponay*, *supra* à la p 48.

¹⁷⁷ Nos soulignements. *R v Lee Kun* [1916] 1 KB 337 (CCA) à la p 341 cité dans *R c Tran*, *supra* à la p 966.

déterminer quelle garantie procédurale pourrait être jugée comme n'intéressant que l'individu.

À notre avis, il en va de même de l'ensemble des droits et libertés garantis par les chartes. Ceux-ci protègent les individus, mais ont également tous pour objet de servir des intérêts communs. Il existe un lien indissociable entre les intérêts privés et les intérêts publics garantis par chaque garantie fondamentale. C'est même le cas de la protection de la vie « privée » :

Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique.¹⁷⁸

La Charte canadienne protège et promeut donc les droits et libertés de *chacun* comme participant d'un bénéfice pour *tous*. Cette interprétation est cohérente avec la jurisprudence contemporaine portant plus largement sur la portée de la protection des droits et libertés dits « individuels ». Soulignons notamment les principes régissant l'octroi de dommages-intérêts de droit public en vertu de l'article 24 de la Charte canadienne, lesquels ne se limitent pas à considérer de manière artificiellement isolée le préjudice causé à l'individu victime d'une violation de droits fondamentaux. La Cour suprême soulignait dans l'affaire *Vancouver (Ville) c. Ward*¹⁷⁹ que « les atteintes à des droits protégés par la Constitution causent un préjudice non seulement à leurs victimes, mais à la société dans son ensemble¹⁸⁰ ». Les dommages-intérêts de droit public ont un objectif fonctionnel à trois dimensions : l'indemnisation, la défense du droit et la dissuasion contre de nouvelles violations. Cet objectif de

¹⁷⁸ Nos soulignements. *R c Dymont*, [1988] 2 RCS 417 aux p 427-428, cité dans *R c Patrick*, *supra* au para 78.

¹⁷⁹ 2010 CSC 27, [2010] 2 RCS 28.

¹⁸⁰ *Ibid* au para 28.

dissuasion « joue un rôle sociétal¹⁸¹ » à la fois distinct et complémentaire aux autres objectifs :

Or, l'absence de préjudice personnel subi par le demandeur n'empêche pas l'octroi de dommages-intérêts si ceux-ci sont par ailleurs manifestement exigés par les objectifs de défense du droit ou de dissuasion. En effet, le point de vue voulant que des dommages-intérêts en matière constitutionnelle ne puissent être accordés que pour un préjudice pécuniaire ou physique a été largement rejeté dans d'autres démocraties constitutionnelles.¹⁸²

Les dimensions davantage individuelles ou collectives des droits et libertés protégés par la Charte canadienne sont ainsi intimement liées et, en définitive, indissociables. Considérons l'arrêt *R c. Jordan*¹⁸³ comme dernier exemple appuyant notre propos sur la renonciation. Dans ce cas, une majorité de juges de la Cour suprême a fixé des plafonds présumés au-delà desquels le délai entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée d'un procès en matière criminelle est présumé déraisonnable et conséquemment contraire à l'article 11b) de la Charte canadienne. La possibilité pour l'accusé de renoncer au droit à un procès dans un délai raisonnable¹⁸⁴ semblerait justifiée parce que ce serait un droit garanti strictement « au bénéfice de l'individu » qui est en jeu, lequel n'aurait pas de dimension « collective ou publique ». ¹⁸⁵ Or, c'est tout le contraire qui a été fortement affirmé dans l'arrêt *Jordan*, tant par les motifs de la Cour que par les effets concrets de cet arrêt.

L'arrêt *Jordan* insiste en réalité sur le fait que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable n'est pas seulement dans l'intérêt de l'inculpé, mais également de celui de toute la société, car cet aspect s'avère « d'une importance capitale pour l'administration du système de justice criminelle

¹⁸¹ *Ibid* au para 29.

¹⁸² Nos soulignements. *Ibid* au para 30.

¹⁸³ 2016 CSC 27, [2016] 1 RCS 631.

¹⁸⁴ C'est-à-dire de renoncer à invoquer l'écoulement de certains délais en particulier.

¹⁸⁵ Voir Hogg, « Waiver of rights » dans *Constitutional Law of Canada*, *supra* à la p 37-43.

du Canada. [...] Un délai déraisonnable représente un déni de justice pour l'inculpé, les victimes, leurs familles et la population dans son ensemble.¹⁸⁶ » Les juges vont plus loin sur ce point que de simplement conclure que le respect de ce droit constitutionnel a pour *effet* de servir certains *intérêts* collectifs. Ils concluent clairement que « les droits protégés par l'al. 11b) s'étendent au-delà de ceux des inculpés. Les procès instruits en temps utile ont des répercussions sur les autres personnes qui interviennent dans les procès criminels et qui sont touchées par eux, de même que sur la confiance du public envers l'administration de la justice.¹⁸⁷ »

À l'évidence, les droits et libertés fondamentaux n'appartiennent pas davantage aux individus qu'à la société dans son ensemble. Ils ne sont pas protégés au bénéfice de l'un plutôt que de l'autre. Il s'agit dans tous les « cas » d'une protection pour tous, d'un socle commun de valeurs fondamentales protégées.

1.3 Logique binaire de validité, principe de non-hiérarchisation et nature des droits et libertés fondamentaux : incohérences

Nous avons démontré qu'aucun principe ne permet de justifier une séparation théorique entre les droits et libertés susceptibles ou non de renonciation, qu'il s'agisse du principe de la dignité humaine ou d'une distinction fondée sur les dimensions supposément davantage individuelles ou collectives des droits fondamentaux. Bien que cela suffise amplement à rejeter cette posture dichotomique, nous souhaitons formuler quelques réflexions additionnelles appuyant notre position. Celles-ci ont trait à l'incohérence qu'il existe entre une posture dogmatique assujettissant la validité de la renonciation à une logique binaire, le principe de non-hiérarchisation des droits et libertés ainsi que la nature même de ces garanties fondamentales.

¹⁸⁶ *Jordan, supra* au para 19 (jj Moldaver, Karakatsanis et Brown, avec l'accord des jj Abella et Côté).

¹⁸⁷ Nos soulignements. *Ibid* au para 22.

Le principe de non-hiérarchisation des droits et libertés fut affirmé en droit international par la *Déclaration et programme d'action de Vienne* adoptée en 1993. Son article 5 proclame ce qui suit : « Tous les droits de [la personne] sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de [la personne] globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité en leur accordant la même importance.¹⁸⁸ »

C'est le principe fondateur de la dignité humaine, source d'intelligibilité des droits et libertés dits fondamentaux, qui justifie leur universalité, indissociabilité et interdépendance. Le système de protection de la *Universal Declaration of Human Rights* pose un modèle holistique selon lequel la valeur de chaque droit et liberté est pleinement reconnue et protégée dans la mesure où toutes les autres garanties sont également protégées. La mesure selon laquelle chaque garantie est valorisée et mise en œuvre augmente d'autant la protection globale de l'ensemble des garanties du système. En d'autres mots, c'est dire que *le tout est plus que la somme des parties* lorsqu'il s'agit de protection des droits humains.¹⁸⁹

En 1994, la Cour suprême énonçait dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada* sa position de principe, laquelle est bien connue : « Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la Charte que dans l'élaboration de la *common law*¹⁹⁰ ». Les tribunaux ont invariablement défendu depuis l'importance « du principe que la *Charte* n'établit pas de hiérarchie des droits¹⁹¹ », insistant sur le fait

¹⁸⁸ Nous avons remplacé l'utilisation à deux reprises de l'expression « de l'homme » par « de la personne ». Art 5, *Déclaration et programme d'action de Vienne*, doc off AG NU, 48^e sess, doc NU A/CONF.157 (1993) 23.

¹⁸⁹ Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, *supra* à la p 31.

¹⁹⁰ *Dagenais c Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835 au para 72 [*Dagenais*].

¹⁹¹ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79 au para 50.

qu'« il n'existe aucune hiérarchie des dispositions constitutionnelles¹⁹² ». Le principe vaut également pour les garanties de nature quasi-constitutionnelle protégées par la Charte québécoise.

Dans les faits, différents observateurs ont noté qu'une hiérarchie entre les droits et libertés fondamentaux peut être décelée, que ceux-ci soient d'avis que cette hiérarchie favorise la validité normative d'un droit en particulier, telle la liberté de religion¹⁹³, qu'elle se manifeste de manière « passagère¹⁹⁴ » ou encore qu'elle soit « contextuelle¹⁹⁵ ». Plus particulièrement, les professeurs Lampron et Brouillet différencient la hiérarchie d'ordre juridique¹⁹⁶ de nature formelle ou matérielle. La hiérarchie *formelle* ferait référence à la normativité expressément enchâssée dans les textes de lois. La hiérarchie *matérielle* refléterait plutôt la valeur relative accordée socialement à un droit en particulier.¹⁹⁷ Cette

¹⁹² *Gosselin (Tuteur de) c Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 238, 2005 CSC 15 au para 2.

¹⁹³ Le professeur Louis-Philippe Lampron a argumenté dans une perspective critique l'existence d'une hiérarchie favorisant la liberté de religion au Canada. Voir Louis-Philippe Lampron, *La hiérarchie des droits : convictions religieuses et autres droits fondamentaux au Canada*, Bruxelles, coll Diversitas, PIE Peter Lang, 2012. Voir également Lampron et Brouillet, « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? », *supra*.

¹⁹⁴ Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibrage entre droits fondamentaux », (2012) 4 RQDC 7.

¹⁹⁵ *Ibid.* Voir également Stéphane Bernatchez, « La hiérarchisation et la conciliation contextuelle du droit à l'égalité et de la liberté de religion », dans Marie-France Bureau (dir), *Sexualité et démocratie : perspectives multidisciplinaires francophones*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, 77 ; Stéphane Bernatchez, « Quand appliquer les chartes, c'est hiérarchiser les droits », (2012) 4 RQDC 61.

¹⁹⁶ Les auteurs distinguent par ailleurs nettement les concepts de *hiérarchie morale* et *hiérarchie juridique* en se fondant sur la théorie de la pyramide des normes juridiques de Kelsen.

¹⁹⁷ Lampron et Brouillet, *supra* à la p 103.

hiérarchie matérielle pourrait être observée en analysant la pratique judiciaire.¹⁹⁸

Notre objectif n'est pas de nous prononcer sur l'existence en général d'une hiérarchie entre les droits et libertés, ni même de défendre à tout prix le principe de non-hiérarchie. Ce que nous souhaitons mettre en lumière réside spécifiquement dans l'*incohérence* entre, d'une part, l'affirmation du principe de non-hiérarchie en droit canadien, et d'autre part, l'idée d'une distinction théorique entre les droits et libertés susceptibles ou non de renonciation. Comment conclure qu'un droit pour lequel la renonciation est admise d'entrée de jeu revêt la même importance, est considéré comme ayant la même valeur, qu'un autre droit pour lequel la renonciation serait absolument impossible dans tous les cas ?¹⁹⁹

Qui plus est, même en considérant les arguments selon lesquels une certaine hiérarchie entre les droits et libertés est inévitable, voire souhaitable, aucun ne peut justifier la logique de validité binaire en matière de renonciation. C'est que la nature même du système de protection des droits et libertés fondamentaux est incompatible avec une telle conclusion.

¹⁹⁸ Sur la méthode générale d'identification d'une hiérarchie matérielle selon les professeurs Lampron et Brouillet, voir *Ibid* aux pp 106-110. Pour aller plus loin, voir la méthodologie utilisée dans Lampron, *supra*.

¹⁹⁹ Les paramètres actuels de la jurisprudence en matière de renonciation soulèvent la question de la hiérarchisation des droits et libertés fondamentaux d'une deuxième façon à notre avis. En effet, parmi les droits préliminairement définis comme susceptibles de renonciation, ceux-ci pourraient faire l'objet d'une renonciation valable selon des garanties plus ou moins exigeantes en matière de consentement, tel que nous en discuterons à la section suivante. Par exemple, la renonciation à la vie privée peut se faire de façon tout à fait implicite alors que la décision de renoncer à la liberté de religion « à supposer qu'il soit même possible de le faire — doit non seulement être volontaire, mais doit aussi être formulée en termes clairs, précis et explicites » (Nos soulignements.) Voir respectivement les arrêts *R c Patrick*, *supra* et *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* au para 100. Nous pensons qu'assujettir la validité du consentement à une renonciation à des garanties plus ou moins exigeantes en fonction du *droit* en cause et non de la gravité des conséquences probables, par exemple, questionne sérieusement la matérialisation implicite d'une hiérarchie entre droits et libertés. Pour une analyse plus approfondie du consentement et des critères élaborés dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra*, voir Millaire, « La renonciation aux droits et libertés et le consentement « libre et éclairé » : Fondements, exigences et incertitudes », *supra*.

L'article 1 de la Charte canadienne amène à rejeter le « modèle du conflit des droits » au profit d'un modèle fondé sur la conciliation :

Lorsque deux droits sont en conflit, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux droits. [...]

[Le modèle du conflit] convient mieux à la jurisprudence américaine qu'à la jurisprudence canadienne puisqu'il n'y a dans la Constitution américaine aucun équivalent de l'article premier de notre *Charte*, qui [...] constitue également une des sources des principes fondamentaux qui sous-tendent l'évolution de la *common law* au Canada.²⁰⁰

C'est une approche contextuelle qui doit gouverner l'adjudication des droits. La mise en œuvre d'une telle approche est incompatible avec « une hiérarchie inflexible qui serait établie pour toujours.²⁰¹ » Les droits et libertés doivent plutôt être interprétés à la lumière des principes moraux qui les sous-tendent²⁰² afin qu'il n'en résulte, le cas échéant, que des hiérarchies passagères.

Or, considérer que certains droits fondamentaux sont susceptibles de renonciation et que d'autres ne le sont pas *peu importe le contexte* ne saurait être considéré comme une hiérarchisation passagère. Considérer qu'un droit est, *par nature*, susceptible ou non de renonciation n'a rien de passager et fait précisément abstraction du contexte.

²⁰⁰ Dagenais, *supra* aux pp 839 et 882. Notons que cette analyse est tout autant pertinente quant à l'article 9.1 de la Charte québécoise.

²⁰¹ Gaudreault-DesBiens, *supra* à la p 22. Dans l'arrêt *Gosselin (Tuteur de) c Québec (Procureur général)* au para 2, la Cour suprême expliquait d'ailleurs que même « les garanties d'égalité ne peuvent donc pas servir à invalider d'autres droits conférés expressément par la Constitution. Toutes les parties de la Constitution doivent être interprétées globalement. » Au para 26 de l'arrêt, la Cour réitère également que « [l]a tentative de conférer aux garanties d'égalité un statut supérieur dans une prétendue « hiérarchie » de droits doit être rejetée ».

²⁰² Voir Luc B Tremblay, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels » (1995) 29 RJT 459 à la p 510.

Plus fondamentalement, l'approche binaire de validité de la renonciation fait abstraction de la nature même des droits et libertés. Les droits fondamentaux doivent être interprétés et mis en œuvre contextuellement à la lumière de *principes* au sens où les définit Dworkin, lesquels se distinguent précisément des *règles*²⁰³ :

Dworkin rappelle à cet égard que le processus d'individuation des principes empêche le recours à une logique binaire du tout ou rien. [...] De fait, un principe ne dicte jamais d'une manière prédéterminée comment il sera individué, s'opposant ainsi aux règles dont la mise en œuvre se fait selon une logique binaire légal/illégal ou valide/invalidé. [...]

Toute application d'un principe qui tendrait à le traiter comme une règle serait donc suspecte puisque celui-ci perdrait en cours de route son identité normative propre et, par voie de conséquence, sa flexibilité herméneutique.²⁰⁴

Dès lors, c'est bien vers une analyse plus approfondie que celle fondée sur la distinction dichotomique entre des garanties *susceptibles/non susceptibles* de renonciation que nous convie l'exercice de déterminer quels principes peuvent justifier la possibilité de renoncer aux droits et libertés fondamentaux.

Conclusion : Repenser la constitutionnalité de la renonciation

Nous soumettons avoir élaboré plus d'arguments qu'il n'en faut pour justifier que la constitutionnalité ou la validité substantive de la renonciation aux droits et libertés ne peut être assujettie à une approche dichotomique. Qu'il s'agisse des limites posées par la dignité humaine ou de la distinction entre les droits et libertés dont la protection serait davantage à portée individuelle ou collective, aucun principe juridique ne justifie en théorie comme en pratique le modèle binaire de validité. Qui

²⁰³ Voir Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* aux pp 22-28.

²⁰⁴ Nos soulignements. Gaudreault-DesBiens, *supra* aux pp 26-27.

plus est, celui-ci est incohérent avec le principe de non-hiérarchisation des droits humains et témoigne d'une incompréhension de la véritable manière dont les droits et libertés fondamentaux font l'objet d'adjudication par les tribunaux au Canada.

Les incohérences relevées ne sont pas banales. Celles-ci dévoilent les traces d'une approche à tâtons – voire un malaise – face à ce qu'il convient probablement de considérer comme un changement de paradigme. La renonciation aux droits et libertés n'est plus affaire de quelques exceptions. Il ne suffit plus de reconnaître que la validité de celle-ci sera possible dans certains cas, selon une analyse effectuée *strictement au cas par cas*. Un cadre d'analyse plus clair fondé sur des principes cohérents est requis. Dworkin rappelle que l'interprétation du droit par le pouvoir judiciaire ne peut être pleinement légitime que si celle-ci se fonde sur les valeurs de la communauté politique considérée comme une *communauté de principes*. Pour que l'interprétation continue du droit respecte la *rule of law*, celle-ci doit être cohérente avec ces principes, l'ensemble des interprétations devant être cohérentes entre elles.²⁰⁵ En outre, il existe bien une méthode d'analyse pour déterminer si une *atteinte* à un droit peut être justifiée en vertu de l'article 1 de la Charte canadienne²⁰⁶. Bref, il ne faut pas confondre l'approche contextuelle avec l'approche à l'aveuglette.

La constitutionnalité ou la validité substantive de la renonciation nécessite donc d'être repensée, et ce, dans le cadre d'une théorisation plus générale du concept de renonciation aux droits et libertés. Une telle conceptualisation se devrait notamment de tenir compte du contexte selon lequel les droits et libertés font l'objet d'adjudication par les tribunaux et peuvent être généralement limités dans notre société libre et démocratique. Elle devrait considérer dans une perspective critique le consentement individuel comme justification potentielle à ce qui constitue une forme de limitation à des garanties fondamentales protégeant des intérêts non seulement individuels,

²⁰⁵ Voir « Integrity » et « Integrity in Law » dans Dworkin, *Law's Empire*, *supra* aux pp 176-224 et 225-275.

²⁰⁶ Nous référons à la méthode conceptualisée dans l'arrêt *Oakes*, *supra*.

mais également collectifs. Elle se devrait de même de considérer le principe de dignité humaine en lui donnant un rôle cohérent qui refléterait sa juste valeur et signification au sein du système de protection des droits humains.

Surtout, une conceptualisation juste de la légalité de la renonciation devrait reconnaître les mythes²⁰⁷, par exemple ceux suivant lesquels la renonciation ne serait qu'affaire d'exception et qu'elle ne viserait que certains droits en particulier. Elle pourrait ainsi faire place à une compréhension plus englobante tenant compte de la nature véritable des droits fondamentaux. Certes, les mythes sociaux, utilisés « dans un esprit d'ingénierie symbolique [peuvent contribuer] à convaincre et à modeler les comportements [puisqu'] ils jouissent à cette fin d'une capacité d'influencer fortement sur les esprits grâce à l'autorité découlant de leur sacralité²⁰⁸ ». Ainsi, la *sacralisation* des droits humains et la représentation de l'*individu libre* constituent à notre avis des mythes sociaux liés à la construction de mythes juridiques²⁰⁹ ayant un « rôle performatif²¹⁰ » aux nobles intentions et aux effets généralement bénéfiques. Ce n'est toutefois qu'en prenant la juste mesure de la dimension véritablement symbolique de principes comme le caractère « inaliénable » des droits humains et de l'autonomie de l'individu « libre » à l'égard de ses propres droits que pourra également être conceptualisé la juste et bonne mesure selon laquelle la renonciation aux droits et libertés constitutionnels peut et *doit* être justifiée.

²⁰⁷ Parmi les différentes définitions du « mythe », nous reprenons celle issue de l'analyse de Gérard Bouchard quant aux mythes comme représentations collectives. Voir Gérard Bouchard, *Raison et déraison du mythe. Au cœur des imaginaires collectifs*, Montréal, Boréal, 2014.

²⁰⁸ *Ibid* à la p 51. De plus, mettre les mythes en évidence est difficile en raison du fait qu'ils représentent des « visions émotivement enracinées et largement partagées [ayant la] capacité de mobiliser des populations ». *Ibid* aux pp 53-54.

²⁰⁹ Par hypothèse, ces mythes sociaux apparaissent enracinés tantôt dans les horreurs de la deuxième guerre mondiale, tantôt dans la représentation de la « liberté » issue des Lumières. S'agissant des « mythes juridiques », lesquels sont une forme de « mythes scientifiques », le professeur Bouchard explique que « [l]eur sort est dicté non pas par leur vérité, mais par leur efficacité, et leur vérité est rarement prouvée ». Il cite d'ailleurs en exemple le mythe de « l'humain comme agent libre dans les sciences sociales » *Ibid* à la p 47.

²¹⁰ Voir Gaudreault-DesBiens, *supra* à la p 23.

Chapitre 2 RENONCIATION, CONSENTEMENT ET AUTONOMIE

Le premier chapitre nous aura permis de démontrer qu'il est nécessaire de repenser la problématique générale de la renonciation afin d'en proposer une lecture ou une conceptualisation qui soit cohérente avec la *rule of law*. Le concept lui-même de renonciation doit être précisé dans le contexte selon lequel les droits et libertés font l'objet d'adjudication par les tribunaux et peuvent être limités dans notre société libre et démocratique.²¹¹ Avant d'arriver à une telle conceptualisation plus précise, il nous faut toutefois mieux cerner où se situe la renonciation dans la *constellation* des concepts et principes pertinents à la problématique étudiée. On fut convaincu de l'existence de Neptune avant de l'avoir proprement découverte puisque seule une nouvelle planète en orbite à proximité des planètes déjà identifiées pouvait expliquer leur comportement.²¹² Ainsi procède la chercheuse cherchant à démontrer l'existence d'un nouveau concept comme celui de la renonciation : celle-ci doit démontrer sa spécificité et sa nécessité pour expliquer l'interaction cohérente de l'ensemble des concepts du système étudié.

La problématique systémique étudiée implique l'interrelation d'au moins trois concepts fondamentaux distincts : la renonciation, le consentement et l'autonomie. Le présent chapitre illustre en quoi ces concepts doivent être différenciés. Il démontre également que le concept de renonciation permet une meilleure compréhension de ce qui se passe vraiment lorsqu'un *consentement libre éclairé* ou un *choix* autonome d'une personne ayant pour objet de limiter la portée d'un droit constitutionnel lui est opposé. Autrement dit, nous démontrons que le concept spécifique de renonciation est nécessaire pour fournir une explication complète et cohérente du système normatif propre à la problématique étudiée.

²¹¹ C'est la tâche à laquelle nous nous attarderons au chapitre 3.

²¹² Nous référons ici à nouveau à la citation de Ronald Dworkin en exergue au début de notre thèse, lequel expliquait sa démarche « méthodologique » afin de cerner le concept d'intégrité. Voir la note 1.

Dans un premier temps, nous abordons la norme jurisprudentielle du consentement. Nous démontrons en quoi la jurisprudence reconnaît un caractère déterminant au consentement quant à la légalité de la renonciation. Nous présentons ensuite une théorisation des différentes exigences jurisprudentielles permettant d'évaluer si un consentement en particulier est « libre et éclairé ». Nous mettons par la même occasion en lumière les incertitudes que révèlent une analyse attentive de cette jurisprudence. La seule *procédure* du consentement, aussi libre et éclairé soit-il, se révèle insuffisante pour rendre compte de la nature des différentes « transactions » discutées et de leur constitutionnalité.

Dans un deuxième temps, nous approfondissons les concepts éthiques d'autonomie et de consentement. Nous proposons un regard critique sur le consentement compris comme acte communicationnel qui permettrait d'assurer l'autonomie des personnes. Le consentement peut faire l'objet de multiples points de vue critiques, relevant par exemple de théories féministes, économiques, politiques ou psychologiques. Nous avons choisi d'approfondir une critique fondée sur le concept éthique d'agentivité. Celui-ci permet de mettre en lumière d'importants angles morts du consentement strictement compris comme un acte communicationnel qui permettrait de *transmettre* les volontés du renonçant. Cette discussion sur l'agentivité nous permet ensuite de poursuivre notre analyse de manière cohérente en approfondissant les fondements philosophiques du concept d'autonomie. Nous démontrons que l'autonomie correctement comprise doit fonder comme limiter la portée du consentement.

En définitive, nous démontrons non seulement la spécificité du concept de renonciation ainsi que sa nécessité explicative, mais aussi que la renonciation doit être définie et justifiée au-delà du consentement.

2.1 La renonciation et la norme jurisprudentielle du consentement

L'analyse qui suit décrit la norme jurisprudentielle applicable en matière de consentement en contexte de renonciation. Cette description résulte de notre analyse d'ensemble des différents cas pertinents pour lesquels les tribunaux ont élaboré ou précisé les principes applicables en la matière.

Selon notre analyse, la jurisprudence en matière de renonciation révèle d'abord le caractère déterminant du consentement. Elle révèle également certains principes normatifs qui permettent de déterminer si un consentement est véritablement « libre et éclairé ».

2.1.1 Le caractère déterminant du consentement

Le consentement du renonçant constitue une norme générale fondamentale pour déterminer la légalité de la renonciation. En effet, la Cour suprême a « toujours insisté sur l'importance du caractère volontaire des agissements du bénéficiaire d'un droit ou d'une liberté donné équivalant à une renonciation²¹³ ». Le principe selon lequel la renonciation doit être volontaire pour être valable juridiquement n'est ainsi sujet qu'à de rares exceptions. Par exemple, des soins médicaux d'urgence pourront être prodigués à une personne inconsciente afin de lui sauver la vie.

Dans les arrêts où la Cour suprême s'est expressément penché sur la renonciation, nous n'identifions d'ailleurs aucun cas où il fut conclu qu'un droit n'était pas *susceptible* de renonciation indépendamment de toute considération liée au consentement. Autrement formulé, à chaque fois que la Cour suprême a conclu qu'il n'était pas possible de renoncer à une garantie constitutionnelle en particulier, la question de l'existence d'un consentement pleinement « libre et éclairé » entraînait en jeu.

Nous identifions une seule affaire où la Cour suprême semble laisser entendre que c'est la nature substantive d'un droit constitutionnel qui rend

²¹³ Soulignements de la Cour. *R c Richard*, *supra* au para 22. Voir généralement « La volonté de renonciation et sa manifestation » dans M. Lamothe, *supra*, chap 2 aux pp 74 et suiv.

toute renonciation impossible. Dans l'arrêt *R c Tran*²¹⁴, il a été conclu qu'il n'était pas possible de renoncer au droit à l'interprète. Or, une analyse attentive de cet arrêt confirme bien toute l'importance du consentement ainsi que du respect de la volonté autonome des personnes. Le droit à l'interprète garanti à l'article 14 de la Charte canadienne était en cause dans le contexte d'un procès criminel où l'inculpé risquait l'emprisonnement et avait expressément *demandé* de tels services. La question de la renonciation ne se posait pas à l'égard du droit à l'interprète quant au procès dans son ensemble, comme lorsqu'un inculpé renonce à la présomption d'innocence en plaçant coupable, mais plutôt eu égard à la traduction d'un témoignage en particulier qui n'avait été que résumé et non traduit mot à mot. L'accusé se trouvait ainsi privé d'une possibilité de défense pleine et entière. Il n'était donc pas possible de renoncer implicitement à la traduction intégrale du témoignage, de surcroît dans la mesure où le besoin de traduction avait été demandé et reconnu à l'accusé.

De façon générale, la Cour suprême a conclu que la renonciation au droit à l'interprète pourrait hypothétiquement être possible, mais que « le seuil est très élevé²¹⁵ ». Dans certains cas comme en l'espèce, « il sera tout simplement impossible de renoncer à ce droit²¹⁶ ». À notre avis, l'impossibilité pratique de renoncer au droit à l'interprète s'explique par la nature de la garantie en cause, laquelle vise à ce que la personne visée ait une connaissance suffisante de ses droits et de sa situation. Cet objectif est intrinsèquement lié à l'exigence du consentement en matière de renonciation. Comment M. Tran pouvait-il renoncer en pleine connaissance de cause à bénéficier de la traduction d'un témoignage

²¹⁴ *R c Tran, supra.*

²¹⁵ *Ibid* à la p 996.

²¹⁶ *Ibid.* Sur la portée des conclusions de cet arrêt, voir également le passage suivant à la p 961 : « J'aimerais avant tout préciser que l'analyse qui suit de l'art. 14 de la *Charte* porte spécifiquement sur le droit d'un accusé dans le cadre de procédures criminelles et ne doit pas être considérée comme ayant nécessairement une application plus générale. En d'autres termes, je ne me prononcerai pas pour le moment sur la possibilité qu'il soit nécessaire d'établir et d'appliquer des règles différentes à d'autres situations qui tombent à bon droit sous le coup de l'art. 14 de la *Charte* -- par exemple, lorsque les procédures en question sont de nature civile ou administrative. » (j en chef Lamer)

nécessaire pour effectuer un contre interrogatoire utile à sa défense s'il ne comprend justement pas en quoi ce témoignage effectué dans une langue qu'il ignore pouvait être incriminant ? De la même façon qu'il est par exemple impossible de renoncer au droit d'être informé du droit à l'avocat, il nous semble que les situations où il sera possible de renoncer *complètement* au droit à l'interprète sont pratiquement inexistantes²¹⁷.

De plus, dans deux cas particulièrement difficiles, la Cour suprême a clairement évité de déterminer si certains droits étaient susceptibles de renonciation en invoquant l'absence de preuve d'un consentement libre et éclairé. La première de ces affaires, l'arrêt *Godbout c Longueuil (Ville)*²¹⁸, questionnait la validité d'une renonciation à choisir son lieu de résidence en tant que potentielle garantie visée par le droit à la liberté protégé à l'article 7 de la Charte canadienne.²¹⁹ Cette renonciation était enchâssée dans le contrat de travail individuel d'une employée de la municipalité de Longueuil à titre de condition d'obtention d'un statut permanent. L'exigence de résidence sur le territoire de la municipalité n'était donc pas liée à des exigences de nécessité aux fins d'accomplir les tâches requises par l'emploi de bureau visé. Évitant la question de savoir s'il était même possible de renoncer au droit à la liberté, le juge Laforest, avec l'approbation des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, a conclu que

²¹⁷ Voir l'analyse du juge Lamer expliquant que même si une certaine renonciation au droit à l'interprète devait être possible dans certains cas circonscrits, celle-ci devrait nécessairement impliquer une traduction pour assurer le consentement. *R c Tran, supra* aux pp 996-997. À notre avis, une seule traduction minimale formulée à l'avance ne peut être suffisante puisqu'elle ne permet justement pas à l'inculpé d'en évaluer pleinement les conséquences.

²¹⁸ *Supra*.

²¹⁹ Trois des neuf juges ayant rendu l'arrêt ont conclu que le fait de choisir le lieu de résidence participe du droit à la liberté garanti à l'article 7 de la Charte canadienne, à savoir les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin. Les autres juges ne se sont pas prononcés sur cette question. Voir cependant l'affaire *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c Cunningham*, [2011] 2 RCS 670 au para 93 mettant en cause une interdiction législative pour les Métis également inscrits au sens de la *Loi sur les Indiens* d'être des membres officiels des établissements métis et de s'y installer : « Il n'est pas évident que le droit de choisir son lieu de résidence soit visé par le droit à la liberté garanti à l'art. 7 de la Charte. Dans *Godbout c Longueuil, supra*, le juge La Forest, s'exprimant en son nom et en celui de deux autres juges de la Cour, a laissé entendre que ce l'était. Cependant, la question n'est toujours pas résolue. » (Nos soulignements).

l'employée n'avait pas de toute façon librement consenti à l'exigence contractuelle litigieuse.²²⁰

Dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem*, la Cour suprême a évité de manière similaire de réponse à la question – demeurée en suspens – de la possibilité de renoncer à la liberté de religion. Le contrat contenant une renonciation alléguée était une déclaration de copropriété dont une clause avait pour effet d'interdire la construction de souccahs sur les balcons, limitant ainsi la liberté de religion de copropriétaires juifs orthodoxes. Après avoir reconnu que « [l]a question de savoir si quelqu'un peut renoncer à un droit constitutionnel comme la liberté de religion soulève encore des interrogations²²¹ », les juges McLachlin, Iacobucci, Major, Arbour et Fish ont opiné qu'ils n'avaient pas à se pencher sur cette question en l'espèce. À l'essentiel, la preuve ne permettait pas de conclure que les appelants avaient formulé un consentement valable.²²²

Notre analyse de ces dernières affaires ainsi que de l'ensemble de la jurisprudence pertinente de la Cour suprême nous mène à conclure que le consentement est particulièrement déterminant de la validité de la renonciation. Il demeure à préciser ce que constitue un consentement véritablement « libre et éclairé ».

2.1.2 Le consentement « libre et éclairé » : exigences et incertitudes

Pour être valable juridiquement, le consentement de la personne qui renonce à un droit fondamental doit être « libre » et « éclairé ». À l'essentiel, un consentement est effectivement *pleinement* libre et éclairé s'il peut être conclu que le renonçant a effectué un *choix véritable*. Il découle de cette norme du consentement libre et éclairé une *obligation*

²²⁰ *Ibid* au para 72.

²²¹ *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* au para 92.

²²² Voir les paragraphes 92 à 100 de l'arrêt qui exposent plus amplement les motifs pour lesquels la renonciation invoquée, à supposer qu'elle puisse avoir été effectuée eu égard à la liberté constitutionnelle de religion, n'avait pas été formulée valablement en l'espèce.

corolaire d'informer qui pourra prendre diverses formes et dont la portée sera définie selon la jurisprudence.

Plus particulièrement, notre analyse de la jurisprudence pertinente de la Cour suprême nous permet de dégager cinq (5) principes généraux découlant de la norme du consentement libre et éclairé, à savoir (i) la pleine connaissance de la protection en jeu; (ii) la connaissance des conséquences de la renonciation ; (iii) l'existence d'options véritables offertes au renonçant (iv) la précision suffisante du consentement ; et (v) l'existence et la mise en œuvre de mécanismes de protection de second ordre.²²³ Tel que nous le verrons, la portée de ces garanties du caractère libre et éclairé du consentement pourra varier selon les droits ou libertés en cause de même que le contexte et soulever conséquemment certaines incertitudes.

2.1.2.1 La pleine connaissance de la protection en jeu

Apparaît comme un truisme l'affirmation selon laquelle pour consentir à la renonciation d'un droit ou d'une liberté, encore faille-t-il avoir connaissance de bénéficier de cette garantie. En pratique toutefois, la connaissance véritable de la protection en jeu par le renonçant s'avère souvent incertaine et la mesure selon laquelle une telle connaissance sera jugée suffisante, voire possible, soulève des interrogations.

La norme applicable en matière de connaissance par le renonçant du droit ou de la liberté dont il abdique la protection est celle de sa « pleine connaissance²²⁴ ». Le renonçant devra bien-sûr être dans un état d'esprit conscient, mais cela ne suffit pas. Une connaissance suffisante de la protection en jeu en est une qui « doit satisfaire à une forme quelconque de

²²³ Notre théorisation des critères pertinents résulte essentiellement de l'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême, mais non exclusivement de celle-ci. En outre, le cinquième critère provient d'une analyse plus large fondée sur la littérature pertinente.

²²⁴ *Clarkson, supra*, citant *Korponay, supra* à la p 49.

critère de "connaissance des conséquences"²²⁵ » et qui est éclairée par la communication de l'information nécessaire au choix du renonçant.

L'exigence de connaissance a ainsi mené à reconnaître certains droits à l'information du renonçant et obligations d'informer corrélatives. Dans le contexte des garanties procédurales, le respect de l'obligation d'information de la part des agents de l'État constitue ainsi une condition distincte de validité du consentement. Rappelons que les obligations d'informer peuvent découler du texte même des chartes comme de la jurisprudence et que ces différentes garanties jouent ensemble des rôles complémentaires.

Par exemple, le droit en cas d'arrestation ou de détention d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de celle-ci²²⁶, joue un rôle complémentaire relativement au droit à l'avocat. De l'omission de rencontrer cette obligation d'informer pourra découler un choix potentiellement différent de la part d'un prévenu qui pourrait renoncer à ses droits, dont le droit à l'avocat, en raison de l'ignorance de sa situation juridique particulière et de ses droits et libertés en jeu. Le droit de tout inculpé d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche²²⁷ est de manière similaire fondé sur un principe d'équité ayant pour objet de permettre à l'accusé de préparer une défense pleine et entière²²⁸ et d'effectuer des choix éclairés s'il devait renoncer à certaines garanties fondamentales.

L'obligation d'informer ne constitue-elle qu'une simple obligation de moyens ? La jurisprudence pourra fixer la barre plus haute. C'est clairement le cas du droit à l'avocat, dont le consentement à y renoncer ne sera valable que si le renonçant a été dûment informé de ses droits et qu'il a eu la possibilité de demander conseil s'il le souhaite.²²⁹ L'obligation

²²⁵ *Ibid* au para 20 (juge Wilson).

²²⁶ Voir le paragraphe 10a) de la Charte canadienne et l'article 28 de la Charte québécoise.

²²⁷ Voir le paragraphe 11a) de la Charte canadienne et l'article 28.1 de la Charte québécoise.

²²⁸ Voir par exemple *R c Lucas*, (1984) 150 DLR (3d) 118 (CA N-É) au para 17 référant à *R c Côté*, [1978] 1 RCS 8 à la p 13.

²²⁹ *R c Taylor*, [2014] 2 RCS 495.

d'information n'est pas remplie par le simple fait que des policiers se seraient « content[é] de la récitation rituelle²³⁰ » : le détenu doit bénéficier de la « possibilité raisonnable de retenir les services d'un avocat.²³¹

Cela dit, la norme de la « pleine connaissance » de la protection en jeu demeure imprécise. Celle-ci fut fixée dans l'arrêt *Clarkson*²³² mettant en cause la confession d'une prévenue en état d'ébriété privée de l'assistance d'un avocat. Pour trancher cette affaire, la Cour suprême n'avait pas à déterminer si la « pleine connaissance » exige « qu'on aille ou non jusqu'à exiger que l'accusé connaisse les complexités juridiques de son cas²³³ ». La portée de ce principe normatif est donc demeurée en suspens.

Or, la norme de la connaissance véritable ou « pleine connaissance » de la protection en jeu soulève des interrogations dans bien d'autres cas concrets que ceux mettant en cause les garanties procédurales en matière criminelle et pénale. Pensons par exemple aux transactions impliquant les droits à la vie, à la sécurité, à l'intégrité et à l'autonomie de la personne en contexte médical et bioéthique. Celles-ci pourront être de nature si complexe que s'en trouveront d'autant complexifiées les procédures applicables en matière de consentement. Dans certains cas où l'ensemble des faits, règles et normes juridiques comme éthiques est particulièrement complexe, il devient légitime de questionner la *possibilité* même de formuler un consentement véritablement libre et éclairé. L'autonomie et le meilleur

²³⁰ *R c Evans, supra* à la p 890.

²³¹ *Ibid*, référant à *R c Manninen*, [1987] 1 RCS 1233 ; *R c Ross*, [1989] 1 RCS 3 ; *R c Black*, [1989] 2 RCS 138. Une jurisprudence importante a également reconnu plusieurs garanties spécifiques liées au droit d'être informé du droit à l'avocat comme condition nécessaire au consentement exprimant une renonciation, notamment le devoir de répéter l'information si la nature précise de l'infraction dont il est question ou si le risque couru change et le devoir de laisser le prévenu choisir son avocat et de bénéficier d'un délai raisonnable pour ce faire, le refus du prévenu de contacter un autre avocat que le sien ne constituant pas en soi une renonciation à exercer ses droits. Voir respectivement *R c Black, supra* ; *R c Paternak*, (1996) 3 RCS 607 et *R c Ross, supra*.

²³² *Clarkson, supra*.

²³³ *Ibid* au para 20 (juge Wilson).

intérêt du patient pourront devoir exiger plus que la simple communication d'informations au patient et l'obtention d'un consentement.²³⁴

La jurisprudence en matière contractuelle permet également de soulever des incertitudes quant aux responsabilités réciproques des différents agents impliqués dans une transaction pouvant emporter renonciation. Par exemple, dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem*, il fut argumenté qu'une clause d'une déclaration de copropriété ayant pour effet d'interdire la construction de souccahs sur les balcons constituait une renonciation à la liberté de religion des copropriétaires. Même si cette déclaration avait été remise aux demandeurs au moment de la vente et était jointe au contrat de vente de la copropriété signé par ceux-ci, les cinq juges majoritaires ont conclu que « rien ne démonstr[ait] en l'espèce que les appelants savaient que, en signant la déclaration de copropriété, ils renonçaient à leur droit à la liberté de religion. En fait, [ils] n'ont pas pris connaissance de ces dispositions lors de l'achat de leur copropriété, bien qu'une copie de la déclaration de copropriété leur ait été dûment remise. »²³⁵ Cette ignorance de leurs droits fondamentaux en jeu a motivé la conclusion selon laquelle les plaignants n'avaient pas renoncé à l'exercice de leur liberté de religion. Dissident, le juge Binnie a notamment opiné ce qui suit :

Il est permis de s'attendre à ce que des personnes raisonnables effectuant un achat important, tel l'achat d'un appartement, lisent les conditions du contrat avant de le signer, y compris la déclaration de copropriété, qui régira leur vie collective.

Des acheteurs qui ne se sont pas donné pas la peine de lire les règles ne devraient pas bénéficier, en vertu du contrat, de droits plus étendus que les acheteurs diligents et consciencieux qui les ont lues.²³⁶

²³⁴ Voir généralement Manson et O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra*.

²³⁵ Nos soulignements. *Ibid* au para 99 (j Iacobucci, avec l'approbation de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Arbour et Fish).

²³⁶ *Ibid* au para 209 (j Binnie). Notons par ailleurs que les trois autres juges dissidents, les juges Bastarache, LeBel et Deschamps, ont conclu qu'il n'y avait pas eu de violation à la liberté de religion des plaignants. Pour ces motifs, ils ont jugé inutile de traiter de la question de la présumée renonciation. *Ibid* au para 181 (j Bastarache).

Cette analyse pose bien la question de la diligence du présumé renonçant de prendre des mesures raisonnables de s'informer quant à ses droits et libertés fondamentaux. Suivant les faits et la garantie en cause, le renonçant possède-t-il une certaine responsabilité, ne serait-ce que minimale, d'agir ou d'être du moins réceptif aux communications effectuées dans l'objectif de lui permettre de connaître ses droits ?

Cela dit, le juge Binnie a pris soin de préciser qu'il formulait ces commentaires dans le cadre d'une analyse mettant en cause des garanties de la Charte des droits et libertés de la personne en contexte de droit *privé* : « Il existe selon moi une énorme différence entre le fait d'utiliser la liberté de religion comme un bouclier contre les atteintes portées par l'État à la liberté de religion et le fait de l'utiliser comme une épée contre des cocontractants dans un immeuble privé.²³⁷ » La question est donc ouverte : Les responsabilités réciproques des agents d'une transaction emportant renonciation diffèrent-elles selon que l'État est partie ou non à cette transaction ? Par exemple, dans le cas du droit à l'assistance de l'avocat opposable à l'État, l'obligation d'information est si importante que le fait qu'un accusé affirme « connaître ses droits » ne peut y faire échec.²³⁸ Même si un prévenu affirme qu'il ne veut pas qu'on lui explique ses droits lors d'une arrestation, cela ne pourra constituer une renonciation.²³⁹ Autrement dit, le droit d'être informé au droit à l'assistance d'un avocat ne peut lui-même faire l'objet d'une renonciation. Un raisonnement similaire doit-il être appliqué à une renonciation intervenant en « contexte privé » ?

Enfin, ces paramètres jurisprudentiels agissant comme mesures de sauvegarde du caractère libre et éclairé du consentement du renonçant contrastent particulièrement avec ceux applicables en matière de renonciation à la vie privée, notamment dans le contexte de la protection contre les fouilles et saisies abusives²⁴⁰. Dans ce cas, non seulement il n'existe

²³⁷ *Ibid* au para 185 (j Binnie).

²³⁸ *R c Harper*, [1994] 3 RCS 343 à la p 352.

²³⁹ *R c Bartle*, [1994] 3 RCS 173 à la p 204.

²⁴⁰ Art 8 de la Charte canadienne.

aucun devoir d'informer de la part des agents de l'État, mais encore le fait que le renonçant ait connaissance des protections fondamentales spécifiques auxquelles il abdique apparaît de pas peser dans la balance. D'ailleurs, il est possible de renoncer tout à fait implicitement à la protection de la vie privée s'il en découle une application régulière des règles de *common law* en matière de saisies et perquisitions, ce indépendamment de la connaissance des garanties en jeu et des conséquences de la renonciation.²⁴¹ Nous approfondirons ces éléments ci-après. Nous verrons qu'en matière de vie privée comme d'autres droits et libertés, la connaissance de la garantie visée par une renonciation est difficilement dissociable de la question des conséquences de celle-ci.

2.1.2.2 La connaissance des conséquences de la renonciation

La connaissance des conséquences de la renonciation est intimement liée à la « pleine connaissance » de la garantie sujette à renonciation. Le renonçant doit avoir un degré de conscience suffisant quant aux conséquences de la renonciation, lequel varie selon les faits de chaque cas²⁴². S'il s'avère impossible de connaître les conséquences d'une renonciation en raison de la nature même du droit en cause, comme dans le cas du droit à l'interprète, « il sera tout simplement impossible de renoncer à ce droit²⁴³ » De la même façon qu'il est impossible de renoncer au *droit d'être informé* du droit à l'avocat avant de décider de renoncer à cette

²⁴¹ Voir par exemple les arrêts *R c Patrick, supra* et *R c Fearon, supra*.

²⁴² *R c Borden, supra* à la p 164.

²⁴³ *R c Tran, supra* à la p 996. Le droit à l'interprète garanti à l'article 14 de la Charte canadienne était en cause dans le contexte d'un procès criminel où l'inculpé risquait l'emprisonnement et avait expressément *demandé* de tels services. La question de la renonciation ne se posait pas à l'égard du droit à l'interprète quant au procès dans son ensemble, comme lorsqu'un inculpé renonce à la présomption d'innocence en plaidant coupable, mais plutôt eu égard à la traduction d'un témoignage en particulier qui n'avait été que résumé et non traduit mot à mot. L'accusé se trouvait ainsi privé d'une possibilité de défense pleine et entière. Il n'était donc pas possible de renoncer implicitement à la traduction intégrale du témoignage, de surcroît si le besoin de traduction avait été demandé et reconnu à l'accusé.

garantie²⁴⁴, renoncer *complètement* au droit à l'interprète est pratiquement impossible.²⁴⁵

Cela dit, le renonçant doit-il connaître en détails toutes les particularités de la transaction à laquelle il envisage de consentir ? En outre, doit-il à la fois connaître les conséquences non seulement directes et certaines, mais également indirectes, potentielles ou simplement possibles, de sa renonciation ? Dans quels cas et en vertu de quels principes une renonciation pourrait être écartée après coup, en raison du fait que le renonçant n'était pas alors conscient de certaines conséquences de sa renonciation ? Si suivant l'adage, le diable est dans les détails, dans quelle mesure ces différents éléments portent-ils à conséquence quant à la validité de la renonciation aux droits et libertés ?

La Cour suprême a abordé en partie ces questions dans l'arrêt récent *R c Wong*²⁴⁶ portant sur la méthode d'analyse afin de déterminer si un plaidoyer de culpabilité peut être retiré au motif que l'accusé n'avait pas eu une pleine connaissance des conséquences de son plaidoyer.²⁴⁷ Il était plus particulièrement question des conséquences indirectes du plaidoyer, c'est-à-dire celles « qui sont secondaires ou parallèles au processus pénal et qui ont un effet sur le délinquant²⁴⁸ ». Les juges ont unanimement rejeté une certaine jurisprudence restrictive albertaine et québécoise²⁴⁹ qui ne

²⁴⁴ Voir notamment *R c Harper* à la p 352 et *R c Bartle* à la p 204.

²⁴⁵ Voir l'analyse du juge Lamer expliquant que même si une certaine renonciation au droit à l'interprète devait être possible dans certains cas circonscrits, celle-ci devrait nécessairement impliquer une traduction pour assurer le consentement. *R c Tran, supra* aux p 996-997. À notre avis, une seule traduction minimale formulée à l'avance ne peut être suffisante puisqu'elle ne permet justement pas à l'inculpé d'en évaluer pleinement les conséquences.

²⁴⁶ *R c Wong, supra*.

²⁴⁷ De telle sorte qu'assujettir l'accusé à ce plaidoyer de culpabilité constitue une erreur judiciaire aux termes du sous-al 686(1) a)(iii) du *Code criminel*.

²⁴⁸ *R c Wong, supra* au para 68 (j Wagner) se référant à *R c Pham*, 2013 CSC 15, [2013] 1 RCS 739, au para 11.

²⁴⁹ L'actuel juge en chef Wagner, dissident mais non sur ce point, réfère au para 69 aux affaires *R c Slobodan* (1993), 135 AR 181 (CA) ; *R c Hunt*, 2004 ABCA 88, 346 AR 45 et *R c Nersisyan*, 2005 QCCA 606 (CA) ; *R c Raymond*, 2009 QCCA 808 (CA). Il

considérerait comme requise que la connaissance des conséquences directes du plaidoyer de culpabilité. Ils ont toutefois été partagés sur la question plus particulière visant à déterminer dans quels cas et en vertu de quels principes un plaidoyer peut être écarté lorsque le renonçant n'était pas conscient de conséquences indirectes *juridiquement pertinentes*. Celle-ci, étant « habituellement imposée par l'État, découle de la déclaration de culpabilité ou de la peine et touche des intérêts sérieux de l'accusé ²⁵⁰ ». Bien que la Cour se soit gardée d'établir à l'avance une liste exhaustive de telles conséquences²⁵¹, les juges ont unanimement reconnu que, dans le cas de M. Wong, le fait que celui-ci ignorait que son plaidoyer de culpabilité ainsi que la peine spécifiquement consentie emportaient de graves conséquences sur le plan de son statut juridique au Canada en matière d'immigration²⁵² constituait une telle conséquence indirecte juridiquement pertinente.

explique ce qui suit : « Le fait d'avaliser la conception étroite aurait pour effet de compromettre la faculté de l'accusé de prendre une décision éclairée. Une telle conception ne cadrerait pas avec les raisons de principe qui sous-tendent l'exigence d'un plaidoyer éclairé qui vise à garantir l'équité procédurale. » Nos soulignements. *Ibid* au para 71.

²⁵⁰ *R c Wong, supra* au para 9. « Je tiens également à souligner que l'accusé n'a pas à être informé de toutes les conséquences possibles d'un plaidoyer pour que celui-ci soit éclairé. [...] Certaines conséquences sont trop éloignées ou anodines pour constituer des renseignements dont l'accusé doit avoir connaissance pour que son plaidoyer de culpabilité soit éclairé. [...] Je signale que l'évaluation de la pertinence juridique ne nécessite pas que l'on mène une analyse, axée sur les faits, de l'importance d'une conséquence indirecte pour l'accusé qui comparaît devant le tribunal. À cette étape de l'analyse, il s'agit plutôt uniquement de savoir si la conséquence est suffisamment grave pour constituer une conséquence juridiquement pertinente. Je suis convaincu qu'une conséquence imposée par l'État tel un risque d'expulsion sans droit d'appel, laquelle découle directement d'une déclaration de culpabilité et d'une condamnation au pénal, touche des intérêts sérieux et constitue une conséquence indirecte juridiquement pertinente. » Nos soulignements. *Ibid* aux para 77-78 (J. Wagner, dissident mais non sur ce point).

²⁵¹ « À mon avis, il ne serait ni nécessaire ni sage en l'espèce de circonscrire de façon exhaustive la portée des conséquences juridiquement pertinentes. La teneur de cette notion doit évoluer progressivement au fil de la jurisprudence. » *Ibid* au para 77.

²⁵² L'accusé est devenu interdit du territoire canadien pour grande criminalité et il ne pouvait interjeter appel d'une mesure de renvoi prise contre lui parce qu'il était un résident permanent interdit de territoire en raison d'une infraction punie au Canada par un emprisonnement d'au moins six mois.

Les juges majoritaires Moldaver, Gascon et Brown, avec l'accord du juge Rowe, ont conclu que dans un cas où un plaidoyer de culpabilité n'a pas été consenti de manière éclairée, c'est une analyse purement subjective qui doit guider les tribunaux afin de déterminer s'il en découle une erreur judiciaire justifiant d'annuler le plaidoyer. L'accusé doit ainsi démontrer qu'il découle un préjudice subjectif de sa renonciation à un procès en déposant « un affidavit attestant l'existence d'une possibilité raisonnable qu'ils auraient soit (1) opté pour un procès et plaidé non coupable, soit (2) plaidé coupable, mais à d'autres conditions²⁵³ ». Cette approche strictement subjective découle de l'opinion des juges selon laquelle la décision de plaider coupable et de renoncer aux droits fondamentaux en jeu « témoigne de considérations éminemment personnelles, comme le niveau subjectif de tolérance au risque, les priorités, la situation familiale et la situation en matière d'emploi, ainsi que les particularités de chacun²⁵⁴ ». Les juges majoritaires exposent ainsi « en termes simples [que selon eux], la décision de plaider coupable appartient à l'accusé²⁵⁵ ».

En pratique, cette approche appliquée au cas de M. Wong a mené au rejet de sa demande de faire reconnaître sa condamnation découlant de son plaidoyer de culpabilité en tant qu'erreur judiciaire. Les juges majoritaires ont reconnu qu'il y avait absence de consentement éclairé ait été établie, que le droit n'était pas alors tout à fait clair quant à ce que l'affidavit au soutien de la requête devait inclure et ils ont conclu qu'une personne se trouvant dans la situation de l'inculpé aurait peut-être choisi d'aller à procès. Ces juges ont malgré tout rejeté la requête de M. Wong. Le motif ? Son affidavit ne contenait pas une mention expresse à l'effet qu'il aurait agi différemment s'il avait connu les conséquences de son plaidoyer sur son statut en matière d'immigration. Le préjudice subjectif découlant du consentement non éclairé n'était donc pas formellement établi.

²⁵³ *Ibid* au para 6.

²⁵⁴ Nos soulignements. *Ibid* au para 11.

²⁵⁵ Nos soulignements. *Ibid* au para 12.

L'actuel juge en chef Wagner, avec l'accord de la juge en chef McLachlin et de la juge Abella, a effectué une lecture différente des principes juridiques en jeu et proposé dans sa dissidence une *analyse objective modifiée* remplaçant l'analyse purement subjective précédemment décrite. Ce modèle analytique implique qu'un plaidoyer de culpabilité pour lequel il est démontré que l'accusé n'était pas au courant d'une conséquence indirecte juridiquement pertinente peut être retiré s'« il existe une possibilité raisonnable que l'accusé aurait procédé différemment s'il avait été bien informé de cette conséquence²⁵⁶ » :

Il faut l'établir en appliquant une norme objective qui soit modifiée de façon à permettre au tribunal de tenir compte de la situation et des caractéristiques de l'accusé qui comparaît devant lui. Ainsi, il ne s'agit pas de savoir si l'accusé qui comparaît devant le tribunal aurait effectivement refusé de plaider coupable. Le tribunal de révision doit évaluer *objectivement* l'incidence des renseignements manquants sur la situation particulière de l'accusé.²⁵⁷

En dépit de l'absence de mention dans l'affidavit au soutien de la requête de M. Wong d'un préjudice subjectif, les juges dissidents se sont dit convaincus qu'une personne raisonnable placée dans la même situation que l'inculpé n'aurait pas renoncé à ses droits. Dès lors, ils leur apparaissaient juste de reconnaître qu'il en découlait une erreur judiciaire et que le plaidoyer de culpabilité devait conséquemment être écarté, considérant l'objectif d'un tel contrôle judiciaire visant à s'assurer que « l'accusé a renoncé à ses droits dans le cadre d'un processus foncièrement équitable²⁵⁸ ».

Les juges dissidents justifient la norme de l'analyse objective modifiée par le fait que l'ignorance d'une conséquence indirecte d'un plaidoyer de

²⁵⁶ Nos soulignements. *Ibid* au para 44.

²⁵⁷ *Ibid* au para 80. Notons que la norme de preuve de la « possibilité raisonnable » se situe entre la « simple possibilité » et la « probabilité ». *Ibid* au para 81.

²⁵⁸ Nos soulignements. *Ibid* au para 74.

culpabilité potentiel influence l'ensemble du processus pouvant mener à ce plaider, y compris la conduite de d'autres acteurs du processus pénal que l'accusé.²⁵⁹

Bref, les juges majoritaires ont opiné que la décision de plaider ou non coupable « appartient » à l'accusé et que cela justifie que l'annulation d'un plaider ne relève que de la preuve d'un préjudice purement subjectif subi par le renonçant. Les juges dissidents soulignent plutôt que la décision de *radier un tel plaider* et de rendre compte d'une erreur judiciaire quant à *l'ensemble du processus* ne relève pas que de l'accusé. Il en découle que l'examen judiciaire ne doit pas être lié à l'unique perspective subjective de l'accusé.²⁶⁰

La jurisprudence actuelle laisse donc ouverte à l'analyse contextuelle le fait de déterminer quelles conséquences juridiques indirectes seront suffisamment sérieuses pour influencer sur le caractère libre et éclairé d'une renonciation. De même, si l'affaire *R c Wong* a tranché pour l'heure le débat quant à l'analyse à retenir afin de déterminer si un consentement non éclairé emportant renonciation aux droits abdiqués dans le cadre d'un plaider de culpabilité peut entraîner la radiation de ce dernier, plusieurs questions afférentes demeurent en suspens. En outre, l'affaire *R c Wong* oppose une conceptualisation selon laquelle la volonté purement subjective du renonçant justifie la transaction de la renonciation à une autre selon laquelle l'autonomie du choix effectué par le renonçant et la *justification* juridique de la renonciation doit prendre en compte, avec un certain degré d'objectivité, l'ensemble du processus. Si le consentement du renonçant est bien exprimé par celui-ci et personne d'autre, celui-ci *possède-t-il* la capacité de renoncer non seulement à exercer ses droits fondamentaux, mais encore à l'*équité* du processus, laquelle intéresse l'ensemble de notre société démocratique ?

²⁵⁹ *Ibid* au para 83.

²⁶⁰ *Ibid* aux para 84-87.

La question de la connaissance des conséquences de la renonciation par le renonçant se pose également particulièrement eu égard à la protection de la vie privée garantie par l'article 8 de la Charte canadienne protégeant les individus contre les saisies ou perquisitions abusives. Tel que nous l'illustrerons ci-après, la Cour suprême a appliqué avec le temps des principes distincts dans différents cas posant de manière similaire la question de la renonciation à la vie privée. Cette situation est problématique du point de vue de la primauté du droit et de son exigence de cohérence.²⁶¹

Par exemple, la Cour suprême a conclu qu'il existe, de façon générale, une invitation implicite à cogner à la porte d'une résidence. Ainsi, une telle « invitation implicite [faite à des policiers], à moins d'être retirée expressément, est une renonciation effective au droit à la vie privée²⁶² ». Toutefois, s'approcher de la porte pour y cogner et ainsi faciliter la communication est à distinguer du fait de s'approcher pour recueillir des informations, comme par exemple « sentir la marijuana ». « De toute évidence, on ne peut pas présumer que les occupants d'une maison invitent les policiers (ou qui que ce soit) à s'approcher de leur maison pour établir le bienfondé d'une accusation portée contre eux.²⁶³ » Autrement dit, la renonciation ne peut être ici présumée.

Toutefois, les principes applicables diffèrent lorsque la renonciation à la vie privée intervient dans le contexte d'ordures ménagères laissées à la rue pour être recueillies par des éboueurs. Les juges majoritaires dans l'affaire *R c Patrick*²⁶⁴ ont opiné que puisque l'appelant « avait l'intention de renoncer à son droit de propriété sur les objets matériels eux-mêmes²⁶⁵ »,

²⁶¹ Nous référons ici au principe bien connu selon lequel la primauté du droit exige que les tribunaux effectuent une interprétation continue du droit de manière à ce que celui-ci évolue en formant un tout cohérent. Voir notamment Dworkin. *Law's Empire*, *supra*.

²⁶² *R c Evans*, *supra* au para 13.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Supra*.

²⁶⁵ Nos soulèvements. *Ibid* au para 54. (J Binnie, avec l'accord des juges McLachlin, LeBel, Fish, Charron et Rothstein. Notons que la Cour précise bien au paragraphe 63 de l'arrêt que « [...] les éboueurs pénètrent sur la propriété en vertu d'une autorisation [...] implicite du propriétaire [qui] ne s'étend pas aux policiers. Toutefois, lorsque les ordures sont

celui-ci « avait renoncé à son droit au respect de sa vie privée²⁶⁶ » de façon implicite. Ce raisonnement est à notre avis problématique. Il serait souhaitable que la Cour distingue à l'avenir davantage les effets de l'abandon d'un objet, lié au droit de propriété, de l'abandon ou de la renonciation à un droit fondamental comme la vie privée, l'amalgame des concepts prêtant plutôt à confusion.

Dans ses motifs concordants, la juge Abella expose plutôt que les renseignements personnels provenant de la demeure, lieu par excellence où règne une expectative de vie privée, doit être protégé contre les intrusions aléatoires de l'État. Il en découle qu'on ne saurait amalgamer l'abandon d'un objet *dans l'objectif précis* qu'il soit détruit dans la collecte des ordures, avec l'abandon de toute expectative de vie privée.²⁶⁷ Cet argument met en garde contre la possibilité d'une renonciation implicite à la valeur constitutionnelle de la vie privée alors que le renonçant pourrait n'avoir aucune connaissance des conséquences potentielles de sa renonciation. Pire, ladite renonciation implicite pourrait en fait n'avoir aucune correspondance avec la volonté de la personne, qui croit raisonnablement que des objets laissés pour être éliminés le seront bel et bien. La juge Abella soumet plutôt que dans un tel cas, il existe des attentes *réduites* en matière de vie privée vu l'abandon des objets. Ainsi, les policiers devraient avoir « à tout le moins des soupçons raisonnables » pour effectuer une fouille légalement justifiée.²⁶⁸ Cette analyse de la juge Abella nous apparaît davantage cohérente et compatible avec une compréhension substantive de la renonciation au droit à la vie privée.

Les motifs des juges majoritaires, en liant le droit de propriété à l'expectative raisonnable de vie privée, contredisent certains principes précédemment discutés en lien notamment avec l'affaire *R c Evans*. La

placées à la limite de la propriété pour la collecte, [...] le propriétaire a suffisamment renoncé au droit et au contrôle qu'il avait à leur égard pour qu'il ne subsiste plus aucun droit objectivement raisonnable en matière de respect de sa vie privée. »

²⁶⁶ Nos soulignements. *Ibid* au para 73.

²⁶⁷ Nos soulignements. *Ibid* au para 80.

²⁶⁸ *Ibid* aux para 89-90.

Cour avait alors bien conclu qu'il y avait renonciation implicite au droit à la vie privée en invitant les policiers à entrer dans la demeure, tout comme il y a renonciation implicite à l'expectative raisonnable de vie privée à l'égard d'objets laissés à la rue pour être cueillis par les éboueurs. Toutefois, contrairement à l'affaire *R c Patrick*, l'affaire *R c Evans* tient compte de façon déterminante quant à l'issue du litige de la *connaissance des conséquences* de la renonciation alléguée, à savoir que les informations recueillies puissent servir de preuve pour une accusation criminelle. De la même façon qu'une personne qui invite implicitement un policier à cogner à sa porte et entrer dans sa demeure ne consent pas par le fait même à ce que ce policier y recueille des informations incriminantes, une personne qui jette des objets dans un sac à ordures dans le but évident que ceux-ci soient cueillis par les éboueurs et ensuite détruits ne consent pas forcément sans aucune réserve à ce que des policiers utilisent ces « ordures » comme preuve incriminante.

Nous verrons d'ailleurs qu'à l'ère des nouvelles technologies, la jurisprudence reconnaît que la propriété ou même la possession d'un objet de télécommunication n'est pas forcément liée à la question visant à déterminer s'il existe une expectative raisonnable de vie privée. Bref, il est souhaitable que la jurisprudence à venir soit davantage cohérente quant aux différents contextes d'application de l'article 8 de la Charte canadienne.

La jurisprudence plus récente sur les perquisitions et fouilles d'ordinateurs et téléphones cellulaires touche en effet tout particulièrement aux enjeux liés à la connaissance des conséquences de la renonciation à la vie privée. Dans l'arrêt *R c. Fearon*²⁶⁹, la Cour suprême fut divisée quant à savoir dans quelle mesure le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation légale permet la fouille de téléphones cellulaires et appareils similaires trouvés sur le suspect. Selon les juges majoritaires, une telle fouille est permise si

²⁶⁹ [2014] 3 RCS 621; 2014 CSC 77.

celle-ci est strictement accessoire à une arrestation légale, c'est-à-dire si elle poursuit un motif valable en lien avec l'arrestation.²⁷⁰

En pratique, « seuls les courriels envoyés ou rédigés récemment, les photos et messages textes récents, ainsi que le registre des appels, pourront être examinés [par] une inspection rapide de l'appareil²⁷¹ ». Voilà donc l'objet ainsi que la mesure de la renonciation implicite possible du détenteur d'un téléphone cellulaire quant à son contenu.

Pour leur part, les juges dissidents auraient limité la possibilité de telles fouilles accessoires de téléphones cellulaires aux cas d'urgence, à moins d'avoir obtenu un mandat spécifique. Cela est à leur avis nécessaire pour protéger adéquatement les individus contre les multiples renonciations implicites à la vie privée auxquelles nous convie l'ère des nouvelles technologies, et dont nous ignorons souvent l'étendue des conséquences :

Les appareils qui nous offrent cette liberté génèrent aussi d'énormes quantités de données sur nos déplacements et nos vies. La technologie de géolocalisation (GPS) toujours plus perfectionnée permet même de suivre les déplacements des propriétaires d'un appareil muni d'un système GPS. Les appareils numériques personnels enregistrent non seulement nos renseignements biographiques, mais aussi nos conversations, nos photos, les sites sur le Web qui nous intéressent, les données concernant nos achats ainsi que nos loisirs. Notre empreinte numérique est souvent suffisante pour reconstituer les événements de notre vie, nos relations avec les autres, nos goûts et nos aversions, nos craintes, nos espoirs, nos opinions, nos

²⁷⁰ Ces motifs valables sont les suivants : a) protéger les policiers, l'accusé ou le public ; b) conserver les éléments de preuve ; c) découvrir des éléments de preuve, notamment trouver d'autres suspects, lorsque l'enquête sera paralysée ou sérieusement entravée si l'on n'effectue pas rapidement une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard du téléphone cellulaire. De plus, la nature et l'étendue de la fouille doivent être adaptés à l'objectif poursuivi et les policiers doivent prendre des notes détaillées lors de la fouille de ce qu'ils ont examiné dans l'appareil et de la manière dont ils l'ont fait. *Ibid* au para 83 (J. Cromwell avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver et Wagner).

²⁷¹ *Ibid* au para 76.

croyances et nos idées. Nos appareils numériques sont en quelque sorte des fenêtres sur notre vie privée intérieure.

En conséquence, au fur et à mesure qu'évolue la technologie, le droit doit lui aussi évoluer afin que les appareils portables ne deviennent pas les « télécrans » du roman *1984* de George Orwell.²⁷²

Au surplus d'insister sur l'importance de la protection de la vie privée dans une société qui se veut libre, les juges dissidents soulignent que les renonciations implicites approuvées par la position des juges majoritaires peuvent avoir une portée très large et s'étendre à des données et des fichiers que l'utilisateur croit avoir détruits, mais qui demeurent sauvegardés. Qui plus est, l'accès à un téléphone intelligent peut dans les faits constituer un accès à des *portails* de données stockées sur différents appareils et serveurs situés à l'extérieur de l'appareil fouillé et appartenant à des tiers.²⁷³

L'arrêt *R c Marakah*²⁷⁴ a en outre questionné l'expectative raisonnable de vie privée à l'égard de messages texte envoyés afin de déterminer si l'État peut prendre connaissance sans mandat de ces informations provenant de tiers. Les juges majoritaires ont confirmé une telle expectative de vie privée, celle-ci pouvant permettre d'écarter des éléments de preuve ainsi découverts. « Même lorsque "la réalité technologique"²⁷⁵ » l'empêche d'exercer un contrôle exclusif sur ses renseignements personnels, une personne peut malgré tout s'attendre raisonnablement à ce que ces renseignements soient à l'abri du regard scrutateur de l'État.²⁷⁶ » Précision intéressante : il n'est pas pertinent aux fins de l'évaluation de l'expectative de vie privée de savoir qui était *propriétaire* de l'appareil par lequel on accède aux informations. C'est le *contrôle sur ces informations* qui est

²⁷² Nos soulignements. *Ibid* aux para 101-102 (j Karakatsanis, avec l'accord des juges LeBel et Abella).

²⁷³ Voir *ibid* aux para 130-131.

²⁷⁴ 2017 CSC 59, [2017] 2 RCS 608.

²⁷⁵ *R c Cole, supra* au para 54.

²⁷⁶ *R c Marakah, supra* au para 41.

déterminant.²⁷⁷ Voilà qui affaiblit à nouveau les motifs des juges majoritaires exprimés dans l'arrêt *R c Patrick*.

Ces exemples démontrent à la fois l'importance de la question de la connaissance des conséquences d'une renonciation quant à la validité du consentement véritablement libre et éclairé du renonçant ainsi que la difficulté pratique d'évaluer et de s'assurer de cette connaissance. Cette difficulté est d'autant plus complexe lorsque la renonciation intervient par le jeu des nouvelles technologies de l'information.

2.1.2.3 L'existence d'options véritables

Le consentement du renonçant ne pourra être considéré véritablement *libre* si celui-ci n'est pas le fruit d'un choix véritable. Selon la Cour suprême, le « droit de choisir » implique « que la personne puisse exercer sa volonté de préférer une solution à une autre²⁷⁸ ». Dans tous les cas, le renonçant doit bénéficier d'un *choix réel*. Un tel choix existe lorsque différentes options sont véritablement ouvertes au renonçant, dont au moins une impliquant la possibilité de ne *pas* renoncer au droit ou à la liberté en cause. Nous avons par exemple vu que la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat ne peut être valable que s'il y a eu une « possibilité raisonnable » d'avoir recours à l'avocat d'abord.²⁷⁹ De plus, si différentes options sont bel et bien offertes au renonçant, mais que celles-ci impliquent toutes une certaine renonciation, soit dans une mesure différente ou selon une contrepartie jugée comme étant plus ou moins dans les intérêts du renonçant, par exemple, on ne pourra affirmer que le renonçant était pleinement *libre de renoncer ou non*.

²⁷⁷ *Ibid* au para 43, discutant de l'opinion dissidente du juge Moldaver. Voir également l'arrêt *R c Reeves supra* par lequel la Cour suprême a conclu qu'un tiers, à savoir la conjointe du détenteur d'un ordinateur, ne pouvait consentir à une renonciation à l'expectative raisonnable de vie privée à l'égard du contenu de l'ordinateur en autorisant les policiers à pénétrer la demeure et fouiller l'appareil.

²⁷⁸ *R c Borden, supra* à la p 162.

²⁷⁹ Voir notamment *R c Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 RCS 353.

La Cour suprême a affirmé ce principe notamment dans l'affaire *Godbout c Longueuil (Ville)*²⁸⁰ qui questionnait la possibilité de renoncer dans un contrat individuel de travail à choisir son lieu de résidence.²⁸¹ Or, Mme Godbout se trouvait devant l'alternative suivante : s'engager à maintenir sa résidence permanente à Longueuil pendant la durée de son emploi ou quitter son emploi et s'en trouver un autre. « Tout simplement, l'intimée n'a pas eu la possibilité de négocier la clause obligatoire de résidence et, par conséquent, on ne [pouvait] à toutes fins utiles considérer qu'elle a renoncé librement à choisir le lieu où elle veut vivre.²⁸² »

S'agissant des négociations touchant les droits et libertés qui interviennent à l'occasion du travail, la distinction entre les contextes juridiques propres aux relations individuelles et collectives pourra s'avérer déterminante de la validité de certaines renonciations. Dans le cas des conventions collectives, les tribunaux pourront reconnaître que le déséquilibre habituellement présent dans la négociation entre employeurs et employés est résorbé par le jeu du cadre juridique des relations collectives de travail. Les parties pourront être considérées comme étant en quelque sorte à armes égales, ce qui par exemple a justifié la Cour suprême de confirmer la validité d'une convention collective intégrant une discrimination fondée sur l'âge dans l'arrêt *Dickason*.²⁸³ Le principe d'équité se révèle à nouveau fondamental quant à la validité du processus :

²⁸⁰ *Supra*.

²⁸¹ Ce choix était considéré à titre de garantie incluse dans le droit à la liberté protégé par l'article 7 de la Charte canadienne.

²⁸² Nos soulignements. *Ibid* au para 72.

²⁸³ *Dickason, supra*. Voir en particulier les para 1130-1131 (J Cory). Les juges majoritaires apparaissent toutefois distinguer la discrimination fondée sur l'âge de celle fondée sur d'autres motifs : « Il faudrait par exemple étudier attentivement toute convention collective qui comprendrait des dispositions entraînant des conséquences préjudiciables pour une minorité de personnes en raison de leur race ou de leur religion. De même, on ne devrait pas accepter aisément comme preuve du caractère raisonnable d'une pratique discriminatoire la clause d'une convention collective qui serait discriminatoire pour les femmes au travail, lorsque celles-ci ne constituent pas la nette majorité des membres votants de l'unité de négociation. » Nos soulignements. *Ibid* à la p 1131.

Il faut cependant prendre certaines précautions. Il faudrait par exemple démontrer que la convention collective a été négociée librement par des parties ayant un pouvoir de négociation relativement égal . Il faudrait prouver que la convention n'est pas injustement discriminatoire envers des minorités. Essentiellement, la convention elle-même doit témoigner d'une équité inhérente .²⁸⁴

Dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem*, la Cour suprême a conclu de manière similaire aux motifs exprimés dans l'arrêt *Godbout c Longueuil* que l'absence de consentement libre et éclairé faisait échec à l'argument de la renonciation. Des dispositions incluses dans une déclaration de copropriété annexée à leur contrat de copropriété avaient pour effet de limiter les pratiques religieuses des plaignants. Or, ceux-ci affirmaient ne pas avoir pris connaissance de ces dispositions lors de l'achat, bien que la déclaration de copropriété leur ait été dûment remise. Selon les juges majoritaires, il en découle qu'ils « n'ont pas bien compris les conséquences de leur présumée renonciation²⁸⁵ ». Ainsi, si celui qui renonce à un droit n'avait « pas d'autre choix que de renoncer à celui-ci, il est impossible d'affirmer qu'il y a vraiment renoncé ²⁸⁶ ».

En pratique, il demeure que l'existence d'un tel choix véritable est difficile à évaluer. Par exemple, pourrait-on affirmer que les personnes les plus âgées membres d'une unité d'accréditation dont les membres auraient majoritairement voté pour une convention collective portant atteinte au droit à l'égalité ont *choisi* une discrimination fondée sur l'âge ? Et si une personne ignore les conséquences d'une renonciation potentielle, par exemple en communiquant des informations personnelles par cellulaire ou ordinateur, peut-on affirmer qu'elle avait véritablement le choix d'effectuer la renonciation en question, bien qu'elle ait eu le « choix » de communiquer ou non les informations en cause ?

²⁸⁴ Nos soulignements. *Ibid* à la p 1131.

²⁸⁵ *Ibid* au para 99.

²⁸⁶ Nos soulignements. *Ibid* au para 97, référant à *Godbout c Longueuil*, *supra*.

2.1.2.4 Le consentement suffisamment précisé

Lorsqu'il est question de renonciation à un *droit* ou une *liberté*, ou autrement formulé, de la renonciation à l'*exercice* de l'un de ceux-ci, il ne serait être question d'une renonciation générale. Pour être valable, le consentement doit être précisé. Il s'agit d'un corollaire logique d'un consentement véritablement libre et éclairé. Le consentement doit donc être le plus clair possible quant à la volonté spécifique du renonçant.

Lorsqu'il est par exemple question de savoir si un copropriétaire a renoncé à la possibilité d'installer une souccah sur son balcon *en tant que pratique protégée par la liberté de religion*, « [i]l n'est pas question d'une renonciation « générale »²⁸⁷ » à cette même liberté de religion. Si cette conclusion apparaît évidente, il n'est pas inutile de préciser qu'elle découle en outre de l'impossibilité d'effectuer à *l'avance* un consentement exprimant le fruit d'une réflexion globale sur toutes les situations hypothétiques qui pourraient constituer autant de renonciations à des exercices protégés par les droits fondamentaux du renonçant. Il en découle aussi logiquement que la mesure selon laquelle on pourra conclure qu'un consentement est véritablement précis est étroitement liée à l'éclairage que pourra avoir apporté au renonçant la connaissance des ses droits ainsi que celle des conséquences possibles de la renonciation.

Cela dit, la jurisprudence n'est justement pas claire dans tous les cas quant à la norme de précision requise pour conclure que le consentement à une renonciation est valable. De manière générale, la Cour suprême a affirmé que le consentement du renonçant doit être « suffisamment « clair et non équivoque »²⁸⁸ ». Dans les cas où une renonciation implicite est ouverte, l'examen du lien entre le comportement du renonçant et la déduction de l'existence de la renonciation s'avère d'autant plus important. Si cet exercice demeure une question d'appréciation factuelle, notre lecture de la

²⁸⁷ *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* au para 206 (J Binnie, dissident mais non sur ce point).

²⁸⁸ *R c Richard*, *supra* à la p 542, référant à *R c Lee*, *supra*.

jurisprudence nous permet d'affirmer que ce qui est *suffisamment clair* comme consentement dans certains cas ne l'est pas forcément pour d'autres.

La comparaison la plus frappante à cet égard est sans doute celle entre la renonciation à la protection de la vie privée et la renonciation à la liberté de religion. La Cour suprême a exprimé clairement dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem* que « la décision de renoncer à un droit fondamental comme la liberté de religion — à supposer qu'il soit même possible de le faire — doit non seulement être volontaire, mais doit aussi être formulée en termes clairs, précis et explicites²⁸⁹ ». Il est au contraire possible de renoncer à la vie privée de manière tout à fait implicite. Or, l'implicite est par nature forcément moins précis que l'explicite.

L'ouverture au consentement implicite s'illustre notamment dans la jurisprudence portant sur la protection du droit à l'image incluse dans la protection du droit à la vie privée garanti à l'article 5 de la Charte québécoise. L'absence de tout consentement à être photographié et à ce que son image soit diffusée dans un média peut engager la responsabilité civile de ce dernier si une pondération avec le droit du public à l'information ne peut le justifier.²⁹⁰ Toutefois, dans l'affaire *Journal de Québec (Le), division de Communications Quebecor Inc c Beaulieu-Marquis*²⁹¹, la Cour d'appel a conclu que le consentement à être photographié lors d'une entrevue avec un journaliste consentie emportait le consentement implicite à la diffusion de l'image. La conclusion du juge de première instance invitant à « être prudent en ce qui concerne le consentement aux atteintes à l'intégrité physique de la personne » et à requérir conséquemment que « [l]a renonciation [...] au droit à la vie privée doit être claire et faite en toute connaissance de cause, par une personne libre et bien informée²⁹² » a été expressément rejetée. La Cour d'appel a conclu qu'il était préférable

²⁸⁹ Nos soulignements. *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* au para 100.

²⁹⁰ *Aubry c Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 RCS 591 au para 61.

²⁹¹ (2002) RRA 797; 2002 CanLII 41223 (QC CA).

²⁹² *Ibid* au para 23 citant le jugement de première instance (référence omise).

d'analyser de manière globale chaque cas d'espèce pour déterminer s'il existe un consentement tacite plutôt que de nécessiter un « consentement spécifique²⁹³ ». Cela dit, même lorsqu'un consentement tacite est reconnu, la diffusion pourra être fautive et entraîner la responsabilité civile.²⁹⁴

Force est donc de constater que si la précision du consentement exprimé et saisi se veut garante de la communication de la volonté véritablement libre et éclairée du renonçant, la norme jurisprudentielle en matière de précision est elle-même variable et conséquemment imprécise. Le praticien est d'autant plus justifié de soulever toute imprécision en matière de consentement, en outre lorsque les conséquences de la renonciation sont appréciables.

2.1.2.5 L'existence et la mise en œuvre de mécanismes de protection de second ordre

Dans certains cas, des mécanismes de second ordre pourront conférer une protection additionnelle du caractère libre et éclairé du consentement. Par « mécanismes de protection de second ordre », nous englobons les mesures et obligations permettant de s'assurer que les « mécanismes de protections de premier ordre » ont été rencontrés, c'est-à-dire en outre les obligations découlant du devoir d'informer.²⁹⁵

²⁹³ *Ibid* au para 33.

²⁹⁴ Voir les motifs de la juge Rousseau-Houle, dissidente pour d'autres motifs que la reconnaissance du consentement tacite. *Ibid* aux para 46-57. Dans l'arrêt *Bloc québécois c Sourour*, (2009) RRA 435 ; JE 2009-1038 (CA) ; 2009 QCCA 942, la Cour d'appel a plutôt conclu qu'il n'y avait pas de consentement tacite à ce qu'une photographie prise avec un politicien pendant une campagne électorale dont la captation a été consentie soit diffusée.

²⁹⁵ Notre désignation de *mécanisme de protection de second ordre* s'inspire du concept éthique de *second-order informational obligation* de Manson et O'Neil. Les auteurs expliquent qu'en contexte biomédical, fournir les informations requises au patient afin qu'il exprime un consentement libre et éclairé constitue une *first-order informational obligation*. Une mesure visant à s'assurer que cette obligation d'information a été rencontrée constitue plutôt un mécanisme de protection de second ordre. Ce peut être le cas de l'obligation de créer et tenir un registre consignait tous les consentements explicitement signés par les patients. Manson et O'Neil, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra* à la p 31.

Considérons par exemple les mesures de sauvegarde du consentement enchâssées dans une législation comme la *Loi concernant les soins de fin de vie*²⁹⁶. Le paragraphe 26(1) de cette loi prévoit que pour obtenir une aide médicale à mourir au Québec, une personne doit remplir les conditions cumulatives suivantes : « 1° elle est une personne assurée au sens de la *Loi sur l'assurance maladie* (c A-29) ; 2° elle est majeure et apte à consentir aux soins ; 3° elle est en fin de vie ; 4° elle est atteinte d'une maladie grave et incurable ; 5° sa situation médicale se caractérise par un déclin avancé et irréversible de ses capacités ; 6° elle éprouve des souffrances physiques ou psychiques constantes, insupportables et qui ne peuvent être apaisées dans des conditions qu'elle juge tolérables. La personne doit formuler elle-même sa demande *de manière libre et éclairée*.²⁹⁷ Le paragraphe 29(1) de la loi que le médecin doit s'assurer que le patient remplit bien toutes les conditions prévues à l'article 26, notamment « en s'assurant auprès d'elle du caractère libre de sa demande, en vérifiant entre autres qu'elle ne résulte pas de pressions extérieures²⁹⁸ » et « en s'assurant auprès d'elle du caractère éclairé de sa demande, notamment en l'informant du pronostic relatif à la maladie, des possibilités thérapeutiques envisageables et de leurs conséquences²⁹⁹ ». Il s'agit là d'obligations d'informer constituant des mécanismes de protection de premier ordre.

Afin de s'assurer du respect de ces dernières obligations, la *Loi concernant les soins de fin de vie* prévoit aussi des mécanismes de protections de second ordre. Le médecin doit notamment inscrire ou verser au dossier du patient « tout renseignement ou document en lien avec la demande d'aide médicale à mourir, que le médecin l'administre ou non, dont le formulaire de demande d'aide médicale à mourir, les motifs de la décision du médecin

²⁹⁶ RLRQ c S-32.0001.

²⁹⁷ *Ibid* au para 26(2).

²⁹⁸ Nos soulignements. *Ibid* à l'al 29(1) 1°a).

²⁹⁹ Nos soulignements. *Ibid* à l'al 29(1) 1°b).

et, le cas échéant, l'avis du médecin consulté³⁰⁰ ». De plus, le médecin qui administre l'aide médicale à mourir doit, dans les 10 jours qui suivent, en aviser la Commission sur les soins de fin de vie et lui transmettre les renseignements prévus par ce règlement.³⁰¹ Conformément à son mandat, la Commission vérifie le respect de l'article 29 ayant notamment pour objet de protéger le consentement libre et éclairé du patient.³⁰²

Entre autres exemples, la validité de la renonciation à certaines garanties procédurales de l'inculpé en matière criminelle et pénale est sujette au respect de certaines procédures spécifiques. Le tribunal s'assurera en outre qu'un inculpé est informé de ses droits et, le cas échéant, consignera dans un enregistrement public tout plaidoyer et renonciation afférente.

Il va toutefois sans dire que si une renonciation intervient de manière implicite, sans que le renonçant n'ait à connaître préalablement la teneur de ses droits fondamentaux ni les conséquences de sa renonciation comme ce peut être le cas pour la protection de la vie privée, la validité de la renonciation n'est sujette à aucun mécanisme de protection de premier ou second ordre.

En pratique, il s'agira de vérifier s'il existe des mécanismes de protection de second ordre pour chaque cas d'espèce et de s'assurer que ceux-ci ont été mis en œuvre de manière à protéger la validité du consentement du renonçant. L'absence de tels mécanismes ou d'une preuve de leur mise en œuvre effective pourra remettre en cause la caractère pleinement « libre et éclairé » du consentement. Il est de même souhaitable que les mécanismes de protection de second ordre soient considérés dans l'aménagement

³⁰⁰ *Ibid* au para 32(1). À noter que ce dernier élément à consigner au dossier du patient est lié à l'exigence du médecin d'obtenir l'avis d'un second médecin confirmant le respect des conditions prévues à l'article 26, le cas échéant. *Ibid* à l'al 29(1) 3°.

³⁰¹ *Ibid* au para 46(1).

³⁰² *Ibid* au para 47(1). Le para 47(2) prévoit par ailleurs ce qui suit : « Au terme de cette vérification, lorsqu'au moins les deux tiers des membres présents de la Commission estiment que l'article 29 n'a pas été respecté, la Commission transmet un résumé de ses conclusions au Collège des médecins du Québec et, lorsque le médecin a fourni l'aide médicale à mourir à titre de médecin exerçant sa profession dans un centre exploité par un établissement, à l'établissement concerné pour qu'ils prennent les mesures appropriées. »

législatif de différents régimes juridiques pouvant impliquer des consentements à renoncer à des droits et libertés fondamentaux.

Un consentement véritablement libre et éclairé à une renonciation doit donc rencontrer au mieux les cinq paramètres normatifs précédemment discutés, ce dans une approche contextualisée selon la garantie en cause et l'ensemble des faits pertinents. Nous avons cependant vu qu'il existe de nombreuses incertitudes quant à la portée de ces paramètres. Il est donc utile d'effectuer une analyse plus approfondie du principe juridique justifiant à la fois l'ouverture et les limites au consentement à la renonciation, à savoir l'autonomie personnelle.

2.2 Les concepts éthiques d'autonomie et de consentement

Les développements qui suivent ont pour objet d'approfondir les concepts juridiques d'autonomie et de consentement à la lumière de leurs dimensions éthiques. Nous nous pencherons d'abord sur le consentement en tant qu'acte communicationnel. En nous fondant sur des principes en éthique et en théorie de la communication discutés par Neil Manson et Onora O'Neill³⁰³, nous démontrerons l'insuffisance du consentement compris comme un acte qui *transmet* la volonté du renonçant pour conceptualiser la renonciation. Nous approfondirons ensuite l'autonomie personnelle en tant que droit et valeur constitutionnelles ainsi qu'en tant que concept éthique et moral. Nous démontrerons que l'autonomie ne peut être assurée que par le seul consentement. En définitive, nous démontrerons que la renonciation doit être définie et justifiée au-delà du consentement.

2.2.1 Le consentement comme acte communicationnel

Le consentement constitue l'acte communicationnel par lequel une personne peut exprimer qu'elle renonce à un droit. Le consentement est donc un acte de communication *intentionnel*. Il constitue le garant *supposé* de l'autonomie de la personne qui renonce à un droit constitutionnel. Il est présumé que le

³⁰³ Voir C Manson et Onora O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra*.

consentement permet en quelque sorte de transmettre les volontés du renonçant, ce qui assurerait son autonomie. Est-ce véritablement le cas ?

Des principes relevant de la théorie de la communication et de l'éthique permettent de conceptualiser plus précisément le rapport entre l'acte de communication et le concept d'information. Une telle analyse révèle que le consentement compris comme acte communicationnel maintient dans l'ombre certains facteurs ayant pourtant une influence réelle sur la transaction de la renonciation.

2.2.1.1 Information et communication : deux approches

En contexte de renonciation, il est possible d'affirmer que deux approches permettent de conceptualiser l'acte de communication intentionnel en lien avec le concept d'information : (i) le modèle fondé sur les métaphores du langage comme conduit et contenant ; et (ii) le modèle fondé sur l'agentivité.³⁰⁴ Alors que le premier modèle relève de la théorie de la communication, les fondements du second modèle relèvent de l'éthique.

Certes, c'est le modèle communicationnel qui apparaît expliquer le poids déterminant accordé au consentement quant à la légalité de la renonciation. C'est cependant le modèle éthique de l'agentivité qui rend mieux compte du respect de l'autonomie véritable des personnes. Le modèle fondé sur l'agentivité permet ainsi de nuancer dans une perspective critique la portée véritable du consentement comme garant de la « volonté » du renonçant.

2.2.1.1.1 Le modèle fondé sur les métaphores du langage comme conduit et contenant

Les métaphores peuvent se révéler utiles pour mettre en lumière une signification suggérée d'un concept. C'est notamment le cas en matière de communication et de langage. L'information est généralement comprise

³⁰⁴ Nous verrons que ces métaphores du langage sont avancées par Michael J Reddy, « The Conduit Metaphor – A Case of Frame Conflict in our Language about Language », dans Ortony (éd), *Metaphor and Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, 284 et critiquées par Manson et O'Neill, *supra*, qui argument en faveur du modèle fondé sur l'agentivité.

comme constituant le *contenu* de la communication, ce qui est transmis et reçu. C'est afin de conceptualiser certaines problématiques en matière de communication découlant de distorsions associées à l'usage du langage lui-même que Michael J. Reddy a proposé la métaphore de la communication comme « conduit ».³⁰⁵ L'usage de la métaphore a pour objet la conceptualisation du problème dans une perspective critique, et non sa résolution à proprement parler.³⁰⁶

La métaphore développée par Reddy illustre la communication comme une *transmission* ou une forme de *transport* des idées, informations et significations constituant le *contenu* de cette communication. Ce contenu peut être transmis par la parole comme par le texte et les supports informatiques.³⁰⁷ Le langage courant à propos de la communication illustre bien comment nous avons généralement intégré le principe qui sous-tend cette métaphore. Reddy souligne que nous utilisons ces métaphores de façon constante. Par exemple, nous affirmons qu'une *phrase est chargée d'émotion* ou que ces quelques *lignes sont plutôt vides de sens*. Nous cherchons aussi à *trouver et extraire de bonnes idées d'un texte*.³⁰⁸ Ainsi, les principes fondamentaux qui sous-tendent la métaphore de la communication comme conduit sont les suivants : (i) le langage fonctionne tel un conduit qui *transfère* littéralement les idées, pensées et informations d'une personne à une autre ; (ii) par les actes de parole et d'écriture, les individus *insèrent* leurs pensées, idées et sentiments dans les mots ; (iii) les mots accomplissent ce transfert en *contenant* bien ces pensées et autres informations ; (iv) en écoutant ou lisant ces mots, les personnes peuvent *extraire* l'information communiquée via les mots et en *accuser réception*.³⁰⁹

³⁰⁵ Reddy, *supra*.

³⁰⁶ « “Problem setting” should indeed be considered the crucial process, as opposed to “problem solving”. », *ibid* à la p 284.

³⁰⁷ Manson et O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra* à la p 36.

³⁰⁸ Voir Reddy aux p 288-289 pour d'autres exemples dans la langue anglaise.

³⁰⁹ *Ibid* à la p 290.

Plus particulièrement encore, Reddy note que (i) les pensées et sentiments sont compris comme étant *éjectés* dans le *monde des idées* par l'acte de communication. C'est pourquoi on tâchera de *mettre sur papier ses idées avant de les perdre*, de *faire sortir les émotions* qui nous pèsent ou de *lancer en l'air des idées* qui pourraient être utiles. Ainsi, (ii) ces pensées et sentiments *existent* dans cet espace constituant le monde des idées, ce *indépendamment* du fait que les personnes les *pensent* ou les *ressentent*. C'est pourquoi d'ailleurs certaines *idées sont dans l'air du temps* et *trouvent leur chemin* jusque dans l'esprit des personnes qui y portent le moins attention. Il est possible d'ailleurs que l'on puisse *trouver de meilleures idées* dans un livre ancien que celles qui *sont partagées sur les réseaux sociaux*. Il en résulte donc que (iii) ces pensées et autres informations peuvent effectivement arriver à bon port dans les esprits ou non, c'est-à-dire ne pas s'y rendre. On pourra d'ailleurs noter une corrélation entre la *densité* d'une idée et le temps requis pour *absorber la matière*. Si l'information n'est toutefois pour nous d'aucun intérêt, elle pourra *ne pas arriver à nous entrer dans la tête* ou tout simplement nous *passer dix pieds par-dessus la tête*.³¹⁰

Ce modèle de communication est donc fondé sur deux types de métaphores conséquentes, à savoir celles du langage comme conduit et contenant. Le langage utilisé par l'acte de communication *contient* l'information et peut ainsi en être le *conduit*, la *transmettre* d'une personne à une autre. Ces métaphores façonnent significativement la manière dont nous pensons la communication. Elles expliquent également bien l'hypothèse – voire la forte présomption – selon laquelle le consentement transmettrait les volontés du renonçant.

Cependant, tel que le démontrent les auteurs Manson et O'Neill, ces métaphores sont liées à la terminologie propre à la théorie mathématique de la communication connue en matière de technologies de l'information et des communications. Cette théorie quantitative prétend « mesurer » l'information en « bits » et « bytes », et propose une même représentation

³¹⁰ Reddy donne des exemples similaires dans la langue anglaise aux p 291-292, *supra*.

générale de la transmission de l'information que les métaphores de langage précédemment décrites. Une telle notion quantitative menant à concevoir l'information comme étant « mesurable », pouvant être « stockée » et « transmise » par différents « canaux » de communication, est omniprésente dans le discours contemporain.³¹¹

Manson et O'Neill soulignent que l'influence de cette théorie mathématique a plusieurs effets sur la manière dont nous concevons et pensons plus largement la communication. L'information est généralement une notion « épistémologique », c'est-à-dire relative à l'épistémologie³¹², à la théorie de la connaissance, de sa validité, de sa « vérité ». C'est pour cette raison que l'information est « ce qui est connu » par une personne, ou ce qui est communiqué afin de faire « connaître » une chose. L'information est ici comprise en tant que concept « sémantique », c'est-à-dire relatif au sens, à la signification : « it is *about* things³¹³ ». Or, par sa nature « quantitative », la théorie mathématique de la communication ne rend pas compte de cette signification. Les auteurs mettent en lumière que cette théorie évacue les dimensions épistémologiques et sémantiques de l'information. Que l'information soit conceptualisée en tant que « bit » ou autrement quantifiée, il s'agit alors de « mesurer » celle-ci dans un objectif de « probabilité », c'est-à-dire de « réduction de l'incertitude ». Manson et O'Neill donnent l'exemple suivant : On peut affirmer que l'acte de lancer une pièce de monnaie « contient » l'information selon laquelle celle-ci retombera du côté pile ou du côté face. Deux possibilités ou issues différentes à ce geste peuvent survenir. Or, ce type d'information constituant une « mesure de réduction de l'incertitude » n'est pas une information « sur » ou « à propos » de quoi que ce soit. S'il s'avère que la personne a lancé cette pièce afin de communiquer un « message », la théorie mathématique ne nous en révélera la signification et la portée en

³¹¹ Manson et O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra* à la p 37.

³¹² Du grec *epistêmê* « science ».

³¹³ Manson et O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra* à la p 37.

rien. Il en est de même si cette personne communique en effectuant un autre type de geste ou qu'elle prononce certaines paroles.³¹⁴

Cela dit, il est possible de tracer un lien entre les métaphores du langage comme conduit et contenant et la façon dont le concept de consentement libre et éclairé est compris. Tel que nous l'avons vu en examinant la jurisprudence pertinente, le renonçant n'est pas présumé *posséder* l'information lui permettant de formuler un consentement éclairé. La validité de son consentement sera assujettie au fait qu'il ait pu *acquérir* cette information. C'est ainsi par exemple que le policier devra *dire ses droits* au prévenu, s'agissant par exemple de son droit de garder le silence ou de consulter un avocat, et que le médecin devra *divulguer* l'information requise au patient.³¹⁵ Une compréhension plus approfondie et exacte de l'acte communicationnel dépassant les métaphores se rapprochant de la théorie mathématique de l'information s'avère donc nécessaire.

2.2.1.1.2 Le modèle fondé sur l'agentivité

Le modèle fondé sur l'agentivité se distingue du modèle précédent en ne mettant pas l'accent sur l'information – supposée souveraine quant aux interlocuteurs – faisant l'*objet* d'une communication. L'agentivité met plutôt en lumière le *processus* communicationnel qui se déroule entre chacun des agents. L'agentivité permet donc de caractériser une communication en particulier, et non d'identifier un *contenu indépendant des agents*.³¹⁶

Selon Manson et O'Neill, l'agentivité implique dans ce contexte deux types d'« engagements » (*commitments*) pouvant fonder les actions des agents.

³¹⁴ *Ibid* à la p 38.

³¹⁵ Lorsque la jurisprudence reconnaît la possibilité de consentement implicite, ce processus d'acquisition de l'information nécessaire au consentement éclairé est donc tenu pour acquis implicitement. Nous avons précédemment vu qu'une telle approche, retenue en outre en matière de vie privée, n'est pas à l'abri de critiques.

³¹⁶ Dans le contexte de leur ouvrage *Rethinking informed consent in Bioethics*, *supra*, Manson et O'Neill propose leur lecture et conceptualisation d'un modèle fondé sur l'agentivité. Bien que les auteurs n'en fassent pas expressément mention, on reconnaît aisément la structure de la pensée kantienne, laquelle imprègne d'ailleurs l'œuvre générale de Onora O'Neill.

D'une part, les engagements « pratiques » sont ceux qui regroupent notamment les désirs de l'agent, ses besoins, préférences, caprices ou principes personnels. D'autre part, les engagements « cognitifs » sont ceux qui amènent l'agent à penser que certaines choses sont plutôt possibles et d'autres plutôt impossibles. Les objectifs de ces engagements sont donc distincts :

Cognitive commitments aim to fit the way the world is: they succeed if they match the way the world *is*. Practical commitments, in contrast, aim to make the world (in small part) fit our commitments.³¹⁷

Les engagements à la fois pratiques et cognitifs influencent l'agir de l'agent. L'agent doit arriver à « saisir des relations inférentielles » entre leurs différents engagements de façon à ce que chacun trouve sa place, en quelque sorte, dans le *tout* motivant son action. L'action doit avoir un sens au regard de l'ensemble des engagements. Si un tel processus ainsi décortiqué peut sembler nécessiter un raisonnement exigeant en temps et effort, en pratique ce n'est généralement pas le cas. Même nos actions banales et quotidiennes impliquent un tel processus d'agentivité faisant intervenir une multitude d'informations relevant de la connaissance ou de *ce qui est considéré par l'agent comme une connaissance*, de l'ensemble de ses engagements, voire de son imagination.

Manson et O'Neill suggèrent qu'une simple affirmation comme « Marie est une femme », on pourra évidemment déduire que Marie est une personne humaine. Sachant que Marie est une femme et non une fille, c'est-à-dire qu'elle est une personne adulte, on s'adressera à elle de façon différente dont on s'adresserait à une enfant. On pourrait également déduire – à tort – que Marie est plus sensible que Jean, qui est un homme, et qu'elle s'intéresse davantage et serait plus compétente que lui à œuvrer à la protection des enfants et des personnes vulnérables. De la même manière que le processus inférentiel

³¹⁷ Manson et O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra* à la p 52. À ce sujet, voir également à p 51. S'agissant des engagements pratiques, les auteurs précisent qu'il ne s'agit pas par exemple de tout type de préférences, mais biens d'engagements ayant pour *effet* de mener à l'ajustement des actions de l'agent en fonction de ceux-ci.

a mené l'agent à conclure sans ambages que *parce que Marie est une femme, elle est une personne humaine*, un processus inférentiel pourrait mener automatiquement un agent à ajuster ses comportements face à Marie en présumant de certaines conclusions quant à ses capacités, désirs et préférences associés au « genre féminin ». Ainsi identifiées *explicitement*, de telles déductions pourront paraître grossières au lecteur. Toutefois, ce simple exemple permet d'entrevoir la complexité du processus d'agentivité mettant en cause des processus inférentiels généralement *implicites*, c'est-à-dire opérant de manière non consciente chez l'agent. Pensons non seulement au genre, mais également à l'ensemble des motifs de nature discriminatoire alimentés par des mythes et préjugés sociaux qui pourront influencer le processus communicationnel, possiblement au désavantage de personnes vulnérables, défavorisées ou victimes de préjugés.

Lorsqu'il est question d'information et de communication saisies par le prisme des métaphores du langage comme conduit et contenant, l'ensemble de la complexité du processus inférentiel de l'agentivité n'est pas pris en compte à sa juste mesure, voire est mise de côté.³¹⁸ Au contraire, le modèle de l'agentivité se caractérise en ce qu'il focalise sur l'*action* ainsi que sur les *normes* communicationnelles.³¹⁹

(i) *Actions communicationnelles* – Le modèle de l'agentivité met l'accent sur l'action communicationnelle, c'est-à-dire son processus *dynamique* (à l'opposé de la transmission d'une information comprise comme *objet* de nature statique). La communication « volontaire », c'est-à-dire entendue comme constituant une « action intentionnelle de la part des agents », implique deux types généraux de prémisses de nature pratique et cognitive : (i) les prémisses propres à l'émetteur qui prendra la parole ou pourra s'exprimer autrement par écrit dans un but particulier qui lui est propre ; et (ii) les prémisses de nature pratique et cognitive du récepteur, lesquelles peuvent influencer ensemble le processus de communication. Ainsi, ce ne

³¹⁸ Voir *ibid* aux p 53-54.

³¹⁹ Cette classification est utilisée par Manson et O'Neill *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra* aux p 54 à 64.

sont pas seulement les *mots* ainsi que leur signification première qui doivent être considérés. Il faut également prendre en compte le contexte au sein duquel ils sont prononcés, l'intention recherchée, la réponse potentielle des autres interlocuteurs ou leur réaction avérée, la signification pour les interlocuteurs de certains mots, expressions, communiquées. Bref, il ne faut pas négliger ce que chacun pourra tenir pour acquis ou au contraire ne pas soupçonner.³²⁰

Prenons un exemple lié à l'évaluation des compétences d'une étudiante dans le cadre d'un cours de méthodologie de la recherche juridique. Supposons que suivant la transmission d'un devoir par l'étudiante au professeur, ce dernier considère que l'étudiante n'a pas rencontré ses exigences. Il exige que l'étudiante recommence. L'étudiante répond au professeur qu'elle avait pourtant bien écouté ses consignes et qu'elle a consacré beaucoup de temps et de sérieux à son travail. Agacé, le professeur interprète que l'étudiante tente de défier les exigences prescrites en argumentant que son travail mérite d'être considéré *parce qu'elle y a consacré beaucoup de temps*. Il considère que l'effort consacré à un travail n'est absolument pas pertinent pour juger de sa qualité. De son côté, l'étudiante se trouve confuse. Elle pensait avoir bien exprimé que, *malgré avoir consacré beaucoup de temps et de sérieux* à effectuer son devoir *selon sa compréhension des consignes*, elle ne répond manifestement pas aux exigences. Elle ne comprend donc tout simplement pas *en quoi* elle doit modifier son travail.³²¹

Cet exemple simple illustre toute l'importance des points de vue, intentions et prémisses respectives des interlocuteurs au sein du processus de communication. Il démontre que ce n'est pas l'usage d'une même langue ou la compréhension de mots isolés qui fonde la communication, mais bien le « partage d'un langage commun ». De plus, la connaissance du milieu spécifique au sein duquel a lieu l'acte de communication de même que les

³²⁰ Sur le processus d'inférence en particulier, voir Manson et O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra* aux p 54-56.

³²¹ Pour un autre exemple, voir *ibid* aux p 55-56.

conventions sociales applicables auront une influence déterminante. Cela s'avère nécessaire afin que les interlocuteurs « [traduction] sachent quels types de choses sont *faisables*³²² ». Les interlocuteurs doivent également « pouvoir se fonder » sur cette connaissance commune pour tirer des inférences permettant et facilitant la communication plutôt que créant des distorsions. Ils doivent enfin avoir une compréhension des prémisses respectives des autres.³²³ Une investigation plus approfondie du malentendu entre l'étudiante et le professeur révélera d'ailleurs qu'il reposait sur des prémisses épistémologiques différentes quant à la nature de la recherche dans le domaine juridique.

Bref, certaines actions ne peuvent qu'être accomplies par le moyen de la communication. Une consigne donnée à des fins d'évaluation ne constitue pas les mots prononcés ou écrits, mais la communication effectuée à ce titre. Il en est de même du fait de demander des directions ou de solliciter une personne à rejoindre un groupe. En matière de renonciation, *plaider coupable* est un acte communicationnel qui peut être lourd de conséquences. La communication permet alors d'*agir* entre *agents*, l'action de communication pouvant affecter les prémisses de nature pratique et cognitive respectives de chacun de ceux-ci.

(ii) *Normes communicationnelles* – Manson et O'Neill identifient deux caractéristiques fondamentales du cadre normatif caractérisant une communication réussie, c'est-à-dire une communication où il y a compréhension mutuelle de la part des interlocuteurs : (a) les normes quant à l'expression elle-même (*speech acts norms*) doivent être accessibles et pertinentes pour les interlocuteurs ; et (b) ces normes, en particulier celles liées à l'expression d'affirmations de vérités (*truth claims*), doivent être suffisamment exactes et susceptibles d'évaluation en ce sens par les interlocuteurs visés.³²⁴

³²² *Ibid* à la p 56.

³²³ *Ibid* aux p 56-57.

³²⁴ Voir Manson et O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra* aux p 57-64.

(a) *Pertinence et accessibilité des normes d'expression (speech acts norms)* – Indépendamment des normes d'exactitude quant à ce qui est exprimé entre interlocuteurs, la communication est liée à l'usage de la langue et de la syntaxe. Certains mots ou expressions peuvent avoir une signification technique et une signification générale dans la langue commune qui soient distinctes. La signification de certains concepts peut même faire l'objet de différentes interprétations à même les experts du domaine visé, ce qui peut d'autant plus compliquer l'atteinte d'une réelle accessibilité des normes d'expression.

Par exemple, les discussions touchant la fin de vie et l'aide à mourir foisonnent d'exemples de mots ou d'expressions dont les significations pourront varier selon les interlocuteurs. Que signifie *mourir dans la dignité* ou encore *vivre dans la dignité* ? Qu'en est-il du concept de *qualité de vie*, du fait d'être *autonome*, du *droit d'être respecté*, d'être *un fardeau* pour les autres, de subir de l'*acharnement thérapeutique* suivant le sens commun³²⁵ ? Les significations des normes d'accessibilité à l'aide médicale à mourir qui exigeaient d'être en « fin de vie³²⁶ » ou d'avoir une « mort naturelle raisonnablement prévisible³²⁷ » ont été récemment discutées et débattues devant les tribunaux.³²⁸ Ces exemples liés à la renonciation au droit à la vie

³²⁵ L'anthropologue Luce Des Aulniers et le médecin en soins palliatifs Bernard J Lapointe se sont livrés à l'exercice de traduire dans un dialogue entre eux ce à quoi peuvent référer 40 mots-clés ou expressions symboliques en lien avec la demande d'aide à mourir, dont « mourir dans la dignité », « qualité de vie », « liberté », « droit », « dormir en paix », « autodétermination », « respect », « pression et opinion politico-économiques », « souffrances », « fardeau », « s'en sortir (des impasses) », « (nouveau) sacré », « fin (ultime) », « responsabilité ». Dans chaque cas, le riche contexte référentiel de ces mots ou expressions de langage est exploré. Celui-ci met en lumière toute la complexité des origines et des fondements des expressions utilisées pour communiquer sur ces questions. Voir Luce Des Aulniers et Bernard J Lapointe, *Le choix de l'heure. Ruser avec la mort?* Montréal, Éditions Somme Toute, 2018.

³²⁶ Voir le para 26(1) 3^o de la *Loi concernant les soins de fin de vie* du Québec.

³²⁷ Voir le para 241.1(2) d) du *Code criminel*.

³²⁸ Julia Lamb et la British Columbia Civil Liberties Association avaient initié en 2016 une contestation judiciaire de la constitutionnalité de la norme de la « mort naturelle raisonnablement prévisible ». *Lamb and British Columbia Civil Liberties Association c Attorney General of Canada*, no SCBC S-165851. Toutefois, ceux-ci ont suspendu leur contestation en septembre 2019 après que le Procureur général du Canada ait confirmé une

et à l'autonomie en fin de vie illustrent toute la complexité d'arriver à un langage commun.

Au-delà de la langue elle-même, nous verrons en discutant des angles morts du consentement que la question des normes d'expression est intimement liée à celle du contexte référentiel. C'est effet au sein de ce dernier que s'effectue le processus de la communication, les référents pouvant diverger significativement selon les interlocuteurs.

(b) *Exactitude et possibilité d'évaluation des affirmations de vérités (truth claims)* – L'action d'informer implique généralement d'*affirmer* un fait, de *déclarer* un état de chose, de *statuer* qu'une conclusion ou une opinion est valable.³²⁹ Toutefois, il demeure incertain pour l'interlocuteur à qui s'adresse l'information communiquée que celle-ci constitue bien une affirmation de vérité. Bien sûr, si l'affirmation est effectuée par un acteur jouant la comédie sur scène, il sera plutôt facile de discerner qu'elle n'a pour objet que le jeu lui-même. Hors scène, la réalité est cependant plus complexe.

Du point de vue éthique, il pourra être affirmé que la personne qui effectue une affirmation a une *responsabilité épistémique*. Pour les fins de notre propos, cela signifie que celui qui souhaite communiquer une information a une responsabilité individuelle de distinguer entre l'hypothèse et le fait, entre autres. Cela signifie également qu'il existe une certaine dépendance épistémique entre les personnes. Manson et O'Neill invitent à imaginer un monde où nous ne pourrions pas nous fonder sur l'ensemble des

interprétation large et libérale de cette norme assurant à Mme Lamb d'être admissible à une aide médicale à mourir. Le 11 septembre 2019, un jugement de la Cour supérieure du Québec a par ailleurs déclaré inconstitutionnelles les dispositions québécoise et fédérale et suspendu cette déclaration d'inconstitutionnalité pour une durée de six (6) mois. *Truchon c Procureur général du Canada* 2019 QCCS 3792.

³²⁹ John L Austin qualifie ce type d'actes de langage de « constatives ». Ceux-ci se différencient en outre de ceux qui sont « performatives », par lesquels une action est accomplie. Voir "Lecture I" dans John L Austin, *How to Do Things With Words. The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, Oxford Scholarship Online, (1975) 2011 aux pp 2-11.

informations, importantes comme banales, selon lesquelles se déroulent notre quotidien. Si nous ne devons compter *strictement que sur nous-mêmes* pour tout connaître, tout savoir, notre connaissance serait minimale. Le monde dans lequel nous vivons repose plutôt sur le fait que nous puissions nous *fonder* et avoir *confiance* suffisamment les uns envers les autres à titre de sources de connaissance. Or, ce n'est que parce qu'une proportion suffisamment importante des membres de notre société adhère à de tels principes de véracité que nous pouvons maintenir une telle confiance sociale. Sans cette confiance, il en résulterait une dissolution de l'existence sociale telle que nous la connaissons.³³⁰

Nous nous permettons ici de formuler une réflexion sur la manière dont le domaine juridique pourra *prendre* en compte ou *rendre compte* de cette dynamique d'évaluation des affirmations de vérité. Nous nous attarderons au cas spécifique du consentement à une renonciation aux droits constitutionnels, ce à la lumière de la jurisprudence pertinente. Considérons d'abord l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem* questionnant la possibilité de renoncer par contrat de copropriété à l'exercice de la liberté de religion, à savoir en l'espèce à l'installation d'une *souccah* sur un balcon. Rappelons que l'interdiction générale d'installer toute construction sur les balcons des copropriétaires était précisée dans une déclaration remise aux plaignants et annexée au contrat de vente de la copropriété. Or, les plaignants ont *affirmé* qu'ils n'avaient pas pris connaissance de ces dispositions. Les juges majoritaires en ont conclu qu'il n'y avait pas de preuve qu'en signant la déclaration de copropriété, ceux-ci savaient que cela pourrait emporter renonciation à leur liberté de religion.³³¹ Ces juges n'ont pas conclu que la *prise de connaissance de l'information* contenue à la déclaration était attendue d'une personne *raisonnable*.³³²

De fait, les motifs des cinq juges majoritaires font en quelque sorte pleinement *confiance* à l'affirmation communiquée par les plaignants selon laquelle ceux-

³³⁰ Manson et O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra* aux pp 60-61.

³³¹ *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* au para 99.

³³² Voir en comparaison les motifs du juge Binnie, dissident.

ci ignoraient que l'information contenue au contrat pouvait avoir un effet sur leur pratique religieuse. Le fait que les cocontractants aient clairement mis à *la disposition* des appelants l'information en cause n'a pas fondé une présomption selon laquelle leurs interlocuteurs ont pris connaissance de cette information *ou qu'ils auraient rationnellement dû le faire*.

Considérons comme second exemple l'arrêt *R c Wong*. Les juges majoritaires ont conclu que lorsqu'un plaidoyer de culpabilité n'a pas été consenti de manière éclairée, une analyse purement *subjective* doit guider les tribunaux afin de déterminer s'il en découle une erreur judiciaire justifiant d'annuler le plaidoyer. Le préjudice subjectif de la renonciation à un procès peut être démontré en déposant un affidavit affirmant que l'inculpé aurait opté pour un procès ou qu'il aurait plaidé coupable à d'autres conditions. Les juges dissidents ont plutôt proposé l'application d'une *analyse objective modifiée* consistant à déterminer s'il existe une *possibilité raisonnable* que l'accusé aurait procédé différemment s'il avait été bien informé des conséquences de sa renonciation. Ceux-ci exposent en quoi *justifier* le retrait d'un plaidoyer par une simple *affirmation* de l'accusé est à la fois incertain et insuffisant :

Il est factice d'obliger l'accusé à dire au juste comment il aurait procédé s'il avait été informé des conséquences de son plaidoyer. [...] Il est souvent difficile pour l'accusé d'expliquer précisément en quoi il aurait agi différemment — encore moins comment d'autres acteurs du système de justice auraient procédé — s'ils avaient eu connaissance des conséquences du plaidoyer. On peut présumer que l'accusé qui choisit d'interjeter appel de la déclaration de culpabilité à la lumière des nouveaux renseignements croit généralement de manière subjective qu'il aurait procédé différemment s'il avait été suffisamment informé à ce moment-là. J'estime toutefois que la meilleure façon d'évaluer le préjudice consiste à examiner objectivement l'importance qu'auraient eue les renseignements dans la situation particulière de l'accusé en fonction de la norme de la possibilité raisonnable, plutôt qu'à évaluer la mesure dans laquelle l'accusé peut décrire

éloquemment un préjudice subjectif par voie d'affidavit et l'efficacité avec laquelle il sait résister à un contre-interrogatoire.³³³

Ces différents points de vue tirés d'exemples jurisprudentiels illustrent la tension inévitable entre le fait que la volonté du renonçant ne peut en définitive qu'être attestée par lui-même, d'où sa responsabilité épistémologique, et le fait qu'il ne peut à cet égard y avoir aucune certitude. Ces dernières analyses nous mènent donc sur la piste des angles morts du consentement et de l'insuffisance de celui-ci pour *justifier* la transaction de la renonciation.

2.2.1.2 Les angles morts du consentement

Les métaphores du langage comme constituant à la fois un conduit et un contenant des idées, informations et émotions en matière de communication ne soulèvent pas que des questions de sémantique. Elles sont liées à de réels enjeux normatifs en matière de consentement. Ces métaphores maintiennent en effet dans l'ombre, à la manière d'angles morts, certains aspects fondamentaux liés au concept de consentement libre et éclairé. Tel que nous le verrons ci-après, ces angles morts ont des effets bien concrets en pratique.

Certes, les métaphores sont utiles pour illustrer les concepts, pour leur donner forme. L'image rend davantage visible certains aspects du problème. Elle lui donne vie. Certains aspects choisis sont mis en lumière. D'autres passent davantage inaperçus. Il peut en résulter la perte de certains détails, précisions ou même de dimensions entières du problème. Les métaphores, en donnant l'impression de nous simplifier la vie pour comprendre une problématique, forgent plutôt une conceptualisation particulière et *réduite* de celle-ci.

S'agissant en particulier des métaphores du langage comme contenu et contenant, celles-ci amènent à déduire que l'information est en quelque sorte une *chose* voyageant d'un émetteur à un récepteur, ce

³³³ R c Wong, *supra* au para 87.

indépendamment du *processus communicationnel* lui-même. Or, selon Manson et O'Neill, le fait d'informer et de communiquer plus généralement ne peut être effectué sans écueils que dans un cadre pratique et normatif à l'intérieur duquel les différents interlocuteurs (i) adhèrent ou possèdent certaines prémisses pratiques et cognitives ; (ii) connaissent les prémisses pratiques et cognitives des autres interlocuteurs ; (iii) adhèrent à certaines normes communicationnelles, épistémiques et éthiques, et agissent en conséquence de celles-ci ; (iv) peuvent compter sur le fait que les autres interlocuteurs agissent conformément à ces normes.³³⁴ Les auteurs démontrent de manière convaincante que ces métaphores du langage comme conduit et contenant ont pour effet de rendre moins visibles ces considérations fondamentales liées aux actions de *communiquer* et d'*informer* véritablement.

À l'essentiel, les métaphores du langage comme constituant le conduit et le contenant de l'information communiquée passent sous silence l'*acte communicationnel lui-même*. En effet, le processus de communication peut être compris autrement que comme une *transmettant* l'information, mais plutôt comme la *produisant, générant, construisant, créant*. Manson et O'Neill démontrent que ces métaphores rendent moins visibles différents aspects pourtant bien réels de la communication, dont les suivants³³⁵ :

(i) L'acte d'informer est dépendant du contexte général de communication

L'ensemble du contexte ainsi que ce qui est respectivement « compris » par chacun des interlocuteurs comme constituant le contexte même de la communication influence le processus visant à informer. L'information

³³⁴ Manson et O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra* à la p 40. Les mots exacts utilisés par les auteurs sur ce point sont les suivants : « Acts of informing (and communication more generally) *only* succeed within a rich practical and normative framework in which speakers and audience (a) *have* certain practical and cognitive commitments; (b) *know something of each other's* cognitive and practical commitments; (c) *adhere* to, and act in accordance with, relevant communicative, epistemic, and ethical norms; and (d) *assume that* the other party is acting in accordance with such norms. »

³³⁵ Voir Manson et O'Neill aux pp 41-48.

réellement communiquée est en ce sens dépendante à la fois de ce que les personnes « veulent » communiquer, mais également de ce qu'ils « peuvent » communiquer considérant l'ensemble du contexte. À ce titre, les valeurs, croyances et attentes des interlocuteurs pourront notamment influencer la communication réalisée.³³⁶

(ii) L'acte d'informer est dépendant du contexte normatif

Manson et O'Neill expliquent que la communication est une activité complexe encadrée par des contraintes normatives. Apprendre à communiquer, s'agissant par exemple de l'enfant qui apprend les rudiments d'une langue, signifie apprendre comment il « faut » prononcer, « structurer », le langage, dans l'« objectif » d'affirmer, de questionner, d'ordonner, à au moins une autre personne. Ainsi, même réduit à sa plus simple expression, l'apprentissage de la communication signifie toujours s'engager dans une activité « sociale » qui est conditionnée « normativement ». Ainsi, pour qu'une communication soit réussie entre deux interlocuteurs, ceux-ci doivent avoir en « commun » le fait d'adhérer à certaines normes éthiques et épistémiques.³³⁷

Les auteurs citent l'exemple d'une audience suspicieuse à l'endroit d'un conférencier et qui ne prend pas au sérieux ses propos parce qu'elle le suspecte de ne pas avoir respecté certaines règles éthiques ou épistémiques, soit en mentant, en induisant l'audience en erreur ou en tenant des propos impertinents. Il en résulte que le conférencier ne pourra pas *communiquer* ce qu'il souhaite à ces personnes. Le fait que les appréhensions du public soient fondées ou non n'y changera rien. De façon plus pernicieuse, l'audience pourrait prendre au sérieux les propos du conférencier et y porter une grande attention. La communication pourrait tout de même ne pas réussir si les interlocuteurs ne partagent pas les mêmes prémisses normatives quant à la façon de communiquer une idée en particulier.³³⁸ Il

³³⁶ *Ibid* à la p 41.

³³⁷ *Ibid* aux pp 41-42.

³³⁸ *Ibid* à la p 42.

en est notamment de même de la communication entre un médecin et son patient, une avocate et son client, un juge et un inculpé, un syndicat et des salariés, une policière et une victime.

(iii) Informer est une action de nature propositionnelle

Manson et O'Neill poursuivent en rappelant que la communication implique de formuler, de soumettre, une « proposition ». Celle-ci pourra notamment affirmer, inférer ou nier une chose. Ces propositions pourront ou non être davantage clairement « vraies » ou « fausses ». D'autres propositions pourront constituer des recommandations, des questions, des exigences. La représentation de la communication comme un conduit transportant l'information d'un point A à un point B ne prend pas en compte la nécessaire et complexe structuration de l'acte communicationnel en fonction de sa nature propositionnelle. Ce qui est communiqué n'est pas un simple « contenu », mais une proposition. En quoi cela est-il substantiellement différent ?

Les auteurs expliquent que la nature dynamique de l'acte de « proposer » à un interlocuteur nous amène à choisir nos mots, expressions et syntaxe langagière, notre ton de voix, et même nos gestes, afin de « convaincre » d'une idée ou d'un état de fait, d'amener l'interlocuteur à « croire » qu'une option est meilleure qu'une autre, à ce qu'il « déduise » qu'une éventualité est possible, impossible, probable. La nature propositionnelle de l'information est donc intrinsèquement liée au « raisonnement » des interlocuteurs visés, à leur évaluation réciproque et dynamique de leurs actions, aux « raisons » justifiant leurs actions, leurs choix.³³⁹

(iv) Informer est une action rationnelle

Manson et O'Neill rappellent une autre proposition évidente : les personnes « agissent » en fonction de certaines « raisons ». Cette proposition ne réfère pas au simple concept de causalité selon lequel toute action aurait une cause.

³³⁹ *Ibid* aux pp 42-43.

Les auteurs donnent ici l'exemple selon lequel il est exact d'affirmer qu'un pont s'est effondré en raison d'une certaine cause. Les raisons pour lesquelles une personne effectue une action, prononce une parole, un consentement, réfèrent à une réalité plus complexe que ce type de causalité. Une personne effectue notamment certains choix, dans certains contextes, pour des raisons qu'elle connaît suivant sa conception des choses, ses valeurs, ses objectifs.

Cette caractéristique de la communication est liée à la dynamique complexe de l'autonomie de la personne abordée précédemment. Soulignons pour les fins de notre propos immédiat que le processus de communication est effectué par des agents « pour certaines raisons », que celles-ci soient par ailleurs rationnelles ou non. Ces raisons peuvent être connues ou non par l'ensemble des interlocuteurs touchés par une communication en particulier et, le cas échéant, peuvent être acceptées ou rejetées par les autres interlocuteurs.

Cette dynamique se trouve d'autant complexifiée par le fait que toute communication n'est pas intentionnelle et est, dans tous les cas, sujette à interprétation. Une personne peut « inférer » l'intention de son interlocuteur, « anticiper » un geste ou une parole, « déduire » un état d'esprit ou des émotions ressenties par l'autre. Cette personne peut avoir raison ou non. Cela dit, dans le contexte de notre analyse du consentement, notre attention est dirigée vers les communications intentionnelles effectuées par des agents agissant nécessairement en fonction de raisons.³⁴⁰

(v) L'action d'informer peut être évaluée rationnellement

Effectuer une proposition ayant par exemple pour objet de « déclarer » une chose signifie que nous avançons que cette chose est « vraie ». Si nous « avançons » ainsi une chose, nous devons être en mesure d'expliquer

³⁴⁰ *Ibid* aux pp 43-44.

pourquoi l'affirmation en question est effectivement vraie. Nous nous attendons réciproquement au même de la part de nos interlocuteurs.

L'importance de pouvoir effectuer une « évaluation rationnelle » de l'action d'informer ainsi que la rationalité de l'information elle-même constituent des dimensions fondamentales de la communication qui ne sont pas mises en lumière avec les métaphores du langage comme conduit et contenant. Au contraire, tel qu'exposé précédemment, ces représentations issues de la théorie mathématique de l'information réduisent cette dernière à une « réduction de l'incertitude ». Ainsi, les personnes prenant la parole seraient de simples « diffuseurs » d'information. Or, l'information et l'acte d'informer doivent pouvoir être évaluées rationnellement par le public ou les interlocuteurs prenant part à une communication, et cette évaluation est indissociable de celle des affirmations et propositions formulées. À l'appui de celles-ci, des « raisons » doivent inévitablement être données, lesquelles pourront à leur tour être questionnées et devoir, selon les circonstances, se justifier à leur tour de leurs propres raisons.³⁴¹

(vi) L'acte d'informer est caractérisé par l'opacité référentielle

Manson et O'Neill expliquent que l'« opacité référentielle » réfère au fait que l'interlocuteur à qui une information est communiquée peut comprendre cette information sans toutefois « réaliser » pleinement ce qu'elle « signifie », quelle est sa portée, à propos de qui ou de quoi elle réfère plus ou moins indirectement ou explicitement. Cela s'explique par le fait que la communication ne repose pas seulement sur un « contenu » informatif « transmis », mais sur une compréhension mutuelle qui se fonde sur les connaissances des interlocuteurs, leurs croyances et l'ensemble de leurs « référents ».³⁴²

³⁴¹ *Ibid* aux pp 44-45.

³⁴² Nous entendons par « référent » ce qui « renvoie un signe linguistique dans la réalité extralinguistique telle qu'elle est découpée par l'expérience de tel ou tel groupe humain » (dictionnaire *Larousse*, [En ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>]), ou plus largement de l'expérience humaine.

Plusieurs propositions sont ainsi dites « opaques », en ce sens qu'elles n'exposent pas par les « mots explicites de la communication » leur pleine signification, laquelle prendra forme par l'« acte » communicationnel selon le contexte inférentiel du public à qui l'information est communiquée.³⁴³

(vii) Informer est un processus dynamique sujet à l'influence de multiples inférences

Manson et O'Neill poursuivent leur critique implacable de la conceptualisation quantitative de la communication en soulignant que le processus par lequel celle-ci se réalise est influencé par de nombreuses inférences allant au-delà de celles spécifiquement visées par l'opacité référentielle. Les inférences sont si multiples et importantes en matière de communication qu'en fait le processus communicationnel dépend de l'ensemble de ce contexte inférentiel et de leurs usages respectifs par les différents interlocuteurs. Les métaphores du langage comme contenu est contenant tendent à « cacher » le fait que les transactions communicationnelles ainsi que leur « succès » dépendent largement du contexte, de l'adhésion à des règles, principes et langage communs, ainsi que de la capacité des interlocuteurs d'effectuer des inférences communes. Les interlocuteurs pourront généralement alors *être sur la même longueur d'ondes...* ou pas.³⁴⁴

(viii) L'acte d'informer doit s'effectuer en prenant compte le public visé

S'il semble là s'agir d'un truisme, il importe de souligner que les métaphores du langage comme conduit et contenant mettent plutôt l'accent sur la *transmission du message* en tant que contenu indépendant du public à qui il s'adresse. Or, il arrive souvent que le public n'a pas compris parce que *le message ne s'est pas rendu*. Cette expression illustre bien l'illogisme d'une communication pensée en termes de transport d'information comme on transporte une marchandise, peu importe le destinataire.

³⁴³ Par exemple, Julie invite son amie Anne à prendre un thé. Anne est par ailleurs la voisine de Charles, ce que Julie ignore. Julie a donc invité *la voisine de Charles* à prendre un thé, ce qu'elle ignore. Voir *Ibid* à la p 45.

³⁴⁴ *Ibid* aux pp 46-47.

En particulier, la communication nécessite l'engagement de l'ensemble des interlocuteurs, incluant le public à qui une information est destinée. Si ce dernier est distrait, plus ou moins intéressé ou fatigué, cela peut suffire à faire échec à la communication. Ainsi, lire un livre sur un sujet que l'on connaît bien avec des questions précises en tête est bien différent d'ouvrir un manuel scolaire la veille d'un examen pour *se bourrer le crâne* d'informations avant un examen.

De même, le seul fait de rendre passivement disponible une certaine information ne signifie pas que la communication réussisse. Par exemple, combien de personnes lisent à tout coup tous les petits caractères avant de cocher machinalement sur un site web ou un autre qu'ils *consentent* à la transmission d'informations personnelles, à leur communication à des tiers, voire qu'ils *renoncent* à toute réclamation afférente liée à la protection de leur vie privée ? ³⁴⁵

2.2.2 L'autonomie personnelle : fondement et limite du consentement

L'autonomie de la personne constitue un fondement juridique justifiant la possibilité même de la renonciation aux droits et libertés et, plus particulièrement, du consentement à une telle renonciation. L'autonomie correctement comprise constitue également une norme juridique limitant le consentement exprimant n'importe quelle volonté purement subjective d'abdiquer toute garantie juridique fondamentale. La section qui suit vise donc à une analyse approfondie de la nature et de la portée de l'autonomie en tant que droit et valeur constitutionnels. Une compréhension juste de l'autonomie permet de mieux cerner ce que constitue un consentement véritablement éclairé et de situer à la fois la nécessité du consentement ainsi que ses limites en matière de renonciation aux droits et libertés.

³⁴⁵ Voir *Ibid* aux pp 47-48.

2.2.2.1 Le droit et la valeur de l'autonomie comme prémisses du consentement

À la fois droit et valeur constitutionnels, l'autonomie constitue une prémisse du consentement comme expression de la volonté libre du renonçant. L'importance croissante du discours juridique fondé sur l'autonomie est d'ailleurs concomitant avec la présence accrue de cas d'espèce constituant des renonciations dans la jurisprudence.

L'autonomie individuelle est d'abord un droit constitutionnel. Alors qu'il n'était pas clair historiquement que l'article 7 garantissait au chapitre du « droit à la liberté » autre chose que la liberté physique, cette protection figurant parmi les « garanties juridiques » de nature procédurale, la jurisprudence a reconnu avec le temps que cette liberté de la personne va bien au-delà.³⁴⁶ Le droit à la liberté « garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée³⁴⁷ ». L'autonomie est comprise comme protégeant « le droit de faire des choix personnels fondamentaux »³⁴⁸, lesquels relèvent « de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles »³⁴⁹.

Dans le contexte du choix d'avoir recours à un avortement, la juge Wilson a affirmé que le droit à l'autonomie de la personne entraine en jeu. Se référant aux travaux du professeur Neil MacCormick, la juge a expliqué que le droit à la liberté de l'individu entendu comme la « capacité de réaliser sa propre

³⁴⁶ Pour une analyse sur la portée beaucoup plus large de l'art 7 de la *Charte canadienne* que ne le prédestinait son caractère procédural initialement pensé comme étant limité, voir notamment Peter W Hogg, « The Brilliant Career of Section 7 of the Charter » (2012) 58 SCLR (2^e) 195.

³⁴⁷ *Morgentaler*, *supra* à la p 171 (j Wilson).

³⁴⁸ *Carter*, *supra* au para 64, citant *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 RCS 307 au para 54 [*Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*].

³⁴⁹ *Godbout c Longueuil*, *supra* au para 66, citant *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315.

conception d'une vie bien remplie, qui vaille la peine d'être vécue³⁵⁰ », est étroitement lié à la notion de dignité humaine et au respect de soi :

Ce respect de soi et cette satisfaction sont, à mon avis, des biens fondamentaux pour l'être humain, la vie elle-même ne valant la peine d'être vécue qu'à la condition de les éprouver ou de les rechercher. L'individu auquel on refuserait délibérément la possibilité de parvenir au respect de lui-même et à cette satisfaction se verrait privé de l'essence de son humanité.³⁵¹

La juge Wilson explique que le fait de choisir un avortement relève de la sphère irréductible du droit à l'autonomie encore bien davantage que n'importe quelle décision banale d'ordre médical : « Lorsqu'une femme se pose la question à savoir si elle souhaite mener à terme sa grossesse ou opter pour un avortement, « [l]a réponse qu'elle y donne [est] la réponse de tout son être³⁵² ».

Le droit à l'autonomie n'est donc pas touché par tous les types de règles juridiques qui imposent une certaine limite à la liberté au sens large, puisque « se serait banaliser la Charte » d'en conclure ainsi.³⁵³ La « liberté » protégée à l'article 7 « n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte³⁵⁴ » et ne constitue donc pas un « droit illimité de faire des affaires toutes les fois qu'on le veut³⁵⁵ ».

L'arrêt *Carter*, par lequel la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelles les dispositions du *Code criminel* ayant pour effet de prohiber de manière absolue toute aide au suicide puisqu'elles portaient atteinte à la fois aux

³⁵⁰ Neil MacCormick. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, cité dans *Morgentaler, supra* au para 225 (j Wilson).

³⁵¹ Nos soulignements. *Ibid.*

³⁵² Nos soulignements. *Ibid* au para 239 (j Wilson).

³⁵³ Renvoi: *Motor Vehicle Act de la C-B*, [1985] 2 RCS 486 à la p. 524. Voir aussi *R c Edwards Books and Art Ltd*, [1986] 2 RCS 713 au para 155 (j en chef Dickson) et *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, *supra* au para 54.

³⁵⁴ *R c Edwards Books and Art Ltd, supra* au para 155.

³⁵⁵ *Ibid.*

droits à la vie, la liberté et la sécurité de la personne, a précisé encore davantage le concept d'autonomie. Les juges ont conclu que la prohibition absolue d'aide à mourir constituait une atteinte à la liberté en ce que cela prive la personne capable de la « possibilité de faire un choix »³⁵⁶. Or, ce choix peut s'avérer être d'une très grande importance pour le « sentiment de dignité » de la personne. Plus particulièrement, l'atteinte réside dans l'impossibilité résultant de la prohibition absolue pour les personnes d'effectuer « un choix “compatible avec les valeurs qu'elles ont eu toute leur vie et qui reflète leur vécu” »³⁵⁷. Effectuer ce choix en conformité avec leurs valeurs personnelles et les principes selon lesquels elles ont choisi de gouverner leur vie « revêt une grande importance pour leur sentiment de dignité et d'autonomie »³⁵⁸.

Parmi les autres « choix fondamentaux » protégés par le droit à l'autonomie, notons que ceux-ci pourraient inclure les droits du parent d'éduquer son enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux.³⁵⁹ Plus généralement, le droit à l'autonomie protège le droit fondamental de chacun de prendre des décisions concernant son propre corps, d'accepter ou de refuser un traitement médical. De ce droit découle l'obligation de divulgation envers le patient.³⁶⁰ Rappelons que le choix de

³⁵⁶ *Carter*, *supra* au para 65, citant *Carter v Canada (AG)*, 2012 BCSC 886 au para 1326 [*Carter* BCSC].

³⁵⁷ Nos soulignements. *Ibid.*

³⁵⁸ *Carter*, *supra* au para 68, citant *Carter* BCSC au para 1326.

³⁵⁹ Cette conclusion repose en outre sur la jurisprudence de common law selon reconnaissant que les parents sont généralement les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre les décisions nécessaires à leur bien-être. *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, *supra* au para 83 (j Laforest, avec l'accord des jj Gonthier et McLachlin).

³⁶⁰ *Ciarlariello c Schacter*, [1993] 2 RCS 119 à la p 135 (j Cory). Voir également *Nancy B c Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] RJQ 361 (CS); *Marcoux c Bouchard*, [2001] 2 RCS 726, 2001 CSC 50 (article 1 de la Charte Québécoise). La décision de l'adolescent mature pourra tout autant être protégée. *AC c Manitoba*, *supra*. En contexte biomédical, l'urgence d'agir ou encore l'intérêt public pourra toutefois justifier d'outrepasser l'absence de consentement individuel. Par exemple, une restriction au droit à l'autonomie d'une personne obligée de recevoir un vaccin peut être justifiée par des motifs de santé publique conformément à l'article 9.1 de la Charte québécoise. *Charbonneau c Poupart*, (1990) RJQ 1136 (CS)

son lieu de résidence pourrait aussi être considéré comme un choix fondamental³⁶¹.

L'autonomie personnelle est également une valeur constitutionnelle, c'est-à-dire un principe constitutionnel non écrit, qui découle nécessairement du texte de la Charte canadienne. Cela signifie que l'autonomie *en tant que principe* juridique (et non uniquement en tant que droit) façonne l'architecture de la Constitution et de la Charte canadienne en particulier. Le principe d'autonomie, comme par exemple celui d'égalité³⁶², ou encore les principes sous-jacents de démocratie, constitutionnalisme et primauté du droit³⁶³, doit à la fois être interprété à la lumière de la Constitution dans son ensemble et participer à l'interprétation de celle-ci comme un tout cohérent. La *rule of law* nécessite d'interpréter comme un ensemble toutes les normes, valeurs, principes et règles constitutionnelles. Chacun des éléments de cet ensemble n'a pas de sens précis s'il est considéré isolément. Chaque élément est plutôt interprété par rapport aux autres et les éléments normatifs spécifiques tirent leur normativité des valeurs ou principes plus généraux.³⁶⁴

Cela dit, quels liens juridiques existe-il entre l'autonomie et le consentement à une renonciation ? Dans une tradition de libéralisme des droits comme la nôtre, on s'expliquerait mal que l'individu n'ait aucune « liberté » face à ses droits, peu importe les circonstances. Comme l'affirmait la Cour suprême dans l'arrêt emblématique *Carter* portant sur la constitutionnalité de la criminalisation absolue de toute aide à mourir, la sphère de protection du droit à la vie n'inclut pas un *droit à la mort* ou un

³⁶¹ *Godbout c Longueuil*, *supra*. Voir nos commentaires à la note 84.

³⁶² De manière similaire à l'autonomie, l'égalité est à la fois un droit et un principe constitutionnel non écrit découlant nécessairement du texte de l'article 15 de la Charte canadienne.

³⁶³ Voir notamment le *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* aux para 49-82 ayant reconnu ces principes ainsi que le fédéralisme et la protection des minorités à titre de principes constitutionnels sous-jacents.

³⁶⁴ Sur la fonction normative des principes constitutionnels non écrits découlent nécessairement du texte de la Constitution, voir Luc B Tremblay. « Les principes constitutionnels non écrits » (2012) 17:1 *Review of Constitutional Studies* 15 à la p 20.

droit de mourir dans la dignité.³⁶⁵ Cependant, cela ne signifie pas que « les personnes ne peuvent « renoncer » à leur droit à la vie. Il en résulterait une « obligation de vivre » plutôt qu'un « droit à la vie ». ³⁶⁶ » L'autonomie en tant que droit et *valeur* transcende donc les motifs de la Cour.

Une des prémisses de l'assujettissement de la validité de la renonciation au consentement « libre et éclairé » réside dans l'hypothèse que c'est cette norme juridique qui garantirait au mieux l'autonomie personnelle. Le consentement de l'individu exprimerait dans tous les cas le choix véritable de l'individu, lequel serait garant de l'autonomie. La vigilance s'impose afin d'éviter de tels raccourcis.

Par exemple, dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême écrivait qu'« il est clair qu'une personne qui demande une aide médicale à mourir [...] « le fait à cause d'une croyance profondément personnelle et fondamentale sur la façon de vivre sa vie, ou de mourir »³⁶⁷ ». Or, il est impératif de replacer ces motifs dans leur contexte complet. La Cour citait ici expressément l'analyse du juge Binnie dans l'arrêt *AC c Manitoba* où il était question d'un refus de transfusion sanguine pour des motifs religieux. C'est dans ce contexte précis que le juge Binnie a opiné qu'une personne qui refuse un traitement pouvant lui sauver la vie *pour des motifs religieux* le fait en raison d'une croyance sincère. Il n'y a pas lieu de questionner la sincérité de cette croyance religieuse pour faire échec au respect du droit à l'autonomie de la personne. Cela ne signifie évidemment pas que toute personne qui communique un consentement à une aide à mourir, renonçant ainsi au droit à la vie, communique dans tous les cas un choix réellement autonome.

Le consentement libre et éclairé joue donc un rôle fondamental dans le processus menant à déterminer si une renonciation à un droit fondamental est valable dans la mesure où il assure l'autonomie de la personne. Or,

³⁶⁵ *Carter*, *supra* aux para 59-62.

³⁶⁶ *Ibid* au para 63.

³⁶⁷ *Ibid* au para 68, citant le juge Binnie dans *AC c Manitoba*, *supra* au para 219.

l'autonomie est un principe allant au-delà du seul consentement, tel que nous l'exposons ci-après.

2.2.2.2 L'autonomie au-delà du consentement

L'autonomie vise à garantir la possibilité pour les personnes de se gouverner elles-mêmes, de mettre en œuvre leur volonté quant à des dimensions fondamentales de la conduite de leur vie. Le consentement est un *moyen* de permettre aux individus d'exprimer, dans la mesure du possible, leurs volontés. L'autonomie englobe donc bien davantage que l'unique consentement, et ne saurait y être assimilée. Si l'autonomie justifie donc la prise en compte du consentement exprimant la volonté *subjective* du renonçant, nous verrons qu'elle limite également la portée du consentement en raison de sa composante *objective*.

Nous approfondirons dans un premier temps les fondements éthiques du concept d'autonomie. Cette analyse nous permettra ainsi de situer dans quelle mesure, et selon quels principes éthiques, l'autonomie peut être considérée comme comprenant des dimensions objectives et subjectives. Dans un deuxième temps, nous examinerons comment le concept éthique d'autonomie est mis en œuvre dans la pratique judiciaire. Sans aspirer à une théorisation complète à cet égard, notre objectif est d'illustrer comment les dimensions à la fois objectives et subjectives du concept juridique et éthique d'autonomie peuvent être retenues par les tribunaux et *limiter* la portée du consentement.

2.2.2.2.1 Les fondements éthiques du concept d'autonomie

Différentes formulations de questions éthiques classiques pourront guider l'analyse menant à choisir une définition en particulier de l'autonomie. Par exemple, une personne est-elle véritablement autonome uniquement lorsqu'elle effectue des choix rationnels et, le cas échéant, qu'est-ce qu'un *choix rationnel* concernant soi-même ? La personne autonome est-elle celle qui effectue des choix fondés sur certains principes universels ou objectivables ? Suffit-il plutôt que l'individu prenne des décisions en

fonction de ses propres vérités subjectives pour être considéré agir de façon autonome ? L'autonome désigne-t-elle l'unique capacité de formuler un consentement, lequel pourrait être considéré *libre et éclairé* sans égard aux raisons qui fondent la décision en cause ou aux conséquences qui en découlent ?³⁶⁸

Nous retenons que l'autonomie comme principe à la fois juridique et éthique peut être conceptualisé selon trois modèles généraux : (i) l'autonomie objective nécessitant de fonder ses choix sur des principes partagés ; (ii) l'autonomie subjective ou rationnelle posant que les choix véritablement autonome de l'individu sont ceux qui lui permettant de se gouverner selon ses valeurs quant à la conduite générale de son existence ; (ii) et le pur « libre-choix » selon lequel l'expression de n'importe quelle volonté serait « autonome ».³⁶⁹ Or, seuls les deux premiers modèles

³⁶⁸ Voir particulièrement l'analyse formulée dans Manson et O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, *supra* aux pp 16–22 (« Improving justifications: the quest for autonomy »).

³⁶⁹ Entre autres auteurs effectuant de façon similaire une catégorisation générale des différents modèles d'autonomie, nous avons notamment lu les travaux de John Coggon, David DeGrazia et Onora O'Neill. D'une part, Coggon identifie trois catégories d'autonomie en philosophie morale : (1) *ideal desire autonomy*; (2) *best desire autonomy* et (3) *current desire autonomy* (voir John Coggon, « Varied and Principled Understandings of Autonomy in English Law: Justifiable Inconsistency or Blinkered Moralism? » (2007) 15:3 Health Care Analysis 235 aux pp 240–42). D'autre part, DeGrazia réfère aux trois niveaux suivants de déférence entre la *volonté subjective* du patient et la recherche du *meilleur intérêt objectif* de ce dernier quant aux décisions biomédicales qui le concernent : (1) *informed consent*; (2) *substituted judgement* et (3) *best interests* (voir David DeGrazia, « Value Theory and the Best Interests Standard » (1995) 9:1 Bioethics 50 à la p 50). Enfin, O'Neill se penche plus particulièrement sur la catégorie d'autonomie morale idéale objective dans sa forme la plus fidèle à la pensée de Emmanuel Kant. Elle qualifie cette catégorie d'*autonomie fondée sur des principes* (« principled autonomy ») et la distingue particulièrement de l'autonomie rationnelle correspondant au modèle de l'autonomie idéale subjective (voir Onora O'Neill, *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 ; Onora O'Neill, « Autonomy: The Emperor's New Clothes » (2003) 77 Proceedings of the Aristotelian Society (Supplementary Volumes) 1 aux pp 6–8. Pour une discussion critique sur les éléments avancés par Coggon et DeGrazia, voir également Richard Huxtable, *Law, Ethics and Compromise at the Limits of Life: To Treat or not to Treat?*, New York, Routledge, 2013 aux pp 116–22.

comportent des caractéristiques valables du concept d'autonomie retenu par la jurisprudence de la Cour suprême.³⁷⁰

2.2.2.2.1.1 L'autonomie objective fondée sur des principes

Le modèle de l'autonomie objective vise les conceptions de l'autonomie selon lesquelles les décisions de l'individu doivent correspondre à ce qu'il *devrait* vouloir en fonction d'un système de valeurs morales généralisables. Une norme est généralisable lorsqu'elle est fondée sur une moralité commune pouvant être rationnellement partagée par une société donnée. La norme objective est dite « universelle » lorsqu'elle peut être rationnellement érigée en principe partagé par la communauté humaine. La norme universelle est donc en quelque sorte la forme la plus aboutie de la norme objective généralisable. Il s'agit là du principe bien connu de la loi morale universelle de Kant.

Les normes éthiques et juridiques s'appuyant sur le respect d'une forme d'autonomie objective visent donc à ce que la conduite de l'individu tende à se conformer à un *idéal moral objectif* pouvant être rationnellement partagé. Ces normes appliquées en contexte de renonciation pourront mettre de côté ou refuser certaines options à l'individu, voire les interdire légalement. La prohibition absolue de toute aide au suicide justifiée uniquement par le principe du *caractère sacré de la vie* constitue un exemple classique de la mise en œuvre du modèle d'autonomie objective fondée sur des principes moraux universalisables. Toutefois, nous verrons que toute ouverture à une quelconque forme d'aide au suicide ne s'inscrit pas forcément en faux contre une conception objective de l'autonomie, même fondée sur des lois morales universelles.

³⁷⁰ Voir Millaire, « Le concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter c. Canada* : Au-delà du libre-choix », *supra* aux p 288-300. L'analyse qui suit reprend en bonne partie notre conceptualisation de l'autonomie en contexte de renonciation au droit à la vie, ce dans le contexte de notre étude de cas de l'arrêt *Carter*, *supra*. Les principes généraux dégagés sont pertinents plus largement afin de mieux cerner dans quelle mesure l'autonomie peut être saisie et justifier la renonciation aux droits et libertés constitutionnels.

Les fondements philosophiques de l'autonomie objective trouvent leur origine dans la pensée de Emmanuel Kant. On peut même affirmer que Kant a en quelque sorte historiquement « inventé » l'idée d'autonomie (purement objective) en étant le premier à poser la *morale* elle-même comme *autonomie*.³⁷¹ En effet, dans la pensée kantienne, l'individu autonome est celui qui, supposé rationnel, choisit l'action qui s'impose à lui comme un *devoir* en application de principes moraux conformes à une vertu universelle. L'individu autonome s'autogouverne en tant que son propre législateur de règles morales qui guident ses actions. Ces règles ne peuvent être subjectives en ce sens qu'elles ne doivent pas être guidées par ses simples *inclinations* personnelles. Elles doivent plutôt correspondre *objectivement au bien*. La formule de l'autonomie kantienne repose donc sur des *impératifs absolus*, d'où le fait qu'elle puisse être qualifiée comme constituant un *idéal d'objectivité*.

En pratique, il en découle forcément une nécessité d'ajustement des idées pures de Kant aux fins de développer des normes véritablement opérationnelles. Il n'en demeure pas moins à la fois incontournable et fort utile de saisir les justifications philosophiques qui mènent à la construction du concept d'autonomie « pur » de Kant. Nous procéderons donc, dans les lignes suivantes, à un sommaire de ces concepts fondamentaux à la pensée kantienne.

La liberté, dans ses dimensions à la fois morale et politique, constitue le fondement de la théorie de la justice kantienne. S'agissant plus particulièrement du concept d'autonomie, il s'agit là pour Kant d'une idée reposant fondamentalement sur une forme de raison universelle, c'est-à-dire sur la « connaissance rationnelle commune de la moralité »³⁷². Cette idée signifie deux choses essentielles : l'autonomie ne peut être atteinte que par le biais de la raison et cette raison doit permettre de s'astreindre soi-

³⁷¹ Voir JB Schneewind, *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, *supra* aux pp 483–507. Onora O'Neill partage l'avis de Schneewind sur ce point (voir O'Neill, « Autonomy: The Emperor's New Clothes », *supra* à la p 6).

³⁷² Emmanuel Kant. *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduit par Victor Delbos, Paris, Le livre de poche, 1993 à la p 57.

même par autolégislation à respecter des règles qui puissent être tout autant valables pour soi-même que pour autrui.

Kant soumet que l'autonomie est atteinte par la concomitance de la volonté de l'individu avec une raison pratique universelle. C'est pourquoi toutes les maximes — absolues — que l'individu rationnel s'impose *librement* à lui-même constituent un règne des *possibles de la nature*. Une loi universelle qui vaut pour toute personne humaine est autrement dit une loi qui se *choisit naturellement* par l'individu rationnel faisant preuve de raison *pure* pratique. Ce choix *s'impose* en même temps à lui en ce que la loi universelle ne constitue que la seule règle qui soit rationnellement justifiée. C'est là où réside d'ailleurs la source de cet impératif bien connu formulé par Kant : « Agis comme si la maxime de ton action devait être érigée par ta volonté en loi universelle de la nature »³⁷³.

Considérons isolément le concept kantien de *raison*. Il est nécessaire pour ce faire de rappeler la prémisse selon laquelle les individus sont *présumés* être des êtres rationnels pour Kant, même si le philosophe reconnaît tout à fait que ceux-ci s'égarent bien souvent de la voie que leur dicte la raison et agissent en suivant leurs *inclinations*. Ce faisant, ils agissent d'ailleurs de façon non autonome, puisque non rationnelle. Cette présomption de rationalité attribuée à l'être humain est essentielle à la formule d'autonomie kantienne, parce que c'est justement en leur qualité d'êtres rationnels que les personnes peuvent s'imposer à elles-mêmes les impératifs catégoriques de la morale universelle *et à la fois être soumises en toute légitimité à ces impératifs en tant qu'êtres autonomes*. Si, à l'inverse, l'individu était présumé non raisonnable, le fait qu'il *doive* s'imposer une règle impérative correspondant au règne naturel (universel) de la raison pour de ce fait exercer son autonomie constituerait une nette antinomie³⁷⁴.

³⁷³ *Ibid* à la p 95.

³⁷⁴ Nous employons l'expression « nette antinomie » en ce sens que l'antinomie demeure présente comme principe transcendantal logique (dont l'existence ne peut être vérifiée) dans la pensée kantienne. Nous référons donc ici plus précisément à l'opposition logique entre la présupposition hypothétique de la personne comme être irrationnel et de

Le paradoxe apparent entre l'imposition à soi-même en toute *liberté* d'une loi devant impérativement correspondre à une vérité universelle et la formulation par *autolégislation* de principes justement *universels* réside dans le fait que l'individu ne constitue pas pour Kant un *sujet* de la loi morale, mais plutôt un *traducteur* (par autolégislation) du règne naturel des fins. Sur ce point, John Rawls explique, après avoir analysé les différentes formulations de cette maxime, que l'idée essentielle se dégageant de la pensée kantienne réside dans le concept d'appartenance à une *communauté morale*. C'est d'ailleurs pourquoi Kant considère de façon conséquente que l'autonomie de la volonté est l'unique principe — ou principe suprême — de la morale³⁷⁵.

De ce qui précède découle un principe fondamental à l'autonomie morale selon Kant : la volonté ne peut être soumise, exercée ou autrement influencée par autre chose que la raison pratique. Le seul *intérêt* ressenti qui puisse constituer une inclination valable du point de vue de l'autonomie morale est justement une inclination envers la *morale elle-même*. Voilà en quoi cette forme d'autonomie correspond à une morale *objective*.

Les formulations de l'universalisme, des impératifs catégoriques de la vertu et du règne des fins sont donc essentielles au concept d'autonomie kantien. S'agissant plus particulièrement des questions liées à l'aide au suicide, l'aide médicale à mourir ou l'euthanasie volontaire, Kant pose dans ses *Leçons d'éthique* certains impératifs catégoriques liés aux devoirs envers soi-même qui sont pertinents à notre analyse. Il s'agit des formulations portant sur le suicide, la liberté, le devoir de conservation de soi et à la dignité humaine discutées ci-après.

L'interdit catégorique de suicide kantien est bien connu. Kant considère que la liberté — qui est aussi raison — est la valeur humaine suprême en

l'autolégislation de la morale universelle comme expression de la raison. Autrement dit, l'auto-législation *obligatoire* de la raison pour l'être irrationnel comme fondement de son autonomie serait un principe contradictoire.

³⁷⁵ Voir John Rawls, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, *supra* à la p 203.

ce qu'elle est la « condition de la vie³⁷⁶ ». C'est donc pour cette raison que la liberté, comprise comme fondement de la vie, ne peut justifier l'action visant à supprimer cette même vie. Il est impératif pour un être libre de pouvoir vivre, et le corps n'est pas simplement contingent à la vie; le corps est une « condition de la vie »³⁷⁷. Il en découle qu'une personne ne peut être libre et simultanément prétendre avoir le droit de s'enlever la vie sans raison aucune. Au contraire, l'individu a un devoir de préservation de son corps, puisque c'est à travers ce corps qu'il vit et qu'il peut être libre. Une règle qui formulerait l'idée inverse ne pourrait d'aucune manière être élevée au rang de loi universelle. Le corps de l'individu est *lui-même*. Or, il n'est pas possible de disposer de *soi-même*, mais uniquement de *son état*.³⁷⁸ Il en découle qu'on ne peut disposer de son état de façon à disposer du même coup complètement de son corps parce qu'alors cela revient à disposer de soi-même et à aliéner sa liberté *par liberté*, ce qui serait forcément antinomique.

Cependant, une analyse attentive révèle que ce n'est pas l'interdit du suicide qui est un impératif catégorique, mais bien la préservation de soi. Cette nuance signifie que le suicide n'est pas moralement autorisé dans la mesure où vivre permet de se préserver en tant qu'être de raison, de dignité et de liberté. Pour Kant, « [c]'est l'intention de se détruire soi-même qui constitue le suicide »³⁷⁹, et non le fait que la vie aurait une valeur supérieure au libre arbitre. Au contraire, c'est la liberté qui a une valeur supérieure à la vie. Quant à la moralité, elle serait « de loin supérieure à la vie »³⁸⁰. Ainsi, si une personne est condamnée à une vie indigne où elle ne peut être libre, le suicide peut même à l'occasion devenir un impératif. « Il y a en fait plusieurs circonstances dans lesquelles la vie doit être sacrifiée : si je ne puis la conserver autrement qu'en violant les devoirs que j'ai envers moi-même, j'ai en réalité l'obligation de *renoncer à ma vie* » [nos

³⁷⁶ Emmanuel Kant, *Leçons d'éthique*, Paris, Librairie générale française, 1997 à la p 268.

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ *Ibid* à la p 269.

³⁷⁹ *Ibid* à la p 272.

³⁸⁰ *Ibid* à la p 274.

italiques]³⁸¹. En définitive, ce qui est véritablement inviolable pour Kant n'est pas la vie elle-même, mais bien « [l]'humanité en notre personne »³⁸². Rawls conclut d'ailleurs de son analyse de la *Doctrine de la vertu* que pour Kant le suicide n'est pas toujours immoral malgré ce que certains commentateurs laissent entendre. L'idée maîtresse de la pensée kantienne est plutôt qu'une *justification morale* est toujours nécessaire au suicide³⁸³.

Bref, l'éthique kantienne ne contient pas d'interdit général de suicide qui puisse agir comme une objection préliminaire à ce qu'une personne puisse décider en toute *autonomie* de recourir à une forme d'aide à mourir. Il demeure que pour juger de l'autonomie de cette personne face à un tel choix, le test d'universalisme de la règle que la personne s'impose à elle-même doit être satisfait et il doit par conséquent en découler une *règle morale objective*. Le dilemme de l'auto-législation de règles à la fois dictées obligatoirement par la raison et formulées librement³⁸⁴ crée une nette hétéronomie dans le concept d'autonomie morale kantien. Il en découle que ce ne sont pas les *personnes* elles-mêmes qui sont autonomes, mais plutôt les *entités abstraites* qui construisent le système moral de Kant.³⁸⁵

Kant pose lui-même l'impasse d'expliquer comment la raison pure peut tout autant être pratique :

Or la liberté est une simple idée, dont la réalité objective [...] ne peut jamais être comprise ni même seulement aperçue. Elle ne vaut que comme une supposition nécessaire de la raison dans un être qui croit avoir conscience d'une volonté, c'est-à-dire d'une

³⁸¹ *Ibid* à la p 273.

³⁸² *Ibid*.

³⁸³ Voir Rawls, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, *supra* à la p 192.

³⁸⁴ En ce que provenant de la raison et correspondant de ce fait au désir de tout être présumé raisonnable.

³⁸⁵ Pour une analyse plus approfondie de l'hétéronomie quant au concept d'autonomie morale de Kant, voir Onora O'Neill, « Postscript: Heteronomy as the Clue to Kantian Autonomy », dans Oliver Sensen, dir, *Kant on Moral Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 282.

faculté bien différente de la simple faculté de désirer [...] Or, là où cesse une détermination selon des lois de la nature, là cesse également toute explication, et il ne reste plus qu'à se tenir sur la défensive. [...]

On ne saurait, en effet, nous blâmer de ne pas vouloir [expliquer la suprématie de la raison] au moyen d'une condition [...] car ce ne serait plus alors une loi morale, c'est-à-dire une loi suprême de la liberté. Et ainsi nous ne comprenons pas sans doute la nécessité pratique inconditionnée de l'impératif moral, mais nous comprenons du moins son incompréhensibilité, et c'est tout ce qu'on peut exiger raisonnablement d'une philosophie qui s'efforce d'atteindre dans les principes aux limites de la raison humaine.³⁸⁶

Le concept d'autonomie morale construit par Kant renvoie donc, à la manière d'un étalon de mesure utile à des fins comparatives, à *l'expression la plus objective* de la liberté humaine fondée sur un idéal universel. Les nécessités pratiques de penser des normes éthiques et juridiques à caractère opératoire et ancrées dans la réalité *vécue* par les personnes justifient donc de se référer également à un concept d'autonomie qui soit *davantage* saisissable en pratique. Nous avons d'ailleurs d'entrée de jeu précisé que la norme exigeante de la conformité à la loi morale universelle ne constitue qu'une forme de l'autonomie objective, l'*objectivation* ou la *généralisation* d'une norme rationnelle pouvant se rattacher à une communauté humaine, sociale et politique donnée. De fait, des principes moraux universels peuvent être mis en œuvre de différentes manières au sein de différentes communautés politiques, que celles-ci soient nationales ou internationales.

Bien sûr, affirmer qu'une norme objective n'est objective que pour une communauté en particulier, c'est déjà admettre une certaine subjectivité *inévitabile* dans le choix d'un concept comme celui de l'autonomie personnelle. Il existe toutefois une distinction théorique claire entre cette

³⁸⁶ Nos soulignements. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *supra* aux pp 144–45 et 150–51.

forme de subjectivité de la norme d'autonomie objective généralisée à une communauté donnée et une conception de l'autonomie qui soit *subjective à la personne elle-même*. C'est de ce deuxième modèle d'autonomie morale subjective que nous discuterons ci-après.

2.2.2.2.1.2 L'autonomie subjective ou l'autonomie rationnelle

Le modèle de l'autonomie dite « idéale » subjective ou l'autonomie rationnelle regroupe les conceptions de l'autonomie selon lesquelles les décisions concernant l'individu doivent correspondre à ce qu'il *désire véritablement* en fonction de l'ensemble de ses valeurs, désirs et objectifs concernant la conduite générale de sa vie. De ce point de vue, l'autonomie a également pour objet l'atteinte d'un *idéal*, celui-ci étant plutôt *subjectif* en ce qu'il correspond à la définition personnelle de l'individu de *son* idéal moral. Non seulement cette conception générale de l'autonomie est-elle davantage saisissable en pratique (sans bien sûr l'être complètement), mais encore celle-ci autorise plus aisément un pluralisme moral quant à la diversité des choix pouvant être effectués par les individus *autonomes*.

Comme l'explique Onora O'Neill, ce type d'autonomie peut être qualifié d'*autonomie rationnelle* dans la mesure où il correspond à un processus décisionnel qui soit, bien que subjectif à l'individu, véritablement rationnel. De manière classique, on entend par « processus décisionnel rationnel » le fait de choisir en fonction de ses *désirs de second ordre* et non uniquement d'effectuer des *choix routiniers*. Autrement dit, le processus décisionnel doit *rationnellement* mener la personne à un choix lui permettant de se gouverner en fonction de ses valeurs propres, ses convictions profondes et selon le sens qu'elle souhaite donner à *sa* propre vie (et non selon le sens universel de *la* vie). À l'inverse, le processus décisionnel menant à effectuer un choix correspondant à la simple manifestation d'une volonté immédiate est irrationnel et peut de surcroît entrer en contradiction avec les désirs véritables de la personne. L'autonomie subjective rationnelle se distingue donc de la simple *indépendance* de l'individu comme le qualifie O'Neill, c'est-à-dire d'un processus décisionnel qui, même si le droit strict pouvait le qualifier de

« libre et éclairé », ne répond pas à une exigence de rationalité³⁸⁷. Or, tel que nous le démontrerons ci-après, un processus décisionnel irrationnel, un choix formulé simplement en apparence de manière indépendante par l'individu, ou autrement formulé le simple *libre-choix*, ne correspondent pas à une forme d'*autonomie véritable*.

Défenseur de l'autonomie subjective, Gerald Dworkin distingue de manière similaire l'individu autonome comme étant celui qui se gouverne en fonction de ses *désirs de deuxième ordre* et non de ses *désirs de premier ordre*. L'auteur s'est inspiré de différentes conceptions de l'idée d'autonomie afin de dégager ce qui à son avis constitue le concept central d'autonomie morale. Il a supposé qu'au-delà des différentes façons de concevoir comment l'autonomie peut être atteinte (par auto-législation, création de soi ou questionnement en *soi* par exemple), il était possible de dégager une définition à la fois commune à ces conceptions et distincte d'autres concepts comme la *liberté* ou la *volonté*³⁸⁸. Le noyau dur de l'autonomie résiderait dans l'*autogouvernance* de l'individu selon son propre code moral³⁸⁹.

Selon Gerald Dworkin, il n'est pas possible de retenir comme définition de l'autonomie un principe selon lequel l'individu devrait se gouverner en fonction de normes *totalelement objectives*, sans être influencé d'aucune manière par ses parents, ses pairs, sa culture et tous les autres paramètres sociaux et politiques qui caractérisent l'environnement dans lequel il évolue. Cette influence est inévitable. Dworkin n'abdique pas pour autant face à la difficulté pratique de définir le contenu substantif de l'autonomie en concluant, à l'instar des théoriciens déterministes, que l'autonomie

³⁸⁷ O'Neill, « Autonomy: The Emperor's New Clothes », *supra* aux pp 4–5. Sur la distinction entre le fait d'effectuer des choix fondés sur les *désirs de second ordre* (*second order desires*) par opposition aux *choix routiniers* (*routine choosing*), O'Neill se réfère au concept d'autonomie développé par Harry G Frankfurt, « Freedom of the Will and the Concept of a Person », (1971) 68:1 J Philosophy 5.

³⁸⁸ Voir Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988 à la p 9 (l'auteur tire cette distinction de celle initialement formulée par HLA Hart et développée ensuite par John Rawls).

³⁸⁹ *Ibid* aux pp 10–11.

comme concept distinct de la liberté n'existe tout simplement pas³⁹⁰. Ainsi, un concept valable d'autonomie subjective ne doit pas sacrifier l'importance que celui-ci englobe une *valeur substantive* au nom de la recherche de sa mise en œuvre. Il est nécessaire selon Dworkin de reconnaître au concept d'autonomie un fondement en tant que participant au bien moral et au meilleur intérêt de l'individu ainsi qu'à la justice entre les personnes. Autrement dit, des arguments justifieraient qu'être *rationnellement* (et donc véritablement) autonome est un objectif désirable³⁹¹.

De plus, le concept de Dworkin permet d'effectuer des jugements comparatifs à la fois d'un point de vue normatif et pratique, et ce en comparant la mesure selon laquelle différentes situations participent ou favorisent l'autonomie. Les jugements n'ont pas à être posés de façon catégorique comme chez Kant. Il n'existe pas pour Dworkin de *bons* ou de *mauvais* jugements, le concept d'autonomie permettant plutôt de distinguer et de positionner des valeurs ou des situations factuelles qui participent *plus ou moins* de l'autonomie morale de la personne³⁹².

Ce concept d'autonomie vise à garantir une forme d'idéal moral subjectif et se distingue par conséquent de la *liberté*. La liberté peut être définie comme la capacité pour l'individu de faire ce qu'il entend sans que ses possibilités d'action ne soient limitées par une cause qui lui est extérieure. Selon cette perspective, la privation de liberté, c'est-à-dire l'interférence

³⁹⁰ *Ibid* aux pp 7–8. En contexte biomédical, Beauchamp et Childress rejettent expressément aussi non seulement la formule kantienne, mais également celle de la préséance des désirs de second ordre sur ceux de premier ordre. Ils considèrent ce critère trop exigeant. Tom L. Beauchamp et James F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 5^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2001, cité dans Richard Dean, *The Value of Humanity in Kant's Moral Theory*, Oxford, Clarendon Press, 2006, aux pp 199–204.

³⁹¹ Voir Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, *supra* à la p 8. Onora O'Neill souligne par ailleurs qu'il n'y a pas de consensus quant à la conclusion que l'autonomie morale soit forcément désirable pour l'individu (« *a desirable quality to have* »), notamment puisque l'autonomie peut mener tout autant à des choix moraux admirables, corrompus ou triviaux (« *admirable, corrupt or merely trivial* ») (voir O'Neill, « *Autonomy: The Emperor's New Clothes* », *supra* note 14 à la p 3).

³⁹² Voir Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, *supra* à la p 9.

externe dans la possibilité de choix d'un individu, constitue également une interférence avec l'autonomie de cette personne en tant que possibilité d'autogouvernance.

Par exemple, dans un contexte biomédical, lorsqu'un patient ne bénéficie pas de l'information complète pour effectuer un choix par exemple, ou encore que l'information communiquée est erronée, la liberté d'action de l'individu n'est pas limitée alors que son autonomie est toutefois clairement restreinte.³⁹³ La même analyse s'applique à l'individu qui consent à toute renonciation à ses droits constitutionnels, que celle-ci intervienne dans le cadre d'un plaidoyer de culpabilité ou d'un contrat de travail. À supposer que l'individu bien informé et l'individu mal informé disposent dans les faits des mêmes choix, et sont donc également *libres* de choisir chacune des options offertes, seul l'individu bien informé bénéficie de l'*autonomie* d'effectuer le choix qui correspond véritablement à ses désirs. Au contraire, l'individu mal informé pourra effectuer un choix qui ne correspond pas à ses désirs, voire un choix qui correspond aux désirs d'une autre personne, et dans tous les cas prendre une décision qui ne pourra pas être qualifiée de « volontaire ». Un choix « libre » n'est pas forcément un choix « volontaire ».

De plus, la volonté immédiate de la personne — même bien informée — ne se traduit pas forcément par un choix qui correspond à ce qu'elle souhaite pour elle-même quant à la conduite de sa vie. Pour illustrer cette contradiction possible entre le choix *libre et volontaire* et l'autonomie, Dworkin procède par l'exemple classique d'Ulysse. Souhaitant éviter que son navire ne s'échoue sur les rochers parce qu'il se serait dirigé vers eux en cherchant à suivre le chant des sirènes, il ordonne à l'avance à son équipage de le ligoter au mât et de refuser de sa part tout autre ordre ultérieur de le libérer. En limitant ainsi lui-même sa propre liberté, Ulysse s'assure en fait la survie, objectif personnel qui lui importe davantage. Le fait que son équipage n'obtempère pas ensuite à ses ordres de le détacher ne peut donc être qualifié comme une privation de son autonomie. Au moment où Ulysse ordonne d'être détaché, il *sait* qu'il résulterait vraisemblablement du respect de sa volonté immédiate que le navire

³⁹³ *Ibid* à la p 14.

s'échoue sur les rochers. S'il était *libéré* de ses liens, il pourrait tout à fait exercer *volontairement* le choix de diriger le navire de telle sorte qu'il en résulterait logiquement et de façon prévisible son naufrage. Or, cette préférence immédiate qu'il pourrait matérialiser de façon volontaire s'il était à ce moment *libre* ne correspond pas à sa préférence supérieure quant à la conduite de son existence qui est d'éviter le naufrage pour sauver sa propre vie. Sa volonté immédiate est donc en quelque sorte aliénée à lui-même³⁹⁴.

Cette illustration allégorique démontre à notre avis tout autant la pertinence que les limites des arguments de Dworkin. En effet, la distinction entre les désirs de premier et de second ordre ne se pose pas toujours clairement en pratique. En outre, certains désirs de premier ordre peuvent entrer en conflit avec des désirs de deuxième ordre uniquement de façon imparfaite. Nous entendons par là le fait que, du point de vue du *désir* en soi et non pas de ses *conséquences*, une *action* ou un *choix* en particulier pourrait englober des désirs à la fois de premier et de second ordre. De plus, les désirs de deuxième ordre peuvent forcément changer³⁹⁵. Les *nouveaux* désirs de deuxième ordre pourront correspondre éventuellement à ceux de premier ordre ou encore à d'autres désirs distincts jamais exprimés auparavant. Bref, il apparaît qu'il sera parfois justifié de libérer Ulysse... au nom des mêmes principes qui justifient en d'autres circonstances l'action contraire.

Tout comme le modèle d'autonomie idéale objective, le modèle d'autonomie idéale subjective comporte également des limites. Comment sortir de cette impasse ? Doit-on se résoudre à adopter un concept d'autonomie fondé à toutes fins pratiques sur une forme de « libre-choix » de l'individu ?

2.2.2.2.1.3 Le « libre-choix » : l'absence d'autonomie

Le modèle de l'« autonomie » non idéale subjective regroupe les conceptions de l'autonomie selon lesquelles l'individu autonome se gouvernerait et pourrait effectuer des choix en fonction de tout désir ou inclination. Un tel

³⁹⁴ Voir *ibid* aux pp 14–15.

³⁹⁵ Gerald Dworkin reconnaît cette possibilité de changer ses désirs de second ordre, bien qu'il la justifie de façon relativement différente. *Ibid* à la p 16.

choix pourrait ne pas être compatible avec un principe moral universel ou encore les valeurs, désirs et objectifs de l'individu sans que cela n'affecte la dimension *autonome* de la décision d'un point de vue moral. C'est pourquoi il s'agit d'une forme d'autonomie « non idéale » puisqu'elle ne correspond ni à un idéal objectif partagé ni à l'idéal subjectif de l'individu lui-même. Ce modèle inclut ainsi les théories qui fondent l'autonomie sur le concept du pur *libre-choix* ou sur le principe du seul *consentement libre et éclairé*, dans la mesure où celui-ci reposer sur toute inclination ou désir.

Nous avons déjà exposé précédemment en quoi les concepts de pure « liberté » et de « volonté » ne peuvent fonder une forme d'autonomie idéale subjective. Nous pousserons néanmoins l'analyse plus loin afin d'identifier s'il existe des raisons de fonder autrement le principe d'autonomie par l'entremise d'un modèle « non-idéal subjectif ». Le concept de liberté qui s'approche à notre avis le plus de celui d'autonomie est sans doute celui bien connu de « liberté positive » développé par Isaiah Berlin. Libertés négative et positive sont intrinsèquement liées pour Berlin et, par conséquent, théoriquement différenciées et opposées uniquement afin de mieux comprendre les deux dimensions d'un même concept. Alors que la liberté négative réfère à la possibilité pour l'individu de ne pas être limité par une quelconque contrainte externe dans sa capacité à se gouverner soi-même, la liberté positive réfère à une dimension additionnelle de cette autogouvernance. Berlin insiste sur la possibilité que doit avoir l'individu de se *définir* comme son propre sujet, et non comme un objet qui serait simplement libre d'*agir*. L'individu serait son propre instrument qui choisit son rôle joué en tant que personne, en tant qu'être humain. La liberté positive de Berlin signifie essentiellement être gouverné par *soi-même*, par ses propres règles, et non par une quelconque *nature externe*³⁹⁶.

Cela dit, la notion de liberté positive développée par Berlin ne peut être comprise qu'en ce qu'elle réfère à une conception très particulière du *soi* et de ce qui relève de sa *nature interne*. Elle ne permet pas de distinguer clairement

³⁹⁶ Voir Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969 aux pp 130–31.

sur quoi se fonde et se construit cette forme de *liberté* en question : s'agit-il du fruit de *décisions* individuelles, de *règles*, de *valeurs* ou de *motivations* ? Et s'agissant de notre objectif de se pencher plus particulièrement sur l'autonomie morale, dans quelle mesure le *soi libre* de Berlin se construit-il sur un fondement moral ou d'une quelconque autre nature ?³⁹⁷

À tout événement, l'idée n'est pas ici de faire de la recherche de la dimension substantive de l'autonomie une pure question de vocabulaire. La liberté positive de Berlin *en tant que composante d'un concept de liberté tout à fait unique et original* constitue d'une certaine manière un concept d'autonomie. Au-delà des mots, la théorie de Berlin permet de mettre en lumière toute la pertinence de questionner dans quelle mesure les concepts de liberté et d'autonomie sont véritablement distincts l'un de l'autre.

La liberté et l'autonomie sont liées à la fois de façon contingente et non contingente. Une interférence dans la liberté de la personne interfère également avec la motivation de cette personne, la façon dont elle perçoit sa vie et souhaite se gouverner. Une telle interférence affecte conséquemment l'autonomie de la personne. La liberté, ici conceptualisée comme le pouvoir et le contrôle sur sa propre vie, se distingue en conséquence de l'autonomie, tout en étant une *condition* nécessaire pour que les valeurs et désirs de l'individu soient effectivement mis en pratique³⁹⁸.

Il est essentiel à ce titre de distinguer le critère des *désirs de second ordre* propre au concept d'autonomie de la question de l'*indépendance procédurale* de l'individu qui effectue un choix en fonction de désirs de premier *ou* de second ordre. Les différentes façons dont un choix peut être influencé peuvent correspondre plus ou moins un principe d'indépendance procédurale. Pour déterminer si cette dernière norme est rencontrée, il faut déterminer si la décision prise par l'individu l'a été de manière *libre* (c'est-à-dire *indépendante*) et *éclairée* (c'est-à-dire en étant suffisamment informée).

³⁹⁷ Voir Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, *supra* à la p 13.

³⁹⁸ *Ibid* à la p 18.

Or, le seul critère du consentement *libre et éclairé* n'est pas déterminant du fait qu'une personne ait *effectivement* pris une décision en fonction de ses désirs de second ordre. Par exemple, un patient peut *renoncer à sa liberté* de choisir selon ses préférences immédiates en agissant sous l'influence et les conseils de son médecin traitant en qui il a confiance. Si l'objectif est alors d'effectuer un choix qui corresponde à ses valeurs personnelles, son sentiment de dignité et ses objectifs de vie dûment communiqués à son médecin, la personne agit alors précisément *afin de protéger son autonomie*. À l'inverse, une personne peut agir « librement » et effectuer des choix qui la dirigent, dans les faits, dans la direction opposée au respect de ses valeurs et convictions supérieures. Il est d'ailleurs bien établi que la personne humaine a évidemment différentes motivations et qu'une motivation en particulier, qu'elle soit de nature psychologique ou socioéconomique, par exemple, pourra entrer en conflit avec ses convictions profondes quant à la conduite de son existence.

En définitive, nous ne trouvons pas de raison permettant d'écarter notre conclusion précédente selon laquelle l'autonomie est davantage que la liberté, le libre arbitre, le seul consentement libre et éclairé conceptualisé sans égard aux principes fondant le choix exprimé, à ses objectifs ou conséquences. Seuls les concepts d'autonomie objective fondée sur des principes et d'autonomie subjective rationnelle peuvent à juste titre être qualifiés de modèles véritables d'autonomie morale.

2.2.2.2.2 Les limites de l'autonomie et la pratique judiciaire

Nous proposons enfin quelques réflexions sur la manière dont le concept éthique d'autonomie est concrètement mis en œuvre dans la jurisprudence de la Cour suprême. Sans prétendre à la complétude en la matière, notre analyse démontre que les composantes à la fois objective et subjective du concept d'autonomie sont bien prises en compte par les juges.

Nous avons démontré en détails ailleurs³⁹⁹ que le concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter*, lequel joua un rôle déterminant quant à l'issue du litige, correspond bien à certains fondements éthiques précédemment identifiés. D'une part, le *droit à la liberté* protège le droit des personnes de demander en certaines circonstances une aide à mourir dans la mesure où il s'agit d'un « choix » compatible avec les valeurs qu'elles ont eues toute leur vie et qui reflète leur vécu »⁴⁰⁰ ». Cette dimension subjective est compatible avec le concept éthique d'autonomie rationnelle. D'autre part, l'exclusion expresse par la Cour suprême d'un « droit à la mort » ou d'un « droit de mourir dans la dignité » de la sphère de protection du droit à la vie⁴⁰¹ constitue une dimension objective du droit à l'autonomie en fin de vie. L'autonomie de *renoncer au droit à la vie* présente donc des correspondances avec le concept éthique de l'autonomie fondée sur des principes. Si cette conception globale de l'autonomie a justifié l'ouverture légale à l'aide médicale à mourir, elle devra justifier également ses limites.

Bien avant l'arrêt *Carter*, la Cour suprême avait d'ailleurs reconnu une inévitable composante objective au droit à l'autonomie garanti à l'article 7 de la Charte canadienne. Ainsi, il ne suffit pas de démontrer qu'un choix est *subjectivement* fondamental pour un individu, voire qu'il est essentiel à son *sentiment subjectif* de dignité, pour que celui-ci soit protégé par l'article 7. La composante objective du droit à l'autonomie pourra exclure certaines prétentions de sa sphère de protection ou restreindre leur portée. Par exemple, même si consommer de la marihuana est considéré comme « un aspect central de son mode de vie [...] la portée de la Constitution ne saurait être élargie pour protéger toute activité qu'une personne choisit de définir comme essentielle à son mode de vie⁴⁰². Cette prétention a donc été exclue. Par ailleurs, le droit à l'autonomie protège le droit du parent de

³⁹⁹ Millaire, « Le concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter c. Canada* : Au-delà du libre choix », *supra*.

⁴⁰⁰ *Carter*, *supra* au para 65 citant *Carter BCSC* au para 1326.

⁴⁰¹ Voir *Carter*, *supra* au para 59.

⁴⁰² *R c Malmo-Levine* ; *R c Caine*, [2003] 3 RCS 571, 2003 CSC 74 au para 86. Voir également *Association des juristes de justice c PGC*, *supra* aux para 48-52.

choisir un traitement médical pour son enfant et de l'éduquer *sans ingérence indue* de la part de l'État.⁴⁰³ N'est pas protégé le droit d'éduquer ses enfants « comme on l'entend⁴⁰⁴ ». La liberté parentale est donc limitée par la composante objective de l'autonomie.

Il est également pertinent de relever le rôle de l'autonomie à titre de valeur constitutionnelle dans certaines affaires questionnant l'idée de « choix véritable » exprimé par un consentement explicite ou tacite. Nous retenons deux exemples significatifs pour lesquels une atteinte à l'article 7 a invalidé des dispositions législatives portant sur d'importants enjeux sociaux, ce en ne faisant pas intervenir directement le droit à l'autonomie. Dans l'arrêt *PHS*⁴⁰⁵, la Cour suprême a conclu que le refus ministériel de renouveler une exemption à une législation interdisant la possession de certaines drogues, ce aux fins de permettre les activités d'un centre d'injection supervisée, portait atteinte aux droits des usagers du centre à la vie, à la liberté et à la sécurité, de façon non conforme aux principes de justice fondamentale. De nombreux risques pour la santé, la sécurité, voire la vie, découlent de la consommation de drogues injectables découlent de certaines pratiques et de matériel non hygiéniques et non pas des drogues elles-mêmes.⁴⁰⁶ Le refus du ministre d'exempter le centre *Insite* avait ainsi pour effet que les clients soient « privés de soins médicaux susceptibles de leur sauver la vie⁴⁰⁷ ». Le droit à la liberté n'entrait directement en jeu qu'en ce que la prohibition législative prévoyait la possibilité de peines d'emprisonnement en cas d'infraction.⁴⁰⁸

Toutefois, la nature de l'autonomie comme valeur a été abordé indirectement en réponse à un argument soumis par le Procureur général du Canada fondé à

⁴⁰³ *B(R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, *supra* au para 71 (j Laforest) Cette protection ne protège pas toutefois l'intégrité de la cellule familiale comme telle (para 72).

⁴⁰⁴ *Ibid* au para 74, référant aux motifs de la juge Wilson dans *R c Jones*, [1986] 2 RCS 284 à la p 318.

⁴⁰⁵ *PHS*, *supra*.

⁴⁰⁶ *Ibid* au para 93.

⁴⁰⁷ *Ibid* au para 91.

⁴⁰⁸ *Ibid* au para 93.

l'effet que la consommation de drogues constituerait un choix personnel. Dans cette perspective, les risques encourus par les toxicomanes quant à leur vie, leur liberté et leur sécurité découleraient de leur propre choix personnel et ne pourraient être attribués à l'État. La Cour a rejeté cet argument en soulignant la « capacité limitée chez certaines personnes de choisir de ne pas consommer de drogue⁴⁰⁹ ». Les juges ont également rejeté l'argument selon lequel la moralité même de l'activité réglementée, à savoir en l'espèce la consommation de drogues injectables, soit pertinente pour déterminer si une décision administrative ou une loi en restreignant l'exercice constitue une atteinte aux droits constitutionnels des personnes visées.⁴¹⁰

Des arguments similaires ont été invoqués dans l'arrêt *Bedford* ayant déclaré inconstitutionnelles certaines dispositions du *Code criminel* interdisant la tenue de maisons de débauche⁴¹¹, le proxénétisme⁴¹² et la communication en public à des fins de prostitution⁴¹³, dans la mesure où la prostitution n'est pas un crime. Les Procureurs généraux de l'Ontario et du Canada ont plaidé que les risques encourus par les prostituées découlaient de leurs propres choix de se livrer à des activités risquées. La Cour suprême a rejeté cet argument puisque « bien que certaines prostituées puissent correspondre au profil de celle qui choisit librement de se livrer à l'activité économique risquée qu'est la prostitution – ou qui fait ce choix à un moment de sa vie –, de nombreuses prostituées n'ont pas vraiment d'autre solution que la prostitution⁴¹⁴ ». Les juges ont ainsi rejeté que soit suffisant pour imputer un présumé

⁴⁰⁹ Nos soulignements. *Ibid* au para 100.

⁴¹⁰ *Ibid* au para 102.

⁴¹¹ Dans la mesure où cette interdiction prive les prostituées d'effectuer leurs activités à l'intérieur, dans un lieu sûr, et peut les forcer à se prostituer dans des lieux risqués. *Ibid* aux para 61-67.

⁴¹² Dans la mesure où l'interdiction législative est si large qu'au-delà de contrer le « parasitisme » (*R c Downey*, [1992] 2 RCS 10), il empêche aux prostituées de prendre des mesures pouvant accroître leur sécurité, comme l'embauche d'un chauffeur, d'un réceptionniste ou d'un garde du corps. *Ibid* aux para 66-67.

⁴¹³ Dans la mesure où l'interdiction empêche les prostituées d'évaluer leurs clients éventuels, ainsi que de convenir de l'utilisation du condom ou d'un lieu sûr, les rendant ainsi plus vulnérables. *Ibid* aux para 68-72.

⁴¹⁴ *Ibid* au para 86.

« choix risqué » aux prostituées le fait qu'« elles peuvent conserver un certain pouvoir minimal de choisir [c'est-à-dire] « un choix limité ». [Ainsi,] on ne peut dire qu'elles « choisissent » véritablement une activité commerciale risquée (voir *PHS*, par. 97-101).⁴¹⁵ ».

Il en découle qu'on ne peut imputer à une personne de *choisir* ou *consentir* à des activités comportant des risques pour sa vie, sa liberté ou sa sécurité, si ce choix n'est pas *véritable*. Or, un choix véritable ne peut s'entendre d'un choix limité, de seulement un *certain pouvoir* de choisir. Dans ces cas, on ne pourra conclure que l'expression d'une certaine volonté de l'individu constitue véritablement un *choix autonome*. On ne pourra pas d'ailleurs opposer cette volonté en tant que *renonciation implicite* à la protection des droits à la vie, la liberté et la sécurité lorsqu'une règle législative les restreint.

En définitive, cette tension entre les nécessaires composantes à la fois objective et subjective de la valeur et du droit à l'autonomie étaient déjà bien exposés par les propos suivants de la juge Wilson dans l'affaire *Morgentaler* :

La *Charte* est fondée sur une conception particulière de la place de l'individu dans la société. Un individu ne constitue pas une entité totalement coupée de la société dans laquelle il vit. Cependant l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité. L'individu est un peu les deux.⁴¹⁶

Conclusion : Définir et justifier la renonciation au-delà du consentement

La problématique de la renonciation est étroitement associée à la norme juridique du consentement libre et éclairé. Nous avons démontré que l'existence d'un tel consentement peut être évaluée à la lumière de cinq (5) principes généraux, à savoir : (i) La pleine connaissance de la protection en jeu ; (ii) la connaissance des conséquences de la renonciation ; (ii)

⁴¹⁵ Nos soulignements. *Ibid.*

⁴¹⁶ Nos soulignements. *R c Morgentaler, supra* (j Wilson).

l'existence d'options véritables ; (iv) l'existence d'un consentement suffisamment précis ; et (v) l'existence et la mise en œuvre de mécanismes de protection de second ordre, le cas échéant.

L'état du droit actuel permet de relever plusieurs incertitudes quant à la portée précise de ces principes, lesquelles pourront être discutées notamment dans la jurisprudence à venir. Quelle est la portée de la norme de la « pleine connaissance⁴¹⁷ » ? Dans quelle mesure le renonçant doit-il connaître toutes les particularités de son cas ?⁴¹⁸ Dans quelle mesure l'obligation d'informer constitue une obligation davantage de moyens ou de résultats ? L'obligation d'informer emporte-elle un devoir, ne serait-ce que minimal, de s'informer ou de ne pas empêcher la réalisation de l'obligation d'informer ? Les responsabilités réciproques des parties à cet égard sont-elles de nature différente lorsque la renonciation intervient en « contexte privé »⁴¹⁹ ? Suivant l'arrêt *R c. Wong*, le renonçant possède-t-il la capacité de renoncer non seulement à exercer ses droits fondamentaux, mais encore à l'équité même du processus, laquelle intéresse l'ensemble de notre société démocratique ?

Certaines questions touchent plus particulièrement la protection de la vie privée. Si une personne ignore les conséquences possibles ou probables d'une renonciation, peut-on affirmer qu'elle effectuer un « choix véritable » au moment où elle pose un geste aussi banal qu'envoyer un message texte ou cocher une case d'acceptation de transmission d'informations personnelles par ordinateur ?⁴²⁰ Comment justifier que la renonciation à certains droits soit possible par consentement implicite, comme dans le cas de la vie privée, alors que la renonciation à d'autres droits serait protégée par un consentement *clair, précis et explicite*⁴²¹ ?

⁴¹⁷ *Clarkson, supra* au para 18.

⁴¹⁸ Cette question se pose toujours depuis l'arrêt *Clarkson, supra*.

⁴¹⁹ Cette question se dégage notamment des motifs du juge Binnie dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem, supra*. Voir notre analyse aux pp 80-81.

⁴²⁰ Voir notamment Azzaria et Zimmermann, « Pratiques et représentations des internautes québécois en matière de consentement, de droit à la vie privée et de droit d'auteur », *supra*.

⁴²¹ Nous référons aux propos de la Cour suprême sur la renonciation potentielle à la liberté de religion dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem, supra* au para 100.

L'exigence en matière de précision devrait-elle être liée à la gravité des conséquences de la renonciation en cause plutôt qu'à la nature strictement « théorique » d'un droit fondamental ?

Les incertitudes quant à ce qui constitue en théorie et en pratique un consentement véritablement libre et éclairé devraient être clarifiées à la lumière du principe fondant le régime général du consentement : l'autonomie personnelle. Une compréhension approfondie de celle-ci mène à constater que l'autonomie exige davantage que la simple « liberté » d'exprimer n'importe quel consentement et qu'elle comporte à la fois des composantes subjectives et objectives. Elle exige davantage que le seul consentement, aussi *libre et éclairé* puisse-t-il être. Ainsi, l'autonomie fonde et limite à la fois la portée du consentement.

Les zones d'ombre et d'incertitude mises en lumière dans la jurisprudence pertinente permettent également d'avancer que le seul consentement ne peut justifier la renonciation à un droit constitutionnel. En définitive, c'est inévitablement vers une conceptualisation plus claire de la renonciation qu'il faille se tourner pour préciser dans quelle mesure cette transaction abdicative, cette limite aux droits peut être jugée constitutionnelle. Une telle conceptualisation devrait permettre de mieux réconcilier, d'une part, la liberté subjective de choisir de renoncer à ses droits ainsi que le rôle fondamental du consentement individuel avec, d'autre part, la nécessité d'une justification objective et cohérente au regard de la primauté du droit. Cette conceptualisation devrait combiner « un peu des deux ».

Chapitre 3 LE CONCEPT DE RENONCIATION

« [C]'est être vraiment ignorant que de croire que l'on peut dépasser la théorie en tâtonnant dans la voie des essais et des expériences, sans recueillir certains principes (qui constituent proprement ce que l'on nomme théorie) et sans faire de tout ce travail un ensemble (qui, méthodiquement traité, prend le nom de système).⁴²² » – Emmanuel Kant

Le chapitre précédent nous aura permis de mieux cerner la problématique générale étudiée en identifiant les distinctions et les interrelations entre les concepts de renonciation, de consentement et d'autonomie. Le présent chapitre vise à définir la renonciation. Plus précisément, nous situons la renonciation dans le processus systémique selon lequel les droits pouvant être limités selon l'article 1 de la Charte canadienne font l'objet d'adjudication par les tribunaux. Nous démontrons que la renonciation constitue une limite aux droits au sens de l'article 1. Alors que les limitations aux droits provenant de l'action de l'État sont *involontaires* du point de vue de l'individu, la renonciation constitue une limitation *volontaire*.

Notre définition de la renonciation résulte d'un processus d'interprétation menant à faire apparaître ce concept juridique *sous son meilleur jour*.⁴²³ Nous rappelons donc dans un premier temps les fondements de cette méthode d'interprétation. Nous savons que le droit n'a pas d'existence autosuffisante et étanche à la morale politique ainsi qu'à la morale en général. C'est dans ce contexte que doit être situé le rôle de la théorie juridique. La renonciation constitue certes un *cas difficile* à interpréter. Il demeure que l'interprète a la responsabilité de cerner ce concept et d'identifier, dans chaque cas d'espèce, la *bonne réponse* à une problématique relevant de la renonciation.⁴²⁴

⁴²² Kant, *Théorie et Pratique*, *supra* à la p 6.

⁴²³ Voir Dworkin, *Law's Empire*, *supra*.

⁴²⁴ Dworkin, « Hard cases » dans *Taking Rights Seriously*, *supra*.

Dans un deuxième temps, nous appliquons cette méthode interprétative afin de définir en quoi constitue véritablement le fait de *limiter* un droit dans une société libre et démocratique. Nous nous appuyons particulièrement sur une démonstration effectuée par Daniel Weinstock. Selon l'article 1 de la Charte canadienne, toute limitation à un droit doit être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour déterminer si tel est le cas, l'arrêt de principe *Oakes* preconise une analyse en deux étapes générales : (i) déterminer s'il existe bien une *limite*, laquelle est comprise comme une *restriction* ou une *violation* à un droit dont la sphère de protection est prédéterminée indépendamment des valeurs de la société libre et démocratique ; et (ii) le cas échéant, déterminer si cette limite est justifiée selon les valeurs et principes de la société démocratique. Nous expliquons que d'un point de vue philosophique, cette interprétation de l'article 1 ne rend pas bien compte de ce que les juges *font* véritablement. Les limites sont mieux comprises si elles sont conceptualisées comme étant *constitutives* de la sphère de protection véritable des droits et libertés. Cette sphère n'est pas alors restreinte, mais plutôt *définie* par les valeurs et principes de notre société libre et démocratique. Dans cette perspective, une limite n'est pas une violation, mais bien une *délimitation* de ce que protège vraiment un droit contextualisé dans notre société libre et démocratique. Ainsi, même si le langage de la Cour suprême est à l'effet que les limites constituent des restrictions aux droits, en vérité le cadre analytique élaboré dans l'arrêt *Oakes* ne peut être mis en œuvre qu'en considérant les limites comme étant constitutives des droits.⁴²⁵

Soyons clairs. Nous ne soutenons pas que la forme actuelle du test de *Oakes* doive être modifiée. Nous nous attarderons à décrire ce que les juges font lorsqu'ils déterminent si une limite à un droit est justifiée selon la norme de l'article 1. Notre objectif est ainsi de mettre en lumière que la renonciation, bien qu'elle ne puisse pas être désignée à titre de « violation », constitue pourtant bien une « limite » aux droits au sens de l'article 1.

⁴²⁵ Notre démonstration se fonde sur un argumentaire avancé par Daniel Weinstock. Voir Weinstock, « Philosophical Reflections on the *Oakes* Test », *supra*. Nous n'avons relevé aucun argument permettant de réfuter cette démonstration ou autrement de la remettre en cause.

Nous savons que l'arrêt *Oakes* a été rendu par la Cour suprême dans le contexte où les droits et libertés ont été constitutionnalisés afin de limiter leur *violation*. Par hypothèse, ce langage choisi par les juges a sans doute contribué à garder dans l'ombre la problématique de la renonciation. Celui-ci mène à tenir pour acquis que limiter un droit équivaut à le restreindre ou à le violer. Dès lors, nous n'avons plus le vocabulaire pour aborder la manière de façonner les contours des droits dans notre société libre et démocratique lorsque les individus souhaitent *eux-mêmes* limiter la portée de certaines garanties. Nous nous attarderons donc à remédier à cette situation en trouvant les mots pour mettre en lumière le concept de renonciation.

En ayant mis les mots sur la chose, nous pourrons enfin situer le concept de renonciation dans le processus systémique d'adjudication des droits constitutionnels par les tribunaux. Nous interpréterons la renonciation comme une limitation volontaire aux droits résultant d'un processus par lequel les droits sont bel et bien *précisés* et non *violés* par les valeurs de notre société libre et démocratique. Nous démontrerons ensuite comment la problématique de la renonciation intervient dans différents contextes jurisprudentiels retenus à titre d'études de cas. Ces exemples nous permettront d'illustrer que non seulement il existe bien une telle chose que le concept de « renonciation », mais encore que celui-ci mérite que l'on s'y attarde avec sérieux.

3.1 Interpréter la renonciation

Définir la renonciation aux droits et libertés constitutionnels est une démarche qui relève fondamentalement de l'interprétation. Le concept de droit ainsi que la pratique juridique sont de nature sémantiques. Il importe donc de rappeler d'abord brièvement les fondements de l'approche herméneutique qui découle de ce constat. Cette approche est ensuite mise mobilisée afin d'interpréter ce que constitue véritablement le fait de *limiter* un droit au sens de l'article 1 de la Charte canadienne et, plus particulièrement, de *renoncer* à un droit dans le contexte systémique de l'adjudication des droits et liberté constitutionnels.

3.1.1 Le droit comme concept d'interprétation

Le droit est par nature fondamentalement sémantique. C'est pourquoi il peut être qualifié de concept ou d'« objet d'interprétation ».⁴²⁶ Nous rappelons ci-après en quoi cette caractéristique essentielle du droit est vraie. Nous expliquons que la définition du droit est forcément liée aux questions fondamentales que sont celles de sa validité et du rôle de la morale face au droit. Nous situons ensuite le rôle de la théorie du droit dans un tel contexte interprétatif.

3.1.1.1 Droit, morale et politique

La question générale des rapports entre le droit et la morale n'est pas nouvelle. Sa pertinence ne cesse toutefois de se renouveler. Dans le contexte de l'adjudication des droits et libertés fondamentaux en particulier, des conceptualisations opposées du rôle de la morale quant à la construction du droit cohabitent. Celles-ci sont avancées à la fois pour expliquer l'évolution du droit et argumenter la manière dont celui-ci doit continuer de s'écrire. D'un côté, le chant des sirènes de l'empirisme logique tente de convaincre que la *bonne* façon de conceptualiser le droit doit être *scientifique* et qu'elle doit conséquemment séparer le droit de la morale. De l'autre côté, l'herméneutisme rappelle qu'une telle entreprise est vouée à l'échec dans le domaine juridique. À l'instar des disciplines relevant des « humanités » ainsi que des *sciences* humaines, le droit et la pratique juridique sont fondamentalement herméneutiques.

Reconnaître que le droit est sémantique, c'est-à-dire qu'il constitue une *pratique herméneutique*, c'est rejeter l'idée qu'il existe une telle chose juridique *posée* à la manière du droit positif. Les travaux de Hans Kelsen demeurent emblématiques à cet égard.⁴²⁷ Sa théorie pure du droit imagine

⁴²⁶ Voir Ronald Dworkin, *Law's Empire*, *supra*. Sur l'herméneutique, voire également Hans-George Gadamer, *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique scientifique*, Paris, Seuil, 1996.

⁴²⁷ Pour un résumé des concepts pertinents au présent contexte, voir Hans Kelsen, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit » (1934) 41:2 *Revue de Métaphysique et de Morale* 183.

une séparation étanche entre le droit et la morale. Le droit dit « positif » peut ainsi avoir n'importe quel contenu. Certes, ce choix épistémologique peut sembler pratique pour critiquer de l'extérieur le contenu d'un droit, par exemple injuste ou immoral. La simplicité de cette théorie n'est probablement pas non plus étrangère à l'intérêt que certains continuent d'y accorder. Or, la réalité de la pratique juridique n'est évidemment pas aussi simple. Une telle représentation pyramidale de la normativité au sommet duquel trône une *Grundnorm* s'avère d'autant plus dépassée dans le contexte contemporain. En effet, les normes imposées *purement d'en haut* sont remises encore plus sérieusement en question à l'ère du pluralisme normatif et de l'observation et la revendication croissantes de la construction du droit par ses acteurs.⁴²⁸

En outre, les travaux de HLA Hart présentent une conceptualisation plus crédible et convaincante du droit positif, lequel pourrait être observé sociologiquement. Selon Hart, le droit est généralement séparé de la morale. La résolution d'un problème juridique résiderait dans l'identification de la *règle primaire* applicable, c'est-à-dire la règle permettant de trancher spécifiquement le cas visé. Un deuxième ensemble de règles, les *règles secondaires*, permettent notamment de modifier ou créer de nouvelles règles de droit lorsque nécessaire. Parmi ces dernières, la *règle ultime de reconnaissance* permettrait d'identifier les critères de validité de la création d'une nouvelle règle. L'ultime règle de reconnaissance constitue une *pratique sociale d'acceptation*.⁴²⁹ Voilà donc où la théorie de Hart apparaît gagner en légitimité par rapport aux

⁴²⁸ Sur le rôle des acteurs non étatiques dans la construction du droit, voir notamment Pierre Noreau, « Et le droit, à quoi sert-il ? Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain » dans Pierre Noreau (dir), *Le droit à tout faire : exploration des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Thémis, 2008, 205. L'approche sociologique du professeur Noreau laquelle est focalisée sur le rôle des acteurs et des fonctions du droit saisies de leur point de vue, pourrait sembler contredire notre argumentation selon laquelle ce sont les valeurs qui conditionnent la normativité juridique. Or, notre analyse porte justement sur le rôle des acteurs, à savoir ceux intervenant au sein du système judiciaire, ainsi que sur les fonctions déterminantes des argumentaires déployés par chacun dans la construction du droit. Il s'agit donc d'approches complémentaires.

⁴²⁹ Voir généralement HLA Hart, *The Concept of Law* (3^e éd), Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2012.

anciennes théories comme celle de Kelsen. Il demeure toutefois que le concept de droit positif, qu'il soit argumenté par Hart ou tout autre juriste ou philosophe, ne peut rendre compte véritablement de la pratique juridique.⁴³⁰

En effet, nous verrons que la pratique juridique est par nature une question d'interprétation continue. Une théorie interprétativiste du droit, comme celle de Ronald Dworkin, reconnaît donc de manière transparente qu'il n'y a pas de distinction nette entre droit et morale. Le *supposé* droit positif ne peut rendre compte du processus véritable menant à identifier la (bonne) réponse à une problématique juridique. En pratique, le droit est continuellement matière à interprétation. Ce processus prend en compte un ensemble de valeurs communes, de principes moraux, lesquels guident les *acteurs* que sont les juges et juristes dans l'argumentation et l'interprétation cohérente du droit.⁴³¹

De manière plus fondamentale encore, l'*herméneutique* se distingue dans sa méthode des modèles dits « méthodologiques » fondés sur l'*empirisme logique*, lesquels sont liés au positivisme scientifique.⁴³² En quelques mots, le positivisme scientifique est une méthode générale d'*accès* à la connaissance qui exige que cette dernière doive se fonder sur une *observation objective du réel*. Cela implique que le *réel* auquel on souhaite accéder, c'est-à-dire la connaissance *scientifique*, soit appréhendée en recueillant des données brutes. Ces *données* du réel doivent communiquer

⁴³⁰ Notons que le point de vue épistémologique résolument herméneutique, lequel est celui que nous retenons, rejette en effet tout autant les écoles du droit naturel qui s'opposent ou complètent de différentes manières un concept de droit autrement purement positif. Est bien connu le concept de droit positif au contenu minimal de droit naturel de HLA Hart. Voir HLA Hart, *The Concept of Law*, *supra*. Voir également Joseph Raz, *The Authority of Law: essays on Law and Morality* (2e éd), Oxford; New York, Oxford University Press, 2009.

⁴³¹ Il s'agit de la méthode générale d'interprétation du droit détaillée par Dworkin notamment dans *Laws's Empire* et *Justice for Hedgehogs*. Nous approfondirons la question du droit comme intégrité et de son interprétation conséquente à la section 4.1.1.

⁴³² Pour une analyse claire de ces deux modèles dits *méthodologiques* et de leurs contributions respectives à la recherches juridique, voir Cumyn et Samson, « La méthodologie juridique en quête d'identité », *supra* aux pp 59 à 75.

des informations ne contenant clairement aucune interprétation, aucun jugement. Ce n'est qu'ainsi qu'il sera vrai d'affirmer que la validité de ces données ne peut être remise en question. À partir de ces données objectivement incontestables, un protocole d'expérimentation peut être mis en place pour étudier indirectement un phénomène scientifique ou encore découvrir et vérifier l'existence de corrélations entre des phénomènes. C'est l'analyse logique formelle, ultimement mathématique, des données recueillies dans un tel cadre expérimental qui mène à la connaissance objective, et donc *certaine*, du réel.⁴³³

Les professeures Michelle Cumyn et Mélanie Samson expliquent que certains juristes, allant jusqu'à éprouver un « complexe d'infériorité » méthodologique, ont cru devoir travailler à rendre leur méthode plus *scientifique*.⁴³⁴ C'est dans cette optique que le *droit positif* s'est justement développé. Les règles juridiques y sont présentées comme des *données* dont la validité ne dépend pas de l'interprétation à proprement parler, mais plutôt d'une démarche méthodologique objective. Il en est ainsi par exemple de la distinction entre règles primaires et secondaires ainsi que de la *règle de reconnaissance* de Hart ou encore de la théorie pure du droit, de la pyramide des normes et de la *Grundnorm* de Kelsen. La règle du précédent en *common law* ainsi que la théorie des sources dans la tradition civiliste sont également inspirées d'une méthode visant à identifier le droit *positif* là et où il se trouve et peut être *découvert*.⁴³⁵

Au-delà de l'influence du modèle scientifique sur l'appréhension de « données juridiques » existant dans le réel, l'influence du modèle empirique est essentiellement visible par le recours à l'expertise scientifique pour prouver certains faits dans le cadre d'une demande en justice. C'est également dans ce contexte que l'influence stratégique de la

⁴³³ *Ibid* aux pp 62 et 63.

⁴³⁴ *Ibid* à la p 64. Les auteures se réfèrent ici particulièrement à l'opinion de Norberto Bobbio, « The Science of Law and the Analysis of Language » dans Anna Pintore et Mario Jori. *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles, 1997.

⁴³⁵ *Ibid*.

preuve des faits sociaux avancés à l'occasion de litiges portant sur l'adjudication des droits et libertés fondamentaux se fait sentir. Nous avons démontré ailleurs en quoi cette *technique* d'utilisation des faits sociaux est liée à une tendance contemporaine ayant pour objet de rapprocher le positivisme scientifique de la discipline juridique.⁴³⁶ Nous avons également démontré en quoi l'argumentation judiciaire des valeurs, laquelle relève plutôt de l'herméneutisme, demeure davantage déterminante de l'adjudication des droits et libertés, en particulier dans les cas difficiles.⁴³⁷

Comme l'explique notamment Charles Taylor, l'herméneutique en tant que pratique d'interprétation est inévitable dans la disciplines relevant des humanités et des sciences humaines. Celle-ci consiste à analyser un objet d'interprétation, généralement textuel, afin de le rendre clair, de lui donner sens à la lumière de l'ensemble du contexte dans lequel il s'inscrit.

⁴³⁶ Voir Millaire, « L'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles : Triomphe de la judiciarisation des faits sociaux ou de l'argumentation judiciaire des valeurs ? », *supra*. Nous avons également porté un regard critique sur cette tendance. En effet, les bénéfices de la prise en compte de faits *concrets* pour guider la prise de décisions judiciaires est indéniable. La stratégie du modèle empirique pourra être invoquée pour accroître ou améliorer les protections de la Charte canadienne, par exemple dans l'objectif fort louable d'atteindre un exercice plus équitable de l'adjudication des droits tenant compte du contexte socioéconomique. (Voir Marie-Ève Sylvestre, « The redistributive potential of section 7 of the Charter: incorporating socio-economic context in criminal law and in the adjudication of rights » (2011) 42:3 Ottawa Law Review 389. Sur le statut des droits socioéconomiques au Canada et pour une revue de récents litiges en la matière, voir également Martha Jackman et Bruce Porter. « Social and Economic Rights » dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers (dir), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017.) Cela dit, d'autres observateurs pourront noter que les tribunaux ne sont pas forcément le meilleur forum pour débattre de la véracité de questions scientifiques et qu'il n'est même pas toujours certain que les données produites par les sciences sociales procurent vraiment toutes les réponses dont le droit constitutionnel a besoin. (Voir par exemple Danielle Pinard. « La promesse brisée de Oakes » dans Tremblay et Webber (dir), *supra*, 131) En outre, le droit a de multiples fonctions qui ne sont pas toujours rationnelles et peuvent être symboliques, ce qui nous apparaît particulièrement vrai en matière de droits et libertés de la personne et de dignité humaine. Voir Noreau, *supra*.

⁴³⁷ Millaire, « L'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles : Triomphe de la judiciarisation des faits sociaux ou de l'argumentation judiciaire des valeurs ? », *supra*.

L'objectif de l'exercice herméneutique est alors de clarifier ce qui ne l'était pas complètement auparavant, le tout avec l'objectif clé de la *cohérence*.⁴³⁸

Trois conditions doivent être rencontrées pour qu'il soit véritablement question d'une discipline ou science herméneutique. Premièrement, il doit bien exister un objet qui, une fois situé dans l'ensemble de son contexte particulier, peut faire l'objet de différentes interprétations que l'on pourra qualifier de cohérentes ou non.⁴³⁹ Deuxièmement, il doit exister une distinction entre le sens à découvrir de l'objet d'interprétation et son support, soit le texte lui-même. Autrement dit, il doit exister une distinction entre la *signification* et l'*expression*.⁴⁴⁰ Troisièmement, cette distinction entre le sens de l'interprétation et l'objet à interpréter doit exister pour un *sujet* identifié. S'il en était autrement, le choix de principes menant à déterminer quel sens est *véritablement* cohérent eu égard au contexte serait arbitraire.⁴⁴¹ Autrement dit, la signification d'une interprétation telle qu'elle est reçue et communiquée *pour* et *à* un sujet en particulier fait nécessairement partie du contexte interprétatif, du cercle herméneutique.

L'approche herméneutique reconnaît que les mots de la Charte canadienne ne sont manifestement rien de plus que des invitations à interpréter avec cohérence et en contexte ce qu'*ils signifient*. Par exemple, il s'agit de déterminer ce que signifie la protection des droits à la vie, à la liberté et à la sécurité contre toute atteinte contraire aux principes de justice fondamentale, le droit à l'égalité ou encore les principes de la société libre et démocratique pouvant limiter ces droits.⁴⁴² C'est dans ce contexte interprétatif qu'il peut être affirmé que le droit se construit par un discours

⁴³⁸ Taylor, « Interpretation and the Sciences of Man », *supra* à la p 3.

⁴³⁹ "an object, or field of objects, about which we can speak in terms of coherence or its absence, of making sense or nonsense", *Ibid.*

⁴⁴⁰ *Ibid* à la p 4.

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² Nous faisons référence respectivement aux articles 7, 15 et 1 de la Charte canadienne. Pour une réflexion éthique sur la reconnaissance contemporaine des valeurs comme fondement véritable des droits auxquels réfèrent les « mots » de la Charte canadienne, voir Antaki, *supra*.

argumenté de valeurs, ce qui est particulièrement observable en matière d'adjudication des droits et libertés énoncés dans la Charte canadienne.⁴⁴³ Pourquoi cette affirmation serait-elle vraie ?

Prenons en exemple certaines questions soulevées dans l'arrêt *Carter* ou qui pourront l'être dans le contexte de l'encadrement législatif de l'aide médicale à mourir. Pourquoi ne pourrions-nous pas arriver à *connaître* par des preuves scientifiques ce qui constitue une atteinte *minimale* au droit à l'autonomie dans le contexte d'une législation encadrant l'aide à mourir ? Les sciences *exactes* ne peuvent-elles pas nous confirmer avec *certitude* qu'il n'existe pas de distinction nette entre une aide médicale à mourir et un traitement médical, ou l'arrêt d'un traitement, ayant pour effet de mettre fin à la vie d'une personne⁴⁴⁴ ? Ne peuvent-elles pas nous *indiquer* ce que constitue véritablement un régime protégeant les *personnes vulnérables* et comment le mettre en place, le cas échéant⁴⁴⁵ ? Vu l'importance cruciale de ces questions, il serait bien pratique de pouvoir y apporter des réponses certaines, d'être en mesure de rompre le cercle herméneutique.

Pourquoi les herméneutes auraient-ils alors raison de rappeler que de telles ambitions de certitude face à ce type de questions fondamentalement humaines est impossible ? Puisque d'un point de vue phénoménologique, cerner le comportement humain, objet d'étude des sciences humaines, ne peut être dissocié de la démarche visant à en saisir la *signification*. Au-delà des considérations à proprement parler linguistiques, la « signification » dans ce contexte se caractérise par le sens d'une situation, d'une action *pour* un sujet en particulier. Il pourra s'agir d'une personne, d'un groupe de personnes, d'une communauté. Il ne s'agit pas d'identifier la signification hors contexte. De plus, il s'agit bien d'identifier la signification *de la situation, de l'action* dans le sens où l'une et l'autre sont

⁴⁴³ Parmi ceux ayant également noté ce phénomène, voir notamment Mark Antaki, « The Turn to Values in Canadian Constitutional Law » dans Tremblay et Webber (dir), *supra*, 155.

⁴⁴⁴ Voir *Carter* BCSC, *supra* au para 1336.

⁴⁴⁵ Voir *Carter* BCSC, *supra* aux para 847 et 854-883.

différentes. La signification d'une situation n'est pas la situation elle-même, qu'on pourrait prétendre avoir métaphysiquement saisie.

Enfin, une situation, une action ou un concept, par exemple, n'a de signification que pour un *domaine* donné et en relation avec les autres éléments de ce domaine. On ne peut déduire qu'un seul élément d'un domaine scientifique a une signification indépendante, *souveraine*, face aux autres éléments du domaine. C'est pourquoi on ne pourrait bien entendu pas davantage conclure qu'un seul élément ayant une telle signification *incarnée* puisse avoir la même signification dans un autre contexte, dans un autre domaine scientifique. C'est ce que nous pouvons donc qualifier de *signification par l'expérience*⁴⁴⁶.

L'expérience pratique du droit amène d'ailleurs à voir comment le modèle herméneutique décrit mieux que le modèle empirique *ce que font* les juges, juristes praticiens et théoriciens. Chacun joue un rôle menant à une interprétation continue⁴⁴⁷ du droit, laquelle est construite par la recherche de sens des mots et concepts du droit mis en contexte. À partir de là, il demeure qu'il faut mieux définir ce que l'on entend par *contexte d'interprétation* dans le domaine juridique.

Parmi les travaux réalisés dans cet objectif, nous nous référons aux théories interprétativistes de Dworkin.⁴⁴⁸ L'essentiel de sa thèse du droit comme objet d'interprétation est bien connu. Le droit, saisi du point de vue *interne*, c'est-à-dire du point de vue des acteurs amenés à débattre de la véracité d'une proposition en particulier, est par nature sémantique. Il n'y a dans ce

⁴⁴⁶ Charles Taylor utilise l'expression « experiential meaning » pour ainsi qualifier ce concept de « signification » qui se distingue d'une analyse proprement linguistique. Charles Taylor, « Interpretation and the Sciences of Man », *supra* à la p 12. Sur les caractéristiques de la « signification » dans le contexte du comportement humain et des sciences humaines, voir également les pp 10-11.

⁴⁴⁷ On suppose la continuité de ce discours juridique, sans quoi c'est la primauté du droit, voire l'existence du droit lui-même, qui pourrait s'en trouver affectée. Voir Dworkin, *Law's Empire*, *supra* à la p 95 et Luc B Luc B Tremblay, « Le positivisme juridique versus l'herméneutique juridique » (2012) 46 RJT 249 à la p 254.

⁴⁴⁸ Il ne s'agit pas ici de nous référer à l'ensemble de ses travaux avec approbation, mais bien aux seuls éléments suivants permettant d'éclairer notre propos.

type de *débat* rien de substantivement différent du débat quant à la véracité d'une proposition en philosophie morale ou politique. Le droit n'est pas un pur fait historique, une résultante empirique de décisions antérieures, que celles-ci soient politiques ou judiciaires. Le droit demande continuellement à être compris *dans son contexte interprétatif*.⁴⁴⁹

Or, ce contexte interprétatif est celui de la morale en général, et de la morale politique en particulier. C'est pourquoi il n'existe pas de séparation étanche entre droit et morale. C'est bien le jugement interprétatif sur le droit qui détermine sa validité et non tout autre logique. Le droit compris dans son contexte véritable d'élaboration, de construction, est affaire de principes partagés de morale politique et de valeurs, non uniquement de règles précises (pré)déterminées.

Si Dworkin est donc réaliste quant à l'impossibilité de divorcer le droit et la morale, il ne rejoint pas les partisans du réalisme américain voyant que les juges puissent arriver à n'importe quelle conclusion selon leurs propres convictions morales et politiques. Pour Dworkin, la *vérité* quant à la supposée validité du droit n'est pas une question distincte de la *légitimité* du droit. La recherche de cohérence, le respect de *l'intégrité* du droit comprenant des principes *partagés*, est une chose fondamentale. Ces principes sont liés à l'existence d'une *communauté de principes* et non d'une simple *communauté brute* d'individus.⁴⁵⁰ Il s'agit ici du principe herméneutique général qui rend incontournable la recherche de *signification pour un sujet* donné, dans ce cas la *communauté* de la société libre et démocratique.

Comme nous le verrons plus en détails à la section 4.1, c'est l'impératif de la *rule of law* qui exige que l'interprétation du droit soit légitime. Pour être légitime, cette interprétation doit se fonder sur le principe d'intégrité lié à celui de la communauté raisonnée de valeurs et de principes. Nous verrons

⁴⁴⁹ Voir en particulier "The Real Argument For Semantic Theories" dans Dworkin, *Law's Empire*, *supra* aux pp 43-44.

⁴⁵⁰ *Ibid* aux pp 203-204 et 211.

qu'une responsabilité éthique et morale incombe à l'interprète du droit amené à donner un sens concret à des mots comme « liberté », « égalité » et « dignité ». En effet, il n'y a pas davantage de séparation étanche entre éthique et morale qu'il n'y en a entre droit et morale. Alors que l'*éthique* réfère aux standards et aux principes selon lesquels une personne doit se gouverner elle-même pour bien vivre, la *morale* porte sur les standards et les principes devant gouverner les rapports des individus entre eux.⁴⁵¹ C'est ainsi que la responsabilité éthique du juge interprète du droit est nécessairement liée à sa responsabilité en matière de moralité politique.⁴⁵² L'interprète du droit est ainsi responsable de la construction légitime du droit.

Bref, c'est le point de vue épistémologique herméneutique qui rend véritablement compte de la pratique juridique et du concept de droit. Il met en lumière les liens indissociables entre la construction continue du droit et la morale politique en particulier. L'herméneutisme pose également les fondements de l'impératif de légitimité de toute interprétation juridique. C'est donc dans ce contexte que le rôle de la théorie du droit doit être pensé.

3.1.1.2 Le rôle de la théorie

Nous souhaitons situer le rôle de la théorie quant au domaine et à la pratique du droit en général ainsi que relativement à notre entreprise de recherche en particulier. D'un point de vue méthodologique, la méthode herméneutique a *pour objectif* la théorie elle-même et non l'application d'un *cadre théorique* pensé et délimité par d'autres. C'est précisément cette méthode que nous mettons en œuvre afin de faire paraître le droit sous son meilleur jour et de théoriser le concept de renonciation en tant que limite aux droits et libertés au sens de l'article 1 de la Charte canadienne. La

⁴⁵¹ « Moral standards prescribe how we ought to treat others; ethical standards, how we ought to live ourselves. » Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* à la p 191. Sur la distinction générale entre éthique et morale, voir également les pp 13-15.

⁴⁵² Le droit fait partie de la morale politique, laquelle constitue elle-même une *branche* de l'arbre moral. Le droit se distingue toutefois de la morale politique en étant l'objet d'institutionnalisation. *Ibid* à la p 405.

méthode herméneutique se distingue de l'approche pragmatique selon laquelle une réponse est choisie pour chaque cas considéré isolément, sans vue d'ensemble. Au contraire, l'approche herméneutique que nous retenons appelle à construire un ensemble *cohérent* à partir du processus d'interprétation de la pratique, dont les piliers sont les principes dégagés suivant l'interprétation de cette pratique du droit.

L'approche interprétative ayant pour objet la théorisation d'un ensemble défini de règles et de principes n'est bien-sûr pas nouvelle. S'agissant de la nature de la théorie, Kant expliquait ce qui suit :

On appelle théorie un ensemble même de règles pratiques, lorsque ces règles sont conçues comme des principes ayant une certaine généralité, et que l'on y fait abstraction d'une foule de conditions qui pourtant exercent nécessairement de l'influence sur leur application. Réciproquement on ne donne pas le nom de pratique à toute espèce d'œuvre, mais seulement à la poursuite d'un but, quand on le considère comme l'observation de certains principes de conduite conçue d'une manière générale.⁴⁵³

Selon Kant, la théorie et la pratique sont donc interreliées entre elles. L'une et l'autre s'expliquent et se justifient réciproquement. Ainsi, il qualifiait d'« extrêmement funeste⁴⁵⁴ » la maxime présumant que ce qui est bon en théorie ne vaut rien en pratique. Une théorie qui ne rend pas compte de la pratique n'est pas valable. Tout aussi parfaite puisse-t-elle sembler du point de vue de la raison, une théorie qui ne se fonde pas sur l'expérience est condamnée à ne défendre que des « idées vides⁴⁵⁵ ». Une bonne théorie n'en est pas une qui « existe par elle-même⁴⁵⁶ ». De la même manière, le nom de *pratique* ne doit pas être donné à toute action ou toute œuvre. La

⁴⁵³ Kant, *Théorie et pratique*, *supra* à la p 5.

⁴⁵⁴ *Ibid* à la p 7.

⁴⁵⁵ *Ibid* à la p 6.

⁴⁵⁶ *Ibid* à la p 7.

pratique poursuit nécessairement un *but* qui se traduit dans l'observation de certains principes de conduite.

Bien-sûr, un lien intermédiaire doit exister entre la pratique et la théorie ainsi comprises. Ce lien réside à l'essentiel dans le concept du *devoir* et du jugement moral. L'*entendement* permet d'identifier les principes et règles qui relèvent de la théorie. Le praticien doit ensuite faire un acte de *jugement*, c'est-à-dire discerner quels principes ou règles s'appliquent à un cas en particulier et, le cas échéant, de quelle manière. Le praticien ne peut donc pas correctement juger *au cas par cas* toute situation concrète sans se fonder sur quelque principe ou règle appartenant dans les faits à une théorie valable de son domaine de pratique.

Certes, il peut arriver que l'intuition mène le praticien vers la *bonne réponse*, laquelle est fondée en vérité sur une théorie valable, sans que celui-ci ne puisse l'expliquer. Il est vrai que certaines personnes possèdent un tel « don de la nature⁴⁵⁷ ». Cela ne signifie en rien que la théorie n'est pas nécessaire, même pour ces personnes. En effet, le jugement intuitif peut s'avérer imparfait en raison du défaut de prémisses théoriques. De manière encore plus fondamentale, il est tout simplement impossible de conclure qu'un jugement pratique a mené vers une bonne réponse sans recourir à la théorie. Il est impossible de qualifier la valeur d'un jugement dans un cas d'espèce, ce même *a posteriori*, sans vérifier qu'il est cohérent avec les principes et règles constituant le *système* théorique dans lequel il s'inscrit.

Les rapports entre la théorie et la pratique doivent nécessairement être dynamiques. C'est en outre le cas pour notre entreprise de recherche qui nous amène à travailler « vers » une théorie générale de la renonciation aux droits et libertés constitutionnels. Une réelle démarche de théorisation ne peut jamais prétendre à la complétude. Les prémisses théoriques doivent constamment être ajustées à la réalité de la pratique. C'est pourquoi, aussi ambitieux soit-il, le travail de théorisation correctement compris est en

⁴⁵⁷ *Ibid* à la p 5.

réalité bien modeste, suivant la manière dont Dworkin définit la véritable modestie :

We are modest, not when we turn our back on difficult theoretical issues about our roles and responsibilities as people, citizens, and officials, but when we confront those issues with an energy and courage forged in a vivid sense of our own fallibility. Our reflective judgement may charge us with self-restraint in a hundred dimensions, but accepting these is an act of modesty only if that judgement was itself truly and thoroughly reflective.⁴⁵⁸

Notre travail de théorisation nécessite de mettre en lumière le droit *sous son meilleur jour*. Pour reprendre les mots exacts de Dworkin, il nous incombe d'interpréter le droit dans l'objectif qu'il soit « *the best it can be* ». Cela signifie que nous devons proposer une interprétation du concept de renonciation et de la problématique juridique qu'il soulève qui soit la plus *cohérente* possible avec l'ensemble du système des principes et règles juridiques pertinentes.

Précisons que l'approche herméneutique va *au-delà* de ce que peut nous apporter la transplantation dans le domaine juridique d'une *méthodologie* empirique comme par exemple celle proposée par la théorie des révolutions scientifiques de Thomas Khun⁴⁵⁹. Une telle méthode de recherche exige d'interpréter des *données* dans l'objectif de déterminer si un paradigme scientifique en particulier devrait être substitué par un autre fournissant une *explication* supérieure. Or, la nature du droit étant sémantique, il s'avère

⁴⁵⁸ « In Praise of Theory » dans Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge ; London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, 49 à la p 73.

⁴⁵⁹ Cette méthode implique les étapes suivantes : (1) Identifier le système dominant d'idées dans un domaine (définir les contours du paradigme dominant) ; (2) Repérer les éventuelles « anomalies » pouvant démontrer les limites du caractère explicatif du paradigme dominant, voire l'infirmer ; (3) Identifier les éventuelles réactions de la doctrine, des juges et des législateurs face à ces anomalies et les évaluer ; (4) Prendre position sur l'aptitude du paradigme à résister à cette mise en question ou sur la nécessité de lui substituer un cadre théorique plus englobant et plus explicatif. Voir Thomas Khun, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 2008.

que d'assumer pleinement la méthode interprétative est plus juste et *englobant* quant à l'ensemble du processus de recherche.⁴⁶⁰

L'approche herméneutique appliquée à la théorisation de la problématique de la renonciation nous amène à répondre aux questions suivantes : (i) Quelle est l'interprétation dominante en matière de renonciation aux droits et libertés constitutionnels ? ; (ii) Comment peut-on *déconstruire* cette interprétation, quels sont les principaux concepts, principes et arguments à son soutien ? ; (iii) Cette interprétation comporte-elle des incohérences eu égard à l'ensemble du système juridique visé ? En d'autres termes, une telle interprétation est-elle conforme à la *rule of law* ? ; (iv) Puisque la problématique de la renonciation doit effectivement être (re)formulée, quelle interprétation peut être proposée ? Comment cette (re)conceptualisation de la renonciation peut-elle être effectuée afin d'être *cohérente* avec le processus d'adjudication des droits et libertés constitutionnels et la *rule of law* ? ; et (v) Quels sont les arguments au soutien de notre interprétation générale qui font que celle-ci est *meilleure* et que les conclusions qui lui sont rattachées sont *vraies* ?

Le rôle de la théorie est donc de proposer une interprétation de la problématique et du concept de renonciation qui respecte le principe de *cohérence* du système juridique. Nous approfondirons à la section 4.1 en quoi l'impératif de la *rule of law* justifie l'interprétation cohérente du droit. Nous souhaitons cependant déjà préciser ce qui caractérise la théorie du droit correctement comprise suivant l'approche herméneutique par rapport à toute autre démarche qui relèverait plutôt du *pragmatisme juridique*. La recherche de cohérence, laquelle est fondamentale à l'approche herméneutique, distingue cette approche du pragmatisme menant à formuler un jugement pour chaque cas d'espèce pris isolément.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Voir Dworkin, *Law's Empire*, *supra* à la p 53.

⁴⁶¹ Il est à notre avis questionnable que l'on puisse véritablement parler de « bonne » réponse dans le cas du pragmatisme, puisqu'il n'y a pas de continuité dans les critères retenus afin de déterminer effectivement ce qui est une *bonne* réponse, une réponse qui serait autrement cohérente avec un ensemble de principes choisis.

Considérons la question fondamentale suivante : Comment déterminer si une affirmation à propos de ce que le droit *est* quant à une problématique juridique en particulier est vraie ou fausse ? Par exemple, comment déterminer s'il est vrai que la Constitution protège le droit des enfants et des personnes souffrant de tout type de handicap de demander une aide médicale à mourir ? Comment savoir si une condamnation résultant d'un plaidoyer de culpabilité qui n'a pas été consenti de manière éclairée est une erreur judiciaire, ce dans un cas où l'inculpé n'a pas attesté par affidavit qu'il aurait agi autrement s'il avait été bien informé ? Autrement formulé, quelle est la manière appropriée de raisonner ou d'argumenter à propos de ce qui doit constituer la bonne réponse à ce type de questions ? Deux approches générales pourront être retenues pour répondre à ces interrogations : (i) l'approche fondée sur la théorie et (ii) l'approche pragmatique.⁴⁶²

L'approche fondée sur la théorie exige de répondre à une problématique juridique en situant celle-ci au sein d'un plus vaste système normatif. La bonne réponse à toute question juridique ne peut être déterminée sans considérer l'ensemble des normes, principes et règles pertinentes. Ces dernières peuvent être plus proprement juridiques ou relever de la morale politique. La bonne réponse à la problématique soulevée doit avoir comme *but* ou *objectif* d'être cohérente avec l'ensemble normatif complexe au sein duquel elle s'inscrit.

Ceux qui préconisent l'approche pragmatique n'ont que faire des exigences du principe de cohérence. En outre, un juge adepte du pragmatisme juridique en est une qui considère chacune de ses décisions comme une

⁴⁶² Dworkin désigne plutôt les deux approches reçues suivantes : l'approche théorique (*theory-embedded approach*) de l'approche pratique (*practical approach*). Dworkin, *Justice in Robes*, *supra* à la p 50. Bien que nous soyons en accord avec Dworkin quant à la distinction entre ces deux approches et le fait que l'approche dite « théorique » soit préférable, nous sommes d'avis que la désignation « approche pratique » porte à confusion dans le contexte. Nous avons vu que la théorie correctement comprise ne peut être divorcée de la pratique juridique et que le terme « pratique » ne doit pas être utilisé pour désigner tout type d'action. En vérité, c'est bien le *pragmatisme* que dénonce Dworkin, et non la *pratique* comprise comme la mise en œuvre de normes, principes et règles cohérentes avec la théorie.

occasion politique. Certes, l'*intention* peut être de rendre une décision qui soit la bonne dans le cas précis du litige. De bons sentiments peuvent animer la juge, par exemple si elle se sent investie de la mission d'*améliorer la situation* des parties au litige. L'intuition bienveillante pourra alors être confondue avec une intuition rationnelle et mener la juge à ne considérer que les *conséquences* de cette décision en particulier.⁴⁶³ Par « conséquences », nous entendons toute considération pragmatique, concrète, factuelle. Des enjeux d'ordre économique pourront être retenus, par exemple, mais certainement pas des considérations relevant de la philosophie politique. Ce qui importe, ce sont les conséquences *terre à terre*. Les adeptes du pragmatisme juridique se réclament ainsi d'*aller droit au but*. Or, c'est tout le contraire : ils font fi du but de la *rule of law* elle-même et de ses impératifs de légitimité et de cohérence.

Par conséquent, l'approche pragmatique est très problématique du point de vue de la *rule of law*. Contrairement au pragmatisme, l'approche théorique fondée sur l'herméneutisme justifie des théories où le droit a une existence objective permettant en principe de résoudre des litiges en pratique. Nous avons vu qu'il existe de bonnes raisons pour lesquelles le concept de « droit positif » ne peut être retenu comme théorisant véritablement la pratique juridique. Cela dit, le positivisme juridique comme l'herméneutisme défendent chacune à leur manière les idéaux de la primauté du droit. Ces approches postulent que les juges sont tenus d'appliquer les règles et normes juridiques respectant cette primauté du droit, ce qui n'exclut évidemment pas de prendre en compte le contexte factuel de chaque cas. À l'inverse, l'approche pragmatique ne reconnaît pas que le processus décisionnel puisse être guidé par la raison, c'est-à-dire que la raison puisse permettre de déduire la norme juridique applicable ou d'identifier un principe fondateur objectif guidant vers la bonne solution.⁴⁶⁴

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ Dworkin, *Law's Empire*, *supra* aux pp 94 et 95 ; Tremblay, « Le positivisme juridique versus l'herméneutique juridique », *supra* aux pp 254-255.

Bref, le rôle de la théorie juridique est fondamental afin de répondre à toute problématique juridique de manière cohérente avec le système normatif général dans laquelle elle s'inscrit ainsi que le principe de la *rule of law*. L'approche théorique fondée sur l'herméneutisme joue un rôle d'autant plus important lorsqu'il est question d'un *cas difficile* pour celui de la renonciation aux droits et libertés constitutionnels.

3.1.2 La renonciation aux droits et libertés : un cas difficile

Nous avons déjà illustré en quoi la problématique de la renonciation aux droits et libertés est un cas difficile (*hard case*⁴⁶⁵). Lorsqu'il s'agit de déterminer si une renonciation est opposable au renonçant et, le cas échéant, quels en sont les effets juridiques, la bonne réponse n'apparaît pas aisément. Aucune règle ne dicte quelle est cette bonne réponse. Plus encore, plusieurs principes généraux semblent s'opposer : l'autonomie et la liberté de choix du renonçant, les choix collectifs sur une question en particulier, le principe démocratique, l'égalité et la protection des personnes vulnérables, etc. En fait, la renonciation pousse dans ses derniers retranchements l'idée même des droits et libertés fondamentaux. C'est d'autant plus vrai lorsqu'il est question des droits et libertés constitutionnalisés par leur enchâssement dans la Charte canadienne. La problématique de la renonciation est ainsi emblématique de ce que constitue un cas particulièrement difficile.

Or, existe-t-il toujours une bonne réponse à toute question juridique, même les plus difficiles ? S'agissant de la question visant à déterminer dans quelle mesure il est possible de renoncer aux droits et libertés constitutionnels, existe-t-il forcément *une* réponse ? Sans conclure que toutes les réponses se valent, ne serait-il pas plus exact d'affirmer qu'il existe *plusieurs* réponses à cette question ? Le développement qui suit a pour objectif de défendre l'idée qu'il existe une bonne réponse aux questions difficiles.

⁴⁶⁵ Voir Dworkin, « Hard Cases » dans *Taking Rights Seriously*, *supra* ; Dworkin, « Is There Really No Right Answer in Hard Cases? » dans *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1985, 119

Nous avons déjà introduit la méthode générale herméneutique qui est la nôtre. Nous approfondirons ses fondements théoriques et philosophiques à la section 4.1 portant sur les impératifs de la *rule of law*. Nous démontrerons à cette occasion que lorsqu'un cas difficile est soumis à un juge, celle-ci a la *responsabilité* d'identifier la bonne réponse à la question posée. La juge ne peut se défilier de ce devoir. Nous nous limiterons donc à aborder succinctement ci-après les raisons fondamentales pour lesquelles notre démarche générale visant à identifier une réponse aux questions difficiles posées par la problématique de la renonciation est la *bonne*.

Les questions visant à déterminer comment la juge doit trancher un cas difficile et s'il existe véritablement *une* bonne réponse sont ultimement liées à la nature des fondements du droit. Le point de vue épistémologique selon lequel il n'existe pas de bonne réponse dans les cas difficiles est plutôt populaire. Celui-ci est directement lié à l'acceptation tout aussi populaire de l'existence du positivisme juridique.

Le positivisme est défendu sous différentes formes selon lesquelles l'existence du droit repose sur des faits empiriques se matérialisant en différentes actions ou décisions pouvant être identifiées historiquement. En outre, il pourra s'agir en d'un commandement donné par une personne ou un groupe détenant un pouvoir politique⁴⁶⁶ ou de la reconnaissance d'une règle conventionnelle sociologiquement acceptée⁴⁶⁷. Dans tous les cas, le

⁴⁶⁶ Selon John Austin, une proposition de droit est vraie pour une société politique en particulier si elle correspond à un commandement (*command*) d'une personne ou d'un groupe occupant une position de souverain (*sovereign*) par rapport à cette société. Dans ce contexte, Austin définit le souverain comme étant une personne ou un groupe dont les commandements sont généralement obéis et qui n'a pas l'habitude d'obéir lui-même à une autre personne. Dworkin, *Law's Empire*, *supra* à la p 33, référant à John L Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Hart, New York, 1954 et John L Austin, *Lectures in Jurisprudence*, 5^e éd, 1885.

⁴⁶⁷ HLA Hart a depuis rejeté la conceptualisation de Austin qui suppose une chaîne de commandement fondée sur la détention du pouvoir et l'obéissance. Il affirmait que les fondements du droit reposaient plutôt sur une règle de reconnaissance sociologiquement (donc empiriquement) acceptée par la communauté dans son ensemble. C'est cette règle de reconnaissance (*rule of recognition*) qui assigne à certaines personnes ou certains groupes l'autorité requise pour créer le droit. Une proposition juridique serait donc vraie si elle repose sur les conventions sociologiquement admises. Voir Hart, *The Concept of Law*, *supra* et Dworkin, *Law's Empire*, *supra* aux pp 34-35.

positivisme pose que toute proposition juridique est vraie uniquement dans la mesure où une personne ou un groupe a posé une *action* qui rend cette proposition vraie. À l'inverse, une proposition juridique ne pourrait être tenue pour vraie si elle ne peut s'appuyer sur une telle action. Dans cette perspective, la structure interne du positivisme juridique pourrait supporter la conclusion selon laquelle dans les cas difficiles, il ne peut y avoir de bonne réponse en *droit positif*.⁴⁶⁸

Selon les positivistes, il existerait donc des situations où juges et juristes se trouveraient devant une absence de droit quant à une question en particulier. Il s'agirait de soi-disant vides juridiques (*gaps in law*), lesquels découlent nécessairement de la conceptualisation du droit comme un fait historique : « Every question about what the law is still has a flat historical answer, though some have negative answers.⁴⁶⁹ » Face à un *vide*, la juge n'aurait d'autre choix que d'exercer sa discrétion.

Or, Dworkin a bien mis en lumière le problème spécifique de la « discrétion » de la juge dans les cas difficiles : « Discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction.⁴⁷⁰ » La discrétion du pouvoir judiciaire doit forcément être *encadrée* par des principes juridiques, même dans les cas les plus difficiles. Nous ne pouvons pas simplement affirmer qu'il existe différentes réponses qui se valent tout autant les unes que les autres et que les juges n'ont qu'à décider intuitivement laquelle choisir.

Une théorie du droit sérieuse ne peut soutenir que les juges peuvent décider des questions les plus complexes et les plus importantes pour les personnes et la société dans son ensemble en se fiant à ce qui leur *apparaît* personnellement comme étant la décision à prendre. Le droit n'est pas une chose mystique que les juges peuvent *voir* sans devoir davantage expliquer

⁴⁶⁸ Voir Dworkin, « Is There Really No Right Answer in Hard Cases? » dans *A Matter of Principle*, *supra* aux pp 131-133.

⁴⁶⁹ Dworkin, *Law's Empire*, *supra* à la p 9.

⁴⁷⁰ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* à la p 31.

et justifier leur démarche. Conclure qu'une juge pourrait exercer une « discrétion » sans se fonder sur aucun principe juridique reviendrait à dire que celle-ci possède l'autorité de décider *en droit* d'un cas *juridique* sans se fonder sur *le droit*.

De toute façon, en affirmant qu'une juge pourra adopter la réponse qu'elle considère la *meilleure*, les positivistes contredisent l'idée qu'il existerait *plusieurs* réponses qui se vaudraient. Les juges ne tranchent pas les cas qui leur sont soumis au hasard ou selon leur humeur du moment. À tout événement, affirmer que cela puisse participer d'une théorie du droit nous placerait en bien mauvaise posture en tant qu'État de droit. Les positivistes ont raison d'affirmer que les juges choisissent la meilleure réponse aux cas difficiles. Or, il doit bien exister une démarche et des principes qui puissent justifier que cette réponse est la bonne. Cette démarche est fondamentalement herméneutique.

Il s'avère ainsi inévitable de revenir vers les liens indissociables entre le droit et la morale. Dans la mesure où il peut clairement être soutenu que le droit n'existe pas en vase clos par rapport à la morale politique, la posture du droit positif ne tient pas la route. Nous savons que le droit n'est pas étanche à la morale. Cela est vrai parce que le droit fait partie de la morale politique qui fait elle-même partie de la morale en général. Cette conceptualisation suppose l'indépendance de la morale par rapport à la science et la métaphysique. Surtout, elle suppose qu'il existe une telle chose que sont les valeurs morales.

Selon le principe de Hume, aucune découverte empirique concernant la nature des choses ou de l'humanité ne peut permettre de tirer une conclusion sur *ce qui est* sans prémisse sous-jacente sur *ce qui est*. D'aucun pourrait en conclure que le principe de Hume entretient le scepticisme. Dworkin soutient qu'il défend plutôt la vérité des valeurs morales. Le fait de conclure qu'un crime contre l'humanité est *en soi* un acte moral répréhensible suppose que les crimes contre l'humanité tels les génocides ne constituent pas des *découvertes* fondées sur des faits empiriques. La *conclusion* selon laquelle un crime contre l'humanité est *morale*. Elle n'en

est pas moins vraie parce qu'il n'y a pas de fait empirique complètement indépendant de la morale qui en fasse la démonstration. Cette proposition est vraie parce qu'elle est soutenue par des *faits moraux*. Le principe de Hume n'entretient donc pas de scepticisme sur la philosophie et les valeurs morales. Au contraire, il soutient l'indépendance de la morale à titre de domaine distinct de la connaissance humaine.⁴⁷¹

L'interprète juriste ou juge ne peut donc se défilier de son rôle et de sa responsabilité éthique et morale dans l'interprétation du droit. Dans les cas difficiles, la juge doit construire son interprétation et trouver la bonne réponse en s'orientant à partir des principes de la communauté.⁴⁷² Il s'agit là du principe d'intégrité (*integrity*) qui assure la cohérence du système juridique par l'interprétation continue, à la manière symbolique dont on écrirait un roman à la chaîne. La recherche de cohérence, d'une interprétation qui fasse sens dans chaque cas, est ce qui doit, à chaque fois, faire paraître le droit sous son meilleur jour. Cette conclusion s'impose dans la mesure où la légitimité de l'autorité du pouvoir judiciaire se fonde précisément sur les principes de la communauté formée des personnes par rapport auxquelles les juges exercent leurs pouvoirs. Il en va de la légitimité de l'État et du pouvoir judiciaire en particulier.⁴⁷³

3.2 Limiter les droits et libertés dans une société libre et démocratique

La présente section vise à préciser ce que constitue véritablement une « limite » aux droits et libertés au sens de l'article 1 de la Charte canadienne. Pour ce faire, nous exposerons d'abord deux manières générales dont la norme de l'article 1 peut être conceptualisée. Nous

⁴⁷¹ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* à la p 17. Sur la controverse à propos de cette interprétation du principe de Hume, voir la note 6 aux pp 425-426. Pour une discussion plus approfondie sur la vérité des valeurs morales, voir le chap 2 « Truth in Morals » aux pp 23 et suiv.

⁴⁷² Nous discuterons plus en détails du concept de la communauté raisonnée de valeurs et de principes fondée sur Kant et Dworkin à la sous-section 4.1.2.

⁴⁷³ Nous approfondirons les fondements de ces principes à la sous-section 4.1 portant sur la *rule of law*, le principe d'intégrité et le concept de la communauté raisonnée de valeurs et de principes.

situerons ensuite le concept de limite à la lumière non seulement du langage utilisé par la Cour suprême, mais surtout en démontrant ce que les juges *font vraiment* lorsqu'ils déterminer si une limite en particulier est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

3.2.1 Conceptualiser la norme de l'article 1 de la Charte canadienne

L'article 1 de la Charte canadienne peut être compris ou *lu* de deux différentes manières, à savoir selon une logique *contingente* (a *constitutive reading*) ou *constituante* (a *contingent reading*).⁴⁷⁴ Nous exposerons ci-après comment ces deux lectures définissent ce que constitue une *limite* à un droit constitutionnel, ce à la lumière de deux conceptualisations différentes du rapport entre une telle limite et les valeurs et principes de la société libre et démocratique. Alors que la logique contingente conceptualise la limitation aux droits et libertés de manière *restrictive* et suppose un contenu prédéterminé à ces garanties constitutionnelles, la logique contingente conceptualise la limitation comme étant plutôt *constitutive* de la sphère de protection véritable des droits et libertés dans notre société libre et démocratique. Nous expliquerons que c'est cette deuxième lecture de l'article 1 qui rend compte de la manière la plus cohérente de ce que constitue une limitation à un droit constitutionnel *dans le cadre d'une société libre et démocratique*.

3.2.1.1.1 La limitation restrictive et la prédétermination des droits

L'article 1 de la Charte canadienne peut d'abord être compris comme permettant de justifier des limites qui *restreignent* les droits et libertés. Ce point de vue tient pour acquis la prémisse selon laquelle la sphère de protection des droits et libertés est illimitée. Lorsque ces garanties sont « restreintes » ou « violées », il y a lieu de déterminer si de telles limitations *restrictives* des droits sont justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Tel que nous en discuterons plus en détails à la section 3.2.2,

⁴⁷⁴ Nous nous référons ici expressément à l'analyse de Weinstock. Celui-ci utilise l'expression suivante : « Two Readings of Limitation: Constitutive and Contingent ». Weinstock, *supra* à la p 119.

il s'agit du langage retenu par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes* portant sur l'article 1. Ce langage a depuis investi l'ensemble du discours commun quant à la définition même des « droits » constitutionnels, la nature de ce que constitue une « limitation », « une restriction », ou une prétendue « violation » de ces garanties ainsi que le lien logique spécifique avec les principes et valeurs de notre société libre et démocratique.

Conceptualiser les limitations aux droits comme étant restrictives signifie d'abord tenir pour acquis que nous avons une bonne idée de ce que constitue le « droit à la liberté » et à la « sécurité », la « liberté d'expression » ou le « droit à l'égalité », par exemple. Cela suppose que les mots de la Charte canadienne ne sont pas trop abstraits pour que nous puissions savoir en quoi consiste réellement de telles protections. Il est présumé d'entrée de jeu, sans que cela ne soit d'ailleurs démontré, que nous puissions identifier le contenu de la « liberté » ou de l'« égalité » sans la contextualiser à la lumière des valeurs et principes de la société libre et démocratique.

La sphère de protection *abstraite* des droits et libertés est donc comprise comme étant illimitée. Il ne faudrait pas conclure de cette affirmation que cela signifie que la liberté d'expression⁴⁷⁵, par exemple, est sans limites au sens où sa sphère de protection n'est pas définie. Le fait que la sphère de protection soit illimitée signifie que celle-ci est représentée artificiellement comme n'étant pas définie selon les limites de la société libre et démocratique. Autrement dit, la liberté d'expression englobe un champ d'activités expressives très large. Suivant le langage choisi par la Cour suprême, celle-ci inclut la liberté de proférer des menaces de mort ou de lésions corporelles⁴⁷⁶, de faire la promotion des produits du tabac d'une manière fausse ou trompeuse⁴⁷⁷, de faire de la publicité commerciale

⁴⁷⁵ Alinéa 2b) de la Charte canadienne.

⁴⁷⁶ *R c Hunt*, J.E. 2012-1470 ; EYB 2012-208072 (CQ). La Cour suprême a toutefois conclu que la menace de violence dans le contexte des dispositions antiterroristes du *Code criminel* n'est pas protégée par l'alinéa 2b) de la Charte canadienne. Voir *R c Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 RCS 555.

⁴⁷⁷ Voir *Canada (PG) c JTI-Macdonald Corp*, *supra*.

destinée aux enfants de moins de 13 ans,⁴⁷⁸ d'effectuer de la diffamation⁴⁷⁹, de posséder de la pornographie juvénile⁴⁸⁰, ou encore du matériel obscène dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles ou de choses sexuelles et du crime, de l'horreur, de la cruauté ou de la violence⁴⁸¹. La propagande haineuse de nature discriminatoire est protégée non seulement par la liberté d'expression, mais également par la liberté de conscience et de religion⁴⁸² s'il existe une croyance sincère de devoir « convertir » les homosexuels en effectuant une critique publique de leur « conduite » et « activités »⁴⁸³.

Cela signifie-t-il que ces « libertés » incluses dans la sphère de protection de la *liberté constitutionnelle d'expression*, voire également la liberté constitutionnelle de croyance et de religion dans le dernier cas, sont bel et bien protégées par la Constitution au sens où l'individu peut les *opposer* à l'action de l'État ? En fait, suivant la jurisprudence applicable, si l'individu peut théoriquement opposer ces « libertés », il ne peut revendiquer leur préséance face aux normes et règles étatiques qui les interdisent. Il s'agit de « libertés » incluses dans la sphère de protection de libertés fondamentales de nature constitutionnelle dont l'interdiction est par ailleurs également constitutionnelle. Dans tous ces exemples, la notion de « société libre et démocratique » justifie les « restrictions » ou « violations » aux droits et libertés dont la sphère de protection est conceptualisée théoriquement comme étant sans limites.

Selon la lecture contingente des limitations aux droits, les paramètres de la société libre et démocratique ne définissent donc pas les contours des droits eux-mêmes, mais plutôt leurs limites. Or, si cette conceptualisation contingente aspire à être théorique, dans les faits la théorie ne correspond

⁴⁷⁸ *Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général)*, (1989) 1 RCS 927.

⁴⁷⁹ *R c Lucas*, [1998] 1 RCS 439.

⁴⁸⁰ *R c Sharpe*, [2001] 1 RCS 45, 2001 CSC 2.

⁴⁸¹ *R c Butler*, [1992] 1 RCS 452.

⁴⁸² Alinéa 2a) de la Charte canadienne.

⁴⁸³ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 RCS 467.

pas bien à la pratique... entachant ainsi sa candidature au titre de véritable « théorie ». Tel que nous l'avons illustré, les droits et libertés sont de toute évidence constamment *limités* par les paramètres de la vie en société.⁴⁸⁴

Daniel Weinstock explique que cette notion de *société libre et démocratique* peut être comprise, dans le contexte de la lecture contingente des limitations pouvant être justifiées par la norme de l'article 1, selon une interprétation *libérale* ou *communautariste*.⁴⁸⁵ En vertu de l'interprétation libérale, la liberté et la démocratie dont il est question au titre de la « société libre et démocratique » sont elles-mêmes les valeurs permettant d'évaluer les coûts et bénéfices liés à la limitation d'un droit. Il s'agit alors d'évaluer si cette limitation amène généralement un *coût* ou un *bénéfice* quant à la réalisation des valeurs de liberté et de démocratie.

Or, l'interprétation libérale s'avère particulièrement difficile à rendre opérationnelle en pratique, puisqu'elle constitue une conceptualisation normative dont les composantes sont liées à des exigences incompatibles. Les valeurs de la *société libre et démocratique* sont généralement définies de manière conflictuelle, de sorte qu'elles tendent vers des sens opposés lorsque se pose en pratique la question de savoir si une limitation en particulier est justifiée.

D'une part, la démocratie est positionnée en porte-à-faux avec les droits et libertés fondamentaux. Ceux-ci bénéficieraient d'une protection constitutionnelle « anti-démocratique » afin de protéger les minorités contre les abus de la majorité et de la « démocratie ». La démocratie est ici comprise comme une menace potentielle pour les droits et libertés individuels. De manière quelque peu contradictoire, si nous nous demandons quelles limites peuvent être justifiées au nom de la

⁴⁸⁴ Comme exemple additionnel, Daniel Weinstock explique que dans une perspective purement contingente, la liberté de mouvement incluerait « my right to move wherever I want: into your house, within 6 inches of the Prime Minister, or what have you ». Weinstock, *supra* à la p 121, référant à Jeremy Waldron, « Homelessness and the Issue of Freedom », dans *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

⁴⁸⁵ Weinstock, *supra* aux pp 121-123.

« démocratie » ainsi comprise, cette valeur pourrait donc justifier très largement des limitations aux droits et libertés.

D'autre part, la liberté entendue strictement comme un attribut de l'individu mène plutôt à considérer de manière étroite l'ouverture ainsi que l'idée même de limite aux droits. La liberté personnelle est alors comprise comme étant plus ou moins accrue selon les droits et libertés que l'individu *possède* et peut disposer à *son* bénéfice. Si nous nous demandons alors quelles limites peuvent être justifiées au nom de cette compréhension de la « liberté », ce n'est essentiellement que celles visant à empêcher que les droits des uns n'empiètent sur ceux *appartenant* aux autres qui passent le test. La préoccupation centrale d'une telle analyse vise la coexistence de l'ensemble des libertés attribuées aux individus dans une logique selon laquelle *la liberté de l'un s'arrête là où celle de l'autre commence*.

Comme nous le verrons au chapitre 4, de telles définitions et conceptualisations conflictuelles de la démocratie et de la liberté sont incompatibles avec le principe de la *rule of law* correctement compris. Les valeurs de la société libre et démocratique doivent plutôt être conciliées et interprétées les unes par rapport aux autres de manière cohérente. Pour les fins de notre propos immédiat, nous voyons qu'il s'agit de toute façon d'un modèle théorique qui, lorsqu'on tente de le mettre en pratique, ne fournit pas de paramètres normatifs clairs quant à la mesure suivant laquelle une limitation à un droit peut être justifiée.

Le modèle général d'adjudication selon lequel les limites aux droits sont conceptualisées comme étant restrictives peut également faire l'objet d'une interprétation communautariste. Celle-ci ne *mesure* pas les limites aux droits selon leur bilan davantage positif ou négatif strictement en termes de réalisation de la « liberté » et de la « démocratie ». Elle propose plutôt une conceptualisation de la communauté démocratique pouvant choisir de fonder ses choix législatifs sur d'autres valeurs et pose les conditions selon lesquelles la loi pourra en effet limiter les droits afin de mettre en œuvre, protéger ou promouvoir ces autres valeurs. La *liberté* et la *démocratie* constituent des attributs de la société devant fonder le *processus* par lequel

cette communauté pourra identifier d'autres valeurs pouvant constituer des limites appropriées aux droits et libertés. Par exemple, une société libre et démocratique pourrait limiter la liberté de religion pour élever la laïcité à titre de valeur commune fondant une intervention législative. Dans ce cas, un problème survient si l'interprétation communautariste est invoquée pour soutenir que n'importe quelle « valeur » peut être élevée au statut de justification à une intervention législative restreignant les droits et libertés, *ce sans être limitée ou contenue elle-même*. La dimension constitutionnelle ou autrement *fondamentale* devant garantir la protection particulière des droits et libertés est alors vidée de son véritable sens.⁴⁸⁶

Qu'il s'agisse des interprétations libérale ou communautariste des limites aux droits conceptualisées comme étant restrictives de ceux-ci, certaines valeurs sont identifiées comme pouvant fonder des restrictions contingentes à la sphère de protection des droits et libertés. Nous verrons ci-après que la comparaison entre le modèle des limites comprises comme restrictions aux droits et libertés et celui des limites interprétées comme étant plutôt constitutives de ces garanties constitutionnelles met d'autant plus en lumière les lacunes conceptuelles du premier modèle face au second.

⁴⁸⁶ C'est ainsi, suivant notre exemple précédant, qu'il serait évidemment problématique qu'au nom de la « laïcité » élevée à juste titre à titre de valeur sociale pouvant fonder la limitation de droits et libertés individuels, une interprétation sans limites de cette valeur soit invoquée pour fonder n'importe quelle limitation à ces garanties.

3.2.1.1.2 La limitation constitutive et le caractère indéterminé des droits

Daniel Weinstock explique que l'article 1 de la Charte canadienne peut être plutôt conceptualisé suivant une logique constituante. La limitation du droit ou de la liberté est alors de nature *constitutive*. Cette lecture de la clause limitative ne tient pas pour acquis une prédétermination des « droits » et « libertés » inscrits dans le texte constitutionnel. Elle se fonde plutôt sur le constat que ceux-ci sont forcément indéterminés et que c'est le processus de contextualisation *dans une société libre et démocratique* de chaque cas qui confère un sens. C'est pourquoi on peut affirmer que la limite agit alors de manière constitutive quant au contenu véritable de ce qui est protégé à titre de garanties fondamentales par la Constitution.

Plus particulièrement, poser que les droits et libertés *inscrits* dans le texte de la Charte canadienne sont indéterminés signifie que les mots « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité » ou encore « liberté de conscience et de religion », par exemple, n'ont pas en soi de sens véritable, c'est-à-dire un sens permettant d'en cerner clairement le contenu et la portée. Cela ne signifie pas que nous ne puissions pas avoir une vague idée des droits et libertés auxquels réfèrent ces mots, au contraire. Cela signifie plutôt que les seuls mots de la Charte sont *trop* indéterminés pour pouvoir guider le processus décisionnel judiciaire. Les mots de la Charte ne confèrent pas un contenu aux droits et libertés garantis pouvant être *restreints* dans le cadre de notre société libre et démocratique. Dans cette perspective, la Charte canadienne énonce bien des « droits et libertés », mais ce de façon si abstraite qu'on ne peut en saisir véritablement la signification que lorsque débute le processus d'adjudication. C'est ce processus qui trace les contours du droit ou de la liberté en cause, qui détermine ce qui entre ou non dans sa sphère concrète de protection. Il en découle que les mots figurant dans le catalogue de protection de la Charte canadienne ne dictent pas eux-mêmes de manière auto-référentielle la manière de les interpréter. Considérons par exemple du droit à l'autonomie personnelle garanti à l'article 7 de la Charte canadienne. Pour saisir ce que constitue ce droit, il ne s'agit pas de réfléchir dans l'abstrait à ce que signifie l'*autonomie*. Tout

au plus pourrions-nous formuler différentes hypothèses. Ce que le *droit à l'autonomie* enchâssé dans notre Constitution protège, c'est le sens que *nous* lui donnons à partir des valeurs et principes de notre société démocratique.

Tout comme le modèle d'adjudication constituant la limitation comme étant restrictive, le modèle de la limitation constitutive implique un processus par lequel des limites aux droits et libertés posées par le cadre de notre société libre et démocratique sont tracées. Dans le cas du modèle de la limitation restrictive, les limites *restreignent* les droits et libertés préalablement posés comme ayant une existence précédant leur mise en contexte. Conceptualiser les limites comme étant constitutives des droits signifie plutôt que les limites *cernées* au cours du processus d'adjudication sont en quelque sorte de nature habilitante. Les droits et libertés auxquels les mots de la Charte réfèrent n'ont pas d'existence théorique précise précédant leur mise en contexte dans le cadre de notre société libre et démocratique. Les limites identifiées sont donc celles qui donnent sens à ces droits et libertés. Les limites, ou *contours* véritables des droits et libertés, rendent ainsi des concepts vagues comme « liberté » ou « sécurité » opérationnels. Un concept sans limites est forcément relativement vague. En précisant de tels concepts, les limites les rendent opérationnels dans le sens où les droits et libertés visés deviennent suffisamment précis pour guider la prise de décision judiciaire issue du processus d'adjudication.⁴⁸⁷

Nous avons précédemment illustré par plusieurs exemples jurisprudentiels comment la sphère de la liberté d'expression est largement définie suivant la conceptualisation des limites à ce droit en tant que restrictions. Il s'agit d'autant d'illustrations du fait qu'une telle conceptualisation invite d'abord à se demander en quoi la liberté d'expression est importante uniquement du point de vue de l'individu, pour ne déterminer que dans un deuxième temps si une « atteinte » à cette liberté peut être justifiée dans notre société libre et démocratique. Ainsi, suivant l'arrêt *Irwin Toy*, la liberté

⁴⁸⁷ *Ibid* à la p 120.

d'expression « protège *a priori* toute activité expressive [...] Pour que de telles activités soient protégées, le demandeur n'a pas à établir qu'elles ont effectivement transmis un message possédant une signification, mais seulement « qu'elles avaient pour but de transmettre un message » [...].⁴⁸⁸ » Il en découle que plusieurs activités expressives ou « messages », comme la propagande haineuse de nature discriminatoire et la transmission de pornographie juvénile, sont dits « protégés » par la Charte canadienne. Or, c'est en vérité la limitation de ces « expressions » dans notre société libre et démocratique dont la Cour suprême a affirmé la protection par la Constitution.

Conceptualiser les limites de la liberté d'expression comme étant plutôt constitutives de cette liberté fondamentale amène à poser la question suivante : Quelles activités expressives et quels messages, incluant à la fois leur forme et leur contenu, notre société libre et démocratique doit-elle protéger contre toute violation ? Ainsi, nous pourrions par exemple arriver à la conclusion que la propagande haineuse critiquant publiquement la « conduite » des personnes homosexuelles dans le but de les « convertir » ne constitue pas une activité expressive ou un type de « message » protégés par notre Constitution contre toute restriction.

Bien-sûr, interpréter dans chaque cas si une activité en particulier doit bénéficier d'une protection constitutionnelle est un processus ouvert aux débats. S'agissant par exemple de la pornographie, il peut être argumenté de manière convaincante que celle-ci constitue une action et non une forme de message devant être protégée par la liberté d'expression. La

⁴⁸⁸ *Société Radio-Canada c Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 RCS 19 au para 34, référant à *Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927. Par ailleurs, une activité expressive possède à la fois une forme et un contenu, et certaines formes d'expression utilisant par exemple la violence peuvent être exclues du champ de la protection constitutionnelle. « Pour que le mode ou lieu de communication d'un message soit exclu de la protection de la *Charte*, le tribunal doit arriver à la conclusion que l'un ou l'autre est en dissonance avec les valeurs protégées para l'al 2b), c'est-à-dire l'épanouissement personnel, le débat démocratique et la recherche de la vérité ». *Ibid* au para 37, référant à *Montréal (Ville) c 2952-1366 Québec Inc*, 2005 CSC 62, [2005] 3 RCS 141 au para 72.

pornographie peut en effet être considérée comme une forme verbale de diffamation et de discrimination systémique envers les femmes : « [G]roup defamation in this sense is not a mere expression of opinion but a practice of discrimination in verbal form, a link in systemic discrimination that keeps target groups in subordinated positions through the promotion of terror, intolerance, degradation, segregation, exclusion, vilification, violence, and genocide.⁴⁸⁹ » Pour certains, la liberté d'expression est surtout une protection de l'expression politique. Pour d'autres, il peut s'agir d'un moyen beaucoup plus large d'expression personnelle, voire de découverte de soi. Dans tous les cas, il s'agit d'interpréter ce qu'on entend *vraiment* protéger par la Constitution.⁴⁹⁰

Cela étant dit, il existe de bonnes raisons de soutenir que la conceptualisation des limites aux droits comme étant constitutives de ceux-ci est plus juste que celle comprenant les limites comme des restrictions ou violations de ceux-ci. Nous avons précédemment démontré que certaines difficultés émergeant de la mise en œuvre du modèle d'adjudication considérant les limites aux droits comme étant restrictives, que celui-ci soit interprété de manière libérale ou communautariste. Plus encore, considérer que les limites sont *constitutives* des droits et libertés constitutionnels est une conceptualisation plus juste puisqu'elle résulte d'une meilleure compréhension de ce qui est véritablement en jeu dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article 1 de la Charte canadienne. Il s'agit d'une meilleure interprétation de ce que signifie *limiter les droits et libertés dans une société libre et démocratique*. Déterminer si une limite à un droit en cerne les contours et amène à déterminer les paramètres véritables de la sphère de ce droit de manière constitutive, ou si cette limite viole plutôt le droit de manière justifiée ou non est beaucoup plus qu'une question de vocabulaire. Tel que nous l'exposerons ci-après, il s'agit de déterminer ce que constitue véritablement et précisément la *norme* de l'article 1 de la Charte canadienne. Au-delà des mots de la Charte elle-même, et de ceux portant

⁴⁸⁹ Nos soulignements. Catharine A MacKinnon, *Only Words*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1993 aux pp 99-100.

⁴⁹⁰ Weinstock, *supra* à la p 120.

sur cette question précise que l'on pourrait tenter de retracer en vain dans les discussions ayant précédées l'enchâssement de la Charte dans la Constitution canadienne, il s'agit de déterminer quelle conceptualisation normative ou interprétation amène à faire paraître l'article 1 sous son meilleur jour. Tel que l'explique Ronald Dworkin, il s'agit d'interpréter l'article 1 de manière cohérente afin qu'il soit « the best law it can be ».

Différents experts sont critiques face à la conclusion générale selon laquelle la norme de l'article 1 de la Charte canadienne impliquerait une analyse en deux étapes afin de déterminer si une limitation est justifiée. Autrement formulé, différentes analyses soutiennent, pour différents motifs, que les « droits » ne peuvent être définis, compris et délimités indépendamment des valeurs et principes de la société libre et démocratique.⁴⁹¹ D'autres experts ne partagent pas ces critiques.⁴⁹² Notre objectif n'est pas de recenser, expliquer en détails et différencier l'ensemble de ces points de vue. Nous souhaitons plutôt expliquer pourquoi il est vrai d'affirmer que la conceptualisation des limites comme étant constitutives des droits est celle qui est philosophiquement la meilleure.

À notre avis, la raison la plus convaincante pour laquelle le modèle des limites considérées comme constitutives des droits et libertés est préférable à celui les conceptualisant plutôt comme des restrictions violant ces mêmes garanties est qu'il évite la *présomption d'externalité* (the *externality assumption*⁴⁹³). Celle-ci divorce de manière artificielle les droits et libertés des valeurs de la société libre et démocratique. Selon la conceptualisation

⁴⁹¹ Pour un aperçu de la diversité des critiques qui s'entendent sur cette conclusion générale, voir notamment Weinstock, *supra* aux pp 119-122 ; Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 ; Grégoire Webber, « La disposition limitative de la Charte canadienne : Une invitation à définir les droits et libertés aux contours indéterminés » dans Tremblay et Webber, *Supra*, 37 ; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais aux pp 1010-1011.

⁴⁹² Voir par exemple Charles-Maxime Panaccio, « The Justification of Rights Violations : Section 1 of the Charter » dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, 2017.

⁴⁹³ Cette désignation provient de Weinstock, *supra* à la p 123.

des limites comme étant des restrictions, les droits sont compris comme ayant une normativité inhérente et hétérogène à la normativité relevant des valeurs. Les valeurs de la société libre et démocratique ne sont pas contenues dans la sphère de protection des droits et mis en œuvre par ceux-ci. Elles constituent plutôt le fondement de la potentielle justification de la violation des droits. De deux choses l'une : ou bien la normativité des droits se justifie de manière autoréférentielle dans sa poursuite des valeurs de la société libre et démocratique, ou bien il existe des valeurs d'une nature ontologique distincte de celles qui sont mises en œuvre, protégées et promues par la législation. L'article 1 exigerait donc d'élaborer un processus permettant de mettre en balance ces deux types de valeurs.

Or, les droits et libertés dits « fondamentaux », au surplus constitutionnalisés, ont justement le poids juridique, social et politique *spécifique* qui les qualifie à ce titre en raison du fait qu'ils participent à la mise en œuvre de valeurs déterminées. Certes, il existe bien un débat quant à savoir quels types de valeurs doivent être poursuivies par les droits. Les théories fondées sur l'agentivité (*agency theories*) postulent que les droits permettent aux personnes considérées en tant qu'agents d'agir de manière autonome, alors que les théories fondées plutôt sur le meilleur intérêt des individus (*interest theories*) considèrent que les droits doivent protéger le bien-être général de ceux-ci. La méthode permettant de déterminer quelles valeurs spécifiques doivent être protégées par les droits constitutionnels, les motifs qui fondent cette méthode ainsi que le choix des valeurs elles-mêmes importe peu. Dans tous les cas, les droits fondamentaux fondent leur statut, autrement dit leur *valeur*, sur leur contribution aux valeurs identifiées.⁴⁹⁴

Dans les démocraties libérales comme la nôtre, les droits et libertés constitutionnels promeuvent certaines valeurs et protègent certains intérêts que les individus peuvent opposer à l'État. Ces intérêts ne peuvent céder le pas devant n'importe quelle considération de politique publique. Bien que

⁴⁹⁴ *Ibid* à la p 124, se référant à N E Simmonds, Hillel Steiner et Matthew Kramer, *A Debate Over Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

les théories des droits dites *libérales* présentent différents types de désaccords, elles ont en commun un attachement pour la liberté réelle des individus ainsi que leur capacité à agir comme des agents autonomes.⁴⁹⁵

L'affirmation selon laquelle les individus et les minorités ont des droits fondamentaux que la communauté doit respecter nécessite d'être argumentée. Les auteurs qui empruntent une démarche propre à la philosophie politique argumenteront qu'il s'agit d'une question de *justification*. Dans cette perspective, il est mis en lumière que c'est une théorie des droits individuels qui peut fonder et *justifier* l'adjudication des droits, non pas la mise en œuvre d'une théorie purement utilitariste. Les auteurs qui conceptualisent la problématique en théorie politique argumenteront qu'il s'agit plutôt d'une question de *légitimité*. Ce point de vue se penche sur les limites de la démocratie dite « majoritaire ». Autrement formulé, de telles perspectives portent sur la légitimité des décisions des majorités dans une société démocratique et les limites à ce pouvoir majoritaire découlant des droits individuels.⁴⁹⁶

Le rapport entre majorités et minorités compris dans une perspective de protection des droits et libertés fondamentaux fonde ainsi une conception englobante de la démocratie. Comme nous le verrons à la section 4.2.2.5 le principe démocratique est un principe constitutionnel non écrit auquel la Cour suprême a reconnu une portée allant bien au-delà du seul pouvoir de la majorité et prenant en compte le pluralisme de la société libérale canadienne. C'est pour cette raison que la démocratie ne s'oppose pas en vérité aux droits individuels : le principe démocratique est un objectif qui sous-tend la constitutionnalisation de la Charte canadienne. Selon la Cour suprême, une société démocratique respecte la dignité inhérente de chaque individu, accepte la diversité de croyances et d'opinions, respecte les

⁴⁹⁵ Le concept d'autonomie de Kant fut particulièrement influent du développement du libéralisme moderne des droits. Pour une discussion générale sur les différents fondements théoriques du libéralisme des droits, voir Waldron. *Liberal Rights*, *supra* aux pp 35 à 62. Pour une discussion sur la différence entre les termes « liberté » et « libéralisme » ainsi que sur la distinction entre le libéralisme et le libertarisme, voir les p 37 à 43.

⁴⁹⁶ *Ibid* aux pp 392-393.

cultures différentes et favorise la participation au sein de la société de tous les individus et les groupes.⁴⁹⁷

Il existe donc de nombreuses raisons de protéger certains droits individuels contre n'importe quelle décision politique. Pour une raison où un autre, il est considéré que les valeurs en jeu sont *vulnérables*. En effet, la vulnérabilité ne caractérise pas potentiellement que certains individus ou groupes minoritaires. Les majorités aussi sont vulnérables. Dans plusieurs contextes, il est reconnu que les majorités pourront ne pas être portées à mettre en œuvre les droits des minorités d'une manière qui soit à la hauteur de l'importance de ces intérêts. Ce constat découle de la nature fondamentale de l'être humain. La constitutionnalisation des droits et libertés individuels est donc une forme d'*auto-protection* des sociétés libérales. Il s'agit une manière de se gouverner et de révéler par leur État de droit le meilleur d'elles-mêmes, et non le pire.

Il découle de ce qui précède que les valeurs protégées par les droits et libertés garantis par la Charte canadienne ne sont pas d'une quelconque nature ontologique distincte des « valeurs de la société libre et démocratique » dont il est question à l'article 1. Qui plus est, ces valeurs ne sont souvent pas différentes de celles qui sont promues et protégées par la législation adoptée par les parlements. Par exemple, un régime législatif encadrant l'accès à l'aide médicale à mourir pourrait par exemple limiter l'autonomie des individus, mais protéger l'égale valeur de la vie de tous, incluant les personnes les plus vulnérables. Un tel régime pourrait aussi sembler limiter la liberté de choix des individus, mais en vérité protéger leur autonomie décisionnelle réelle en mettant en place des mesures adéquates visant à s'assurer du respect de cet autonomie. Dans de tels cas, il est erroné de prétendre que les valeurs protégées par les droits à l'autonomie ou à l'égalité, protégés respectivement par les article 7 et 15

⁴⁹⁷ Oakes, *supra* au para 64.

de la Charte canadienne, sont d'une nature différentes des valeurs pouvant justifier une limitation à ces droits selon la norme de l'article 1.⁴⁹⁸

En somme, la conceptualisation des limites comme étant *constitutives* des droits et libertés rend mieux compte de ce que constitue véritablement les *droits et libertés* protégés par la Charte canadienne. Ces garanties constitutionnelles protègent des valeurs pour lesquelles notre société libre et démocratique souhaite octroyer le plus haut niveau de respect. Les droits et libertés constitutionnels constituent donc des moyens d'*institutionnaliser* concrètement ces valeurs choisies, de les protéger contre n'importe quelle décision politique et de les promouvoir. Les droits et libertés ne protègent donc pas des valeurs différentes de celles de notre société libre et démocratique. C'est pourtant ce que suppose la présomption d'externalité découlant du modèle des limites aux droits comprises comme étant des *restrictions* à ceux-ci. Comprendre la (dé)limitation des droits comme étant un processus menant à déterminer ce que ceux-ci constituent selon le contexte exige plutôt de se *fonder* précisément sur les valeurs de la société libre et démocratique. Limiter les droits dans une société libre et démocratique nécessite de se demander de quelle manière les valeurs que celles-ci a choisi de constitutionnaliser seront le mieux protégées et promues.⁴⁹⁹ Comme nous le verrons ci-après, c'est bien la tâche que doit accomplir la Cour suprême lorsqu'elle examine si une limitation à un droit est justifiée selon la norme de l'article 1.

3.2.2 Le choix de la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes* : entre modèle d'adjudication apparent et modèle réel

De bonnes raisons justifient de retenir le modèle d'adjudication conceptualisant les limites comme *constitutives* des droits et non comme étant *restrictives* et pouvant « violer » les droits au nom de valeurs de la société libre et démocratique. Nous verrons d'ailleurs que si la Cour suprême a retenu le langage des limites comprises comme restrictions aux

⁴⁹⁸ Weinstock, *supra* aux pp 124-125.

⁴⁹⁹ *Ibid* aux pp 125-126.

droits et libertés, en vérité le test développé dans l'arrêt *Oakes* ne peut être mis en œuvre que par une conceptualisation de ces limites comme étant bel et bien constitutives des garanties constitutionnelles en cause.

Depuis l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême a invariablement considéré que les droits et libertés dont la limitation peut être justifiée au titre de l'article 1 de la Charte canadienne peuvent être restreints indépendamment de cette justification. Ce qui est depuis connu comme étant le « test de Oakes » pose un cadre analytique en deux étapes. Premièrement, il convient de déterminer si une atteinte à un droit ou une liberté a été effectuée. Le fardeau de preuve incombe alors à la partie plaignante. Deuxièmement, si la preuve d'une telle atteinte est démontrée, il incombe à l'État le fardeau de démontrer que cette atteinte est justifiée au terme de l'analyse suivante :

Deux critères fondamentaux doivent être respectés pour que la restriction d'un droit garanti par la Charte soit justifiée en vertu de l'article premier. En premier lieu, l'objectif de la mesure doit être urgent et réel pour justifier l'imposition d'une restriction à un droit garanti par la Charte. Il s'agit d'une condition préalable, dont l'analyse s'effectue sans tenir compte de la portée de l'atteinte, du moyen retenu ou des effets de la mesure (*R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 61). En deuxième lieu, le moyen par lequel l'objectif est réalisé doit être proportionné. L'analyse de la proportionnalité comporte trois éléments : (i) le lien rationnel avec l'objectif, (ii) l'atteinte minimale au droit, et (iii) la proportionnalité entre les effets de la mesure (y compris une mise en balance de ses effets préjudiciables et de ses effets bénéfiques) et l'objectif législatif énoncé (*Oakes*, p. 138-139 ; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 139 ; *K.R.J.*, par. 58). L'examen de la proportionnalité se veut à la fois normatif et contextuel, et oblige les tribunaux à soupeser les

intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes (*K.R.J.*, par. 58 ; *Oakes*, p. 139).⁵⁰⁰

Le test de Oakes apparaît donc conçu comme supposant la présomption d'externalité dont il était question précédemment. La première étape de l'analyse décrite exige de déterminer si une atteinte à un droit a eu lieu *préalablement* au processus menant à cerner les limites à ce droit pouvant être justifiées. Il en découle nécessairement la prémisse selon laquelle la sphère de protection du droit constitutionnel en cause peut être théoriquement définie indépendamment de sa mise en contexte dans la société libre et démocratique. Les valeurs de la société n'entrent en jeu que pour déterminer dans quelle mesure certaines protections incluses dans la sphère du droit largement définies peuvent être légitimement et *juridiquement* restreintes.

L'identification et la qualification de l'objectif législatif poursuivi par la mesure restrictive constitue la pierre angulaire de l'analyse devant être effectuée en deuxième étape afin de déterminer si la restriction est justifiée. L'objectif législatif doit d'abord être « urgent et réel »⁵⁰¹. Or, le professeur Weinstock souligne avec raison qu'il est particulièrement problématique que la conceptualisation contingente de la restriction aux droits nécessite de déterminer si un objectif législatif est urgent et réel au regard des intérêts de la société *indépendamment des valeurs de la société* qui sous-tendent justement les droits visés. La norme de l'objectif « urgent et réel (*pressing and substantial*) » nécessite d'être spécifiée et peut faire l'objet d'au moins quatre interprétations normatives distinctes :

⁵⁰⁰ Nos soulignements. *Frank*, *supra* au para 38 (j en chef Wagner, avec l'accord des juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon, le juge Rowe ayant formulé des motifs concordants). À comparer avec la compréhension distincte de la norme de l'article 1 exposée par les juges dissidents Côté et Brown.

⁵⁰¹ La version anglophone qualifie l'objectif législatif pouvant mener à une restriction justifiée de « pressing and substantial ».

- 1) The policy objective on behalf of which limitations are sought should not be trivial.
- 2) The policy objective on behalf of which limitations are sought should not be discordant with the values of a free and democratic society.
- 3) The policy objective on behalf of which limitations are sought should relate to societal concerns that citizens in a free and democratic society feel to be pressing and substantial.
- 4) The policy objective on behalf of which limitations are sought should relate to societal concerns that are pressing and substantial for a free and democratic society.⁵⁰²

Ces quatre interprétations réfèrent à des normes juridiques distinctes rendant plus ou moins exigeante la justification d'une restriction à un droit. Dans le premier cas, un objectif législatif dont l'importance n'est simplement pas triviale, futile ou anodine (« not trivial ») pourrait justifier très aisément de nombreuses restrictions. À moins de fixer un standard normatif externe à l'évaluation de l'objectif de la loi par l'organe législatif lui-même, ce dernier peut très largement définir des « objectifs législatifs » passant le test de ne pas être futiles. Un objectif législatif qui n'est pas en conflit avec les valeurs de la société libre et démocratique justifie légèrement moins de restrictions. Celui-ci n'exige pas que l'objectif conflictuel promeuve les valeurs de la société libre et démocratique. La troisième interprétation, bien que distincte, n'apparaît pas davantage exigeante. La quatrième norme est la plus exigeante, car elle nécessite que la législation restreignant les droits et libertés constitutionnels soit justifiée par la poursuite et la promotion des valeurs de la société libre et démocratique considérée dans leur ensemble. Comment choisir quelle interprétation est la bonne ?

Plus spécifiquement, comment *justifier* qu'une norme plus ou moins exigeante de l'objectif « urgent et réel » soit effectivement retenue et mise en œuvre par les tribunaux ? Il nous semble que la Cour suprême n'a jamais abordé cette question de front, laquelle relève ultimement de la

⁵⁰² Weinstock, *supra* aux pp 126-127.

détermination de ce qui constitue une loi équitable.⁵⁰³ Or, une telle justification ne peut résider de manière auto-suffisante dans le choix effectué par le pouvoir judiciaire eu égard à ce qui constitue justement le point d'équilibre entre la possibilité du pouvoir législatif de limiter les droits constitutionnels et le rôle des tribunaux d'en effectuer le contrôle. La détermination du caractère urgent et réel d'un objectif législatif pourra donc reposer sur la détermination des valeurs qui sont promues par la loi en cause et leur comparaison avec celles garanties par la Charte canadienne elle-même. S'agit-il des mêmes valeurs, de valeurs d'importance comparable, ou encore de valeurs de moindre importance, voire futiles ? Il s'avère donc requis de déterminer plus précisément la relation pouvant exister entre les fins poursuivies par une mesure législative limitant un droit constitutionnel et les valeurs protégées par ce même droit ainsi que les autres garanties de la Charte canadienne considérées dans leur ensemble.

Tout aussi cruciale soit-elle, la norme de l'objectif législatif urgent et réel permettant de limiter les droits et libertés n'est pas en pratique le talon d'Achille de l'analyse jurisprudentielle développée sous l'article 1. Selon la Cour suprême, un objectif est « urgent et réel » lorsque celui-ci est « un objectif suffisamment important⁵⁰⁴ ». En plus d'être approximative, une telle norme fixe la barre plutôt basse quant au caractère plus ou moins exigeant de la norme justificative. Les tribunaux ne procèdent donc qu'à un examen sommaire de la légitimité de l'objectif législatif. Il s'ensuit que les tribunaux n'ont à peu près jamais remis en cause le caractère urgent et réel de l'objectif d'une loi ou d'un règlement.⁵⁰⁵ Cet objectif est intimement lié notamment à la première étape du test de l'arrêt *Oakes* portant sur le lien rationnel entre l'objectif et les moyens choisis pour y parvenir. De la même manière que la norme du caractère urgent et réel de l'objectif ne fait

⁵⁰³ Se référant notamment à l'analyse de Daniel Weinstock, le juge Lebel souligne que cette ancienne question visant à déterminer si une loi est équitable, c'est-à-dire si elle poursuit une fin légitime par des moyens raisonnables ou proportionnés, fonde l'approche moderne en droit de la guerre. *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *supra* au para 184 (j Lebel, dissident mais non sur ce point).

⁵⁰⁴ *Frank*, *supra* au para 54.

⁵⁰⁵ *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *supra* au para 188 (j Lebel).

pas l'objet d'une analyse approfondie par les tribunaux, la norme du lien rationnel est opérationnalisée simplement en déterminant « si les moyens choisis contribueront de quelque façon à la réalisation de l'objectif⁵⁰⁶ ». À nouveau, la barre est plutôt basse. En conséquence, l'analyse portant sur le lien rationnel a rarement été l'étape à laquelle une loi ou un règlement fut jugé déficient.⁵⁰⁷

Dans l'arrêt *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, le juge Lebel soulignait qu'il s'agit là de constats sur l'application jurisprudentielle de l'article 1 et non de lignes directrices prescriptives. Il n'en découle donc pas que les tribunaux n'interviennent jamais ou ne devraient pas intervenir aux premières étapes de l'analyse du test de *Oakes*. Prendre la mesure d'un tel constat signifie plutôt que le cœur de l'analyse du test de proportionnalité, c'est-à-dire les étapes ayant le plus de poids dans le test de *Oakes* tel que mise en œuvre par les tribunaux, sont celles du critère de l'atteinte minimale et de la pondération des effets.⁵⁰⁸

Se référant avec approbation à l'analyse de Peter Hogg, le juge Lebel concluait que les litiges portant sur l'article 1 de la Charte canadienne relèvent en bonne partie du critère de l'atteinte minimale. En fait, « ce qui se passe vraiment » dans le cadre de tels litiges constitutionnels se fonde sur les dernières étapes du test de l'arrêt *Oakes* portant sur l'atteinte minimale et la pondération des intérêts. Ces étapes visent toutes deux à établir un juste équilibre entre l'action étatique, la protection des droits garantis par la Charte canadienne ainsi que celle des droits ou d'intérêts qui, sans être expressément protégés par la Constitution, possèdent une grande valeur ou importance sociale. Les moyens choisis pour atteindre l'objectif identifié ainsi que leur lien spécifique avec ce dernier sont mis à

⁵⁰⁶ *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *supra* au para 189 (j Lebel)

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ *Ibid* au para 190 (j Lebel).

l'épreuve au cours de ces étapes. C'est l'objectif lui-même qui est ainsi réévalué.⁵⁰⁹

À notre avis, le fait que les premières étapes portant sur la norme de l'objectif urgent et réel ainsi que le lien rationnel ne soient pas celles qui soient les plus déterminantes selon la jurisprudence n'atténue en rien la pertinence de l'essentiel de la critique formulée par Weinstock quant à la conceptualisation contingente de la restriction aux droits. En théorie comme en pratique, il demeure problématique de *prétendre* qualifier et mettre à l'épreuve un objectif législatif au regard des intérêts de la société indépendamment des valeurs de cette dernière. Même en considérant l'étape de l'atteinte minimale comme étant la clé véritable du test de proportionnalité, cela ne fait que reporter à cette étape la nécessité d'analyser de manière plus approfondie la nature et la portée de l'objectif législatif *nécessairement interprété à la lumière des valeurs de la société*.

Si l'objectif législatif est qualifié d'urgent et réel et que celui est considéré avoir un lien rationnel avec les moyens choisis, l'analyse de la proportionnalité de la restriction nécessite de déterminer si la limitation constitue une « atteinte minimale » eu égard aux fins recherchée par la mesure législative. À nouveau, il est à notre avis particulièrement problématique que puisse être analysé le caractère *minimal* d'une *violation* à un droit eu égard à des objectifs définis indépendamment des valeurs protégées par la Charte. Comment est-il possible de déterminer si un droit est davantage *restreint* ou non, autrement dit *plus* ou *moins* protégé, sans identifier la nature du lien potentiel entre les valeurs poursuivies par la mesure législative et celles de la société libre et démocratique garanties par les droits et libertés constitutionnels eux-mêmes ?

Considérons comme troisième argument la dernière étape du test de proportionnalité, laquelle nécessite de déterminer si les effets de la mesure législative sont proportionnés avec l'objectif législatif. Cette analyse

⁵⁰⁹ *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *supra* aux para 190-191 (j Lebel). Sur la question de la réévaluation de l'objectif qui transcende les étapes de l'atteinte minimale et de la pondération des effets, voir également les para 192-196.

ultime nécessité de « mettre en balance l'incidence de la loi sur les droits protégés et l'effet bénéfique de la loi au plan de l'intérêt supérieur du public⁵¹⁰ » (proportionnalité stricte ou *stricto sensu*). Or, comment déterminer si c'est en déclarant inconstitutionnelle une mesure législative limitant un droit ou en confirmant sa validité ainsi que la constitutionnalité de la restriction à ce même droit qui assurera la meilleure protection de l'ensemble des valeurs constitutionnelles visées à la fois par la loi et le droit qu'elle limite ? Comment déterminer quelle option garantira ultimement l'« intérêt supérieur du public » ? En pratique, cette question amène inévitablement à préciser les valeurs que l'on souhaite protéger et promouvoir par le droit en cause ainsi que par la mesure législative. Ce processus mène à préciser ce qui appartient en définitive au noyau non négociable du droit, à la partie négociable de sa sphère de protection ou encore ce qui constitue une valeur non protégée par ce droit précisé en pratique. Il s'avère donc que cette analyse ne peut être effectuée sans clarifier l'objectif du droit constitutionnel en cause *au regard des valeurs de la société libre et démocratique*.

Lorsque les juges doivent mettre en balance l'incidence de la loi sur les droits protégés avec ses effets bénéfiques au plan de l'intérêt supérieur du public, ceux-ci ne peuvent en pratique se fonder sur une définition préétablie de l'objet et de la portée d'un droit ou d'une liberté en particulier, pour ensuite déterminer quelle partie de la sphère de protection de cette garantie peut être limitée par déférence aux valeurs promues par la mesure législative que l'on dit « violer » ce droit ou cette liberté. Certes, le *langage* de la Cour suprême pose en théorie le test de l'arrêt *Oakes* comme une analyse visant à déterminer en deux étapes *distinctes* si une *atteinte* à un droit, dont la portée est déterminée indépendamment des valeurs de la société libre et démocratique, peut être *justifiée* au regard de ces mêmes valeurs. En pratique, la mise en œuvre de l'article 1 implique que *limiter* les droits et libertés signifie plutôt de préciser et découvrir graduellement

⁵¹⁰ Nos soulignements. *Carter, supra* au para 122.

dans le contexte de la société libre et démocratique quelle est leur portée véritable :

The suggestion, therefore is that thought the *Oakes* test *presents* itself as if it presupposed the contingent reading of the “limiting” exercise prescribed by section 1 of the *Charter*, it can only coherently function if the constitutive understanding is presupposed.⁵¹¹

Bref, tôt ou tard, explicitement ou implicitement, ce qui se présente comme une démarche analytique divorçant de manière artificielle la définition des droits et libertés des valeurs de la société libre et démocratique en est finalement un où les garanties de la Charte canadienne sont précisées par les limites de la société libre et démocratique, identifiées à la fois au cours du processus législatif et de celui propre à l’interprétation judiciaire. Il y a là bien plus qu’une simple question de vocabulaire distinguant ce que constitue respectivement une « restriction » ou plus généralement une « limite » à un droit.⁵¹²

Cela dit, la démonstration qui précède ne signifie pas que le *langage* judiciaire propre au modèle conceptualisant les limitations aux droits comme des restrictions à ceux-ci doive être remplacé par celui considérant plutôt les limites comme étant constitutives des droits. De bons arguments peuvent être soulevés à l’effet contraire.⁵¹³ À tout événement, ce n’est pas

⁵¹¹ Nos soulignements. Weinstock, *supra* à la p 128.

⁵¹² Dans l’arrêt *Frank*, *supra*, les juges majoritaires, sous la plume du juge en chef Wagner, ont opiné qu’il existait un désaccord « en grande partie d’ordre sémantique » entre eux et les juges dissidents quant à l’utilisation des termes « atteinte » ou « restriction » dans le contexte du test sous l’article 1 : « Plus particulièrement, mes collègues préféreraient que le terme « atteinte » s’applique à une restriction *seulement* une fois que la restriction a été jugée non justifiée au regard de l’article premier. Cette approche est nouvelle, puisqu’un examen rapide de la jurisprudence révèle que les mots « atteinte » et « restriction » sont souvent utilisés de façon interchangeable. » (para 40) Indépendamment de la manière précise dont ce désaccord fut soulevé et argumenté dans l’arrêt *Frank*, *supra*, nous soumettons avoir démontré qu’il existe bien une différence *substantive* entre les approches analytiques considérant le même mot « limite » comme une restriction d’un droit prédéfini d’une part, ou comme un processus menant au contraire à définir ce droit, d’autre part.

⁵¹³ Voir notamment les commentaires de Weinstock, *supra* aux pp 128-129.

l'objectif de notre propos. Il y a toutefois une valeur incontestable au fait de distinguer les mots et les choses. En outre, nous verrons qu'une meilleure compréhension de ce qu'implique véritablement que de déterminer les limites aux droits et libertés en regard des valeurs et principes de notre société libre et démocratique amène à mieux cerner la renonciation, de même que la nécessité de justifier celle-ci.

3.3 Dynamique systémique d'adjudication des droits et norme de l'article 1 : situer la renonciation

Nous avons précédemment jeté les bases de ce que constitue une limite aux droits et libertés pouvant être justifiée selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne. La présente section vise à situer le concept de renonciation dans ce contexte spécifique où se pose la question de déterminer si une limite à un droit est justifiée dans une société libre et démocratique.

Dans un premier temps, nous reviendrons que la distinction entre le langage utilisé par le Cour suprême pour définir une « limite » à un droit et *ce qu'elle fait vraiment* lorsqu'elle détermine si une limite en particulier est justifiée selon la norme de l'article 1. Plus particulièrement, nous démontrerons que la justification d'une renonciation à un droit est forcément déterminée selon la conceptualisation des limites comme étant constitutives des droits. Dans un deuxième temps, nous examinerons de plus près de quelle manière la problématique de la renonciation se soulève dans la jurisprudence. Nous situerons le concept de renonciation dans différents types de contextes d'adjudication des droits. Ces analyses nous permettront de décrire et définir le concept de renonciation en tant que limite aux droits et libertés.

3.3.1 Langage des droits et constitutionnalité de la renonciation : l'incontournable logique constituante

Nous avons démontré qu'au-delà du langage jurisprudentiel retenu par la Cour suprême depuis l'arrêt *Oakes*, la norme de justification de l'article 1 de la Charte canadienne ne peut être véritablement mise en œuvre en

conceptualisation les limites aux droits comme étant strictement des restrictions ou violations à ceux-ci. Cela est particulièrement vrai dans le contexte de la renonciation où la limitation aux droits est liée à l'affirmation ou l'opposition d'un choix autonome exprimé explicitement ou implicitement par le renonçant.

La renonciation est une limitation aux droits qui se caractérise par son caractère volontaire. Certes, nous avons démontré les incertitudes jurisprudentielles quant à la norme du consentement *libre et éclairé*. Nous avons soulevé des arguments appuyant l'idée que le concept de consentement lui-même n'est pas un garant sans failles de l'autonomie véritable des personnes. Il demeure que lorsque la renonciation est opposée à une personne, c'est en pratique sa *volonté abdlicative supposée* eu égard à une garantie constitutionnelle que l'on oppose juridiquement. Or, il est possible d'invoquer l'existence d'une telle volonté abdlicative s'il peut être argumenté que celle-ci est traduite par un consentement, explicite ou implicite. D'une façon ou d'une autre, il y a renonciation lorsque la limite au droit peut être dûment considérée comme consentie.

Pour être valable, le consentement libre et éclairé doit notamment constituer un consentement *précisé*. Par exemple, il ne saurait évidemment être question de renoncer à son « droit à la sécurité » de manière générale et pour toujours, peu importe les circonstances. Une personne peut toutefois renoncer à certaines garanties incluses dans la sphère de protection du droit à la vie, la liberté et la sécurité protégé à l'article 7 de la Charte canadienne lorsqu'elle consent à une intervention chirurgicale en particulier. Son consentement précisé sera éclairé notamment si la personne est informée de sa situation médicale, de l'objet de l'intervention ainsi que des risques et conséquences potentiels. Le consentement véritablement « libre et éclairé » à une renonciation exige de connaître la garantie constitutionnelle en jeu ainsi que ses conséquences, ce afin d'effectuer un *choix véritable*. Ces paramètres normatifs sont liés les uns aux autres. La précision du consentement eu égard à une garantie constitutionnelle *en particulier*, et non quant à l'ensemble des garanties incluses dans la sphère

de protection d'un droit, est nécessaire afin d'effectuer un choix véritable. Il en est de même de la connaissance des conséquences, lesquelles amènent à préciser davantage l'objet du consentement à la renonciation.

Le processus menant à préciser l'objet spécifique de la *volonté* du renonçant mène forcément à préciser la renonciation en tant que limite. La renonciation, en tant que limite volontaire, prend forme graduellement en précisant la volonté réelle du renonçant pouvant lui être opposée. Ce processus visant à préciser la volonté de la personne *en même temps* que la portée juridique de la renonciation devrait également prendre en compte le concept d'autonomie. En contexte de renonciation, la valeur constitutionnelle de l'autonomie permet de préciser les contours de ce qui constitue véritablement la volonté du renonçant. Nous avons d'ailleurs démontré en quoi l'autonomie exige *d'avantage* que le seul consentement. Nous démontrerons également à la section 4.2.2.2 en quoi l'autonomie, en tant que principe constitutionnel non écrit, justifie à la fois l'ouverture comme la restriction à la renonciation. La démarche visant à préciser la volonté autonome du renonçant, et conséquemment l'objet de ce à quoi il renonce, permet de mettre en lumière ce qui *constitue* la renonciation dans chaque cas d'espèce. La renonciation en tant que limite volontaire est donc précisée en précisant l'objet du choix autonome.

Considérons l'exemple d'une personne qui demande de manière libre et éclairée une aide médicale à mourir. Celle-ci choisit alors de lever l'interdiction qui autrement empêcherait l'État de l'aider à mourir. Par sa renonciation, la personne limite la garantie constitutionnelle qu'elle pourrait autrement opposer à l'État en invoquant le droit à la vie. Elle choisit de limiter cette garantie incluse dans la sphère du droit à la vie afin d'exercer notamment son droit à l'autonomie. Bref, le consentement libre et éclairé à une demande d'aide médicale à mourir exprime une *limitation volontaire* de garanties constitutionnelles relevant du droit à la vie.

En tant que limite volontaire à un droit, la renonciation ne peut logiquement être analysée suivant un cadre analytique en deux étapes étanches comme celui posé dans l'arrêt *Oakes*. Afin de démontrer cette conclusion,

supposons que nous devons appliquer cette méthode à la renonciation. Nous poserions alors les questions suivantes : (i) Existe-il une renonciation à un droit ou une liberté ? (ii) Le cas échéant, cette renonciation peut-elle être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique ?

Pour répondre à la première question, il est nécessaire de préciser la source de la limitation pouvant être qualifiée de « règle de droit » au sens de l'article 1. Dans tous les cas où la Charte canadienne est applicable, une action de l'État est en cause.⁵¹⁴ Cette règle n'échappe pas à la renonciation en tant que limite volontaire à un droit. Toutefois, un des *motifs* pour lesquels on opposera la renonciation au renonçant réside dans le choix jugé autonome de celui-ci. L'autonomie est effectivement non seulement un droit, mais aussi une valeur constitutionnelle. La valeur de l'autonomie, en tant que principe constitutionnel sous jacent, participe à façonner l'architecture de la Charte canadienne.⁵¹⁵ Répondre à la première question exigerait donc de déterminer s'il existe une règle de droit pouvant être opposée au présumé renonçant, ce en raison d'un choix autonome lui étant *prima facie* opposable.⁵¹⁶

Or, déterminer s'il existe une limitation volontaire même *prima facie* à un droit nécessite de préciser d'abord le contenu de la sphère de protection de ce même droit. Il importe de préciser si la sphère de protection du droit visé protège l'action volontaire du renonçant. Dans le cas de l'aide médicale à mourir, déterminer s'il existe une renonciation ou « limite volontaire » au droit à la vie lorsqu'une personne demande l'aide de l'État pour mettre fin à ses jours implique de préciser le contenu du droit à la vie. Parmi les différentes options possibles, ce droit pourrait par exemple protéger :

⁵¹⁴ Voir la norme générale du domaine d'application de la Charte canadienne prévue au paragraphe 32 (1).

⁵¹⁵ Voir la section 4.2.2.2.

⁵¹⁶ La renonciation ne pouvant se présupposer, comme toute limite à un droit, c'est la partie qui l'invoque sur qui repose à cette première étape le fardeau de preuve, c'est-à-dire l'État.

- 1) Le droit de ne pas mourir et le devoir (voire l'obligation⁵¹⁷) de vivre.
- 2) Le droit de ne pas mourir et le droit à la qualité de vie.
- 3) Le droit de ne pas mourir et le droit de décider de s'enlever la vie.
- 4) Le droit de ne pas mourir.
- 5) Le droit de ne pas mourir si une telle mort n'est pas volontaire.
- 6) Le droit de ne pas mourir et le droit à la mort (ou droit de mourir dans la dignité)
- 7) Le droit de ne pas mourir, étant entendu que chaque personne peut déterminer elle-même lorsqu'elle a vécu une « vie complète » ou que sa vie a « perdu son sens⁵¹⁸ ».

Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême a expressément retenu la quatrième formulation du droit à la vie, à savoir un « droit de ne pas mourir ». Elle a également opiné que la prohibition absolue d'aide à mourir restreignait elle-même le droit à la vie dans la mesure où celle-ci pouvait « forcer certaines personnes à s'enlever prématurément la vie, par crainte d'être incapables de le faire lorsque leurs souffrances deviendraient insupportables⁵¹⁹ ». Selon les juges, empêcher toute aide à mourir « prive certaines personnes de la vie⁵²⁰ ». Il n'en demeure pas moins que la Cour a expressément rejeté « une conception qualitative et plus large du droit à la vie [qui] ne se limite pas à la préservation de la vie [et englobe] la qualité de la vie et, par conséquent, le droit de mourir dans la dignité⁵²¹ ». Ainsi, le droit à la vie ne protège pas davantage un « droit de mourir dans

⁵¹⁷ Dans *Carter*, *supra* au para 63, l'expression anglophone « duty to live » a été traduite en français par « obligation de vivre ». Or, il nous apparaît que les concepts de « devoir » et d'« obligation » n'ont pas la même signification, en particulier s'ils sont dûment compris à la lumière de leur correspondances éthiques. Un devoir éthique ou moral n'a pas toujours forcément la force contraignante d'une obligation juridique.

⁵¹⁸ Le juge en chef Finch, dissident en appel dans l'affaire *Carter*, a argumenté comme suit son analyse selon laquelle le droit à la vie comprendrait un droit à la mort. « Déterminer le stade où la vie perd son sens, où ses avantages sont réduits à un point tel qu'elle ne vaut plus rien, [...] constitue une décision éminemment personnelle que "chacun" a le droit de prendre pour soi. » *Carter v Canada (AG)*, 2013 BCCA 435, 365 DLR (4^e) 351 au para 86.

⁵¹⁹ Nos soulignements. *Carter*, *supra* au para 57.

⁵²⁰ Nos soulignements. *Ibid* au para 58.

⁵²¹ *Ibid* au para 59.

la dignité » qu'un « droit à la mort », ce dernier constituant une dimension négative encore beaucoup plus large du droit à la vie. Le droit à la vie ne protège pas pour autant le droit à sa destruction. Ce droit n'entre en jeu ou n'est *limité* que « lorsqu'une mesure ou une loi prise par l'État a directement ou indirectement pour effet d'imposer la mort à une personne ou de l'exposer à un risque accru de mort⁵²² ».

Le droit à la vie ne constitue donc pas non plus une « liberté de vivre » ou de mourir, un « droit de décider de s'enlever la vie » ou un « droit de ne pas mourir si une telle mort n'est pas volontaire ».⁵²³ D'autres formulations lient de différentes manières le droit à la vie à une forme de liberté ou d'autonomie face à *sa* vie. C'est le cas des propositions normatives qui suggèrent que le droit à la vie puisse être opposé à l'État par chaque personne qui considérerait avoir vécu une « vie complète » ou que sa vie a « perdu son sens⁵²⁴ » pour faire déclarer inconstitutionnelle une mesure législative limitant l'accès à une aide à mourir. Suivant *Carter*, ce sont plutôt les droits à l'autonomie et à la sécurité qui garantissent le droit de faire des choix fondamentaux en fin de vie et qui englobent les considérations liées à la qualité de vie.⁵²⁵

Il découle du choix normatif de la Cour suprême que lorsqu'une personne demande à l'État une aide à mourir, celle-ci renonce au droit à la vie qu'elle

⁵²² Nos soulignements. *Ibid* au para 62.

⁵²³ La Cour suprême a également expressément rejeté de telles prétentions. *Ibid* aux para 59-62.

⁵²⁴ Voir l'analyse du juge en chef Finch, dissident en appel dans l'affaire *Carter v Canada (AG)*, 2013 BCCA 435, 365 DLR (4^e) 351 au para 86 ainsi que nos commentaires à la note 502. Nous avons toutefois argumenté ailleurs que l'argument du juge Finch n'équivaut pas à affirmer que si la vie n'a plus de sens, les individus ont alors le *droit de mourir*. Le juge indique plutôt, même si c'est en appui à la proposition selon laquelle le droit à la vie implique un droit à la mort, que c'est bien *l'acte de déterminer* quand la vie n'a plus de sens qui est une décision imminemment personnelle, laquelle relève conséquemment de l'autonomie et de sa liberté de faire des choix fondamentaux quant à sa personne. Bref, une aide à mourir fondée sur une volonté de renoncer à la vie peut être compatible avec la valeur universelle de la vie. Voir Millaire, « Le concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter c. Canada* : Au-delà du libre-choix », *supra* à la p 304.

⁵²⁵ *Carter*, *supra* au para 62.

pourrait autrement lui opposer. Si le droit à la vie englobait par exemple un droit à la mort, tel ne serait pas le cas. La personne demandant l'aide à mourir *exercerait* alors son droit à la vie, incluant un droit à la mort. La détermination du contenu du droit en cause est particulièrement déterminante de l'existence de toute renonciation, que celle-ci soit en définitive véritablement consentie ou ultimement justifiée.⁵²⁶

Or, déterminer quel « contenu » est véritablement visé par la sphère de protection du droit à la vie nécessite forcément de préciser ce que constitue ce droit à la lumière des valeurs et principes de la société libre et démocratique. Comment déterminer sinon si le droit à la vie comprend un devoir de vivre ou un droit à la mort, par exemple ? L'argument soulignant l'incongruité de la présomption d'externalité des valeurs par rapport au droit, lequel caractérise la conceptualisation des limites aux droits en tant que restrictions, est tout autant valable en matière de renonciation.

Il y a toutefois plus. Supposons que le contenu des droits constitutionnels puisse être déterminé indépendamment des valeurs de la société libre et démocratique, ou à la lumière de valeurs d'une autre nature ontologique. Il demeure que le caractère volontaire de la limitation à un droit constituant une renonciation ne peut être déterminé qu'en *précisant* l'objet spécifique de ce à quoi il est consenti, ce qui inclus l'ensemble des éléments contextuels pertinents. Premièrement, l'arrêt *Carter* n'a par exemple pas conclu qu'il est possible de renoncer au droit à la vie dans tout contexte. La Cour suprême a jugé qu'une telle renonciation pouvait être opposée à une

⁵²⁶ De même, le cas du droit de bénéficier d'un procès avec jury protégé à l'al 11 f) de la Charte canadienne est également source de confusion. Celle-ci résulte sans doute du fait que l'expression « renoncer à un procès avec jury » est communément admise. Or, si l'objet premier de cette garantie est de profiter à l'accusé, il est possible qu'elle constitue plutôt un désavantage dans certaines situations, ce qui était déjà reconnu en *common law* avant l'enchâssement de la protection dans la Charte canadienne. En définitive, la véritable protection offerte à l'accusé est celle de *choisir* entre un procès avec ou sans jury et il ne serait pas justifié de forcer en quelque sorte l'accusé à opter pour le procès avec jury si cela n'est pas à son avantage. Voir *R c Turpin*, [1989] 1 RCS 1296. Il est toutefois clair qu'un accusé peut véritablement renoncer à bénéficier d'un procès avec jury si celui-ci a par exemple manifester son désir d'être jugé devant jury, mais qu'il ne comparaît pas. Voir *R c Lee*, [1989] 2 RCS 1384.

prohibition d'aide au suicide dans le contexte où la personne « est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition⁵²⁷ ». Une renonciation ne peut non plus se fonder sur une volonté d'obtenir une aide à mourir de toute personne de son choix. C'est à l'« aide d'un médecin⁵²⁸ » qu'il peut être consenti, autrement dit à une aide *médicale* à mourir.

En somme, il apparaît clair que la renonciation, en tant que limite volontaire aux droits, ne peut être *précisée* indépendamment de sa mise en contexte avec les valeurs de la société libre et démocratique. Peu importe que la langage des droits retenu par la Cour suprême définisse les *limites* aux droits pouvant être justifiées selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne comme des *restrictions* ou *violations*. Dans les faits, c'est bien selon une conceptualisation des limites comme étant *constitutives* des droits que le processus d'adjudication des droits en contexte de renonciation est réalisé par les juges.

3.3.2 Sur les traces de la renonciation en contexte(s) d'adjudication

Indépendamment du droit ou de la liberté en cause, la problématique de la renonciation se soulève dans différents contextes d'adjudication. Par « contexte d'adjudication », nous entendons que la problématique de la renonciation peut se soulever (i) lorsqu'est mis en opposition le choix individuel du renonçant d'abdiquer une garantie fondamentale avec le choix collectif traduit dans une règle de droit de nature législative ; (ii) lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure une règle de *common law* de droit public permet d'opposer une renonciation explicite ou implicite au renonçant ; ou (iii) lorsqu'une ou des personnes contractent individuellement ou collectivement des garanties protégées par la Charte canadienne.

⁵²⁷ *Carter, supra* au para 147.

⁵²⁸ *Ibid.*

Cette théorisation ne prétend pas à la complétude. D'un point de vue méthodologique, celle-ci rend toutefois compte des différents types de cas de figure où une renonciation peut être invoquée, ce à la lumière de notre analyse de la jurisprudence pertinente. Pour chaque type de contexte d'adjudication identifié, nous avons retenu un ou des arrêts principaux nous permettant d'illustrer (a) comment la renonciation intervient dans le processus d'adjudication des droits lors de la mise en œuvre de l'analyse sous l'article 1 de la Charte canadienne et (b) quels enjeux ou quelles problématiques le concept de renonciation permet de mettre en lumière ou de conceptualiser. Cette analyse nous permettra de démontrer que la renonciation constitue bien une limite aux droits et, au surplus, que sa mise en évidence est utile à la meilleure compréhension de plusieurs débats jurisprudentiels contemporains.

3.3.2.1 La renonciation et la validité de la loi commune : *Carter c. Canada*

La renonciation à un droit constitutionnel peut mettre en opposition le choix individuel du renonçant d'abdiquer une garantie fondamentale avec le choix collectif traduit dans une règle de droit de nature législative. Ce premier contexte d'adjudication au sein duquel la renonciation intervient s'illustre particulièrement bien à la lumière de l'arrêt *Carter* par lequel la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelles les dispositions du *Code criminel* qui prohibaient de manière absolue toute forme d'aide au suicide.

Dans un contexte comme celui de l'affaire *Carter*, la question de la renonciation n'est pas celle qui se pose directement au tribunal. La question en litige visait à déterminer si les dispositions législatives spécifiques ayant pour effet de criminaliser toute forme d'aide au suicide portaient atteinte aux droits à la vie, la liberté et la sécurité de la personne contrairement aux principes de justice fondamentale. La Cour suprême a unanimement conclu que ces dispositions portaient atteinte à ces trois droits contrairement à l'article 7 de la Charte canadienne. Celle-ci a d'abord analysé les arguments soutenant une atteinte au droit à la vie, pour ensuite analyser

ensemble les arguments portant sur les atteintes aux droits à la sécurité et la liberté, cette dernière englobant l'autonomie personnelle.⁵²⁹

La partie requérante avait invoqué un argument selon lequel le droit à la vie inclurait dans sa sphère de protection un droit de *mourir dans la dignité* ou un *droit de décider* de s'enlever la vie.⁵³⁰ La nuance entre ces deux propositions est la suivante.⁵³¹ Selon une première prétention soumise aux juges, le droit à la vie ne protégerait pas que la vie elle-même, mais également la *qualité de vie*. Cette prétention avait notamment été retenue par le juge Cory, dissident dans la précédente affaire *Rodriguez*⁵³² par laquelle une majorité de juges avaient confirmé la constitutionnalité des mêmes dispositions du *Code criminel*. Le juge Cory avait justifié son analyse sur ce point en opinant que « la mort fait partie intégrante de la vie⁵³³ ». Du point de vue qualitatif, le droit à la mort en tant que partie intégrante du droit à la vie ne référerait donc pas simplement, ou plus généralement, à un droit de s'enlever la vie, mais plutôt à un *droit de mourir dans la dignité*. Selon une deuxième prétention, le droit à la vie protégerait l'autonomie personnelle et il en découlerait une *liberté* ou un *droit de décider* de mourir. La dignité comme valeur entre également en jeu dans un tel argumentaire, mais davantage en ce que la liberté de choisir de

⁵²⁹ La Cour a déclaré inopérant l'alinéa 241(1)b) rendant coupable d'acte criminel quiconque aide ou encourage une personne à se donner la mort, que le suicide s'ensuive ou non, et l'article 14 prescrivant que « [n]ul n'a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée ». La Cour a opiné que seules ces dispositions entraient en jeu quant à la prohibition du suicide assisté, l'alinéa 241(1)a) prohibant le fait de « conseille[r] à une personne de se donner la mort » n'y « contribu[ant] en rien » (*Carter, supra* au para 20). La déclaration d'invalidité des dispositions en cause a d'abord été suspendue pendant 12 mois à compter du prononcé de l'arrêt, et ensuite pendant quatre (4) mois supplémentaires. Ont bénéficié d'une exemption quant à cette suspension additionnelle le Québec quant aux art 4 et 26 à 32 de la *Loi concernant les soins de fin de vie*, et ceux qui, pour la durée de la prorogation, souhaitent demander de l'aide pour mettre fin à leurs jours sur le fondement des critères de *Carter* (voir *ibid* au para 128 ; *Carter c Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4 au para 7, [2016] 1 RCS 13).

⁵³⁰ *Ibid* au para 59.

⁵³¹ Le passage qui suit est tiré Millaire, « Le concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter c. Canada* : Au-delà du libre-choix », *supra* à la p 301.

⁵³² *Rodriguez c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 519 [*Rodriguez*].

⁵³³ *Ibid* à la p 630, cité dans *Carter, supra* au para 60.

mourir ou vivre serait en elle-même une composante de l'autonomie, et conséquemment de la dignité.

En ne retenant pas l'aspect qualitatif du droit à la vie, la Cour suprême a rejeté une composante *subjective* de la définition de la sphère de ce droit en particulier. Si la qualité de vie a bien été considérée par les juges, elle ne l'a été qu'uniquement en relation avec les droits à la liberté et à la sécurité.⁵³⁴ La Cour a renouvelé sa position exprimée notamment dans les arrêts *PHS*⁵³⁵ et *Chaoulli*⁵³⁶ à l'effet que le droit à la vie entre *objectivement* en jeu lorsqu'une mesure a pour effet de causer la mort, c'est-à-dire « lorsqu'une mesure ou une loi prise par l'État a directement ou indirectement pour effet d'imposer la mort à une personne ou d'exposer à un risque accru de mort⁵³⁷ ».

De même, en refusant de reconnaître que le droit à la vie comprend une idée d'« autonomie » de choisir de vivre ou de mourir, la Cour a implicitement reconnu une valeur *objective* à la vie qui n'implique pas intrinsèquement de pouvoir choisir entre la vie et la mort. Il est donc désormais clair que le droit à la vie ne comprend pas un « pendant négatif » comparable à certaines *libertés* fondamentales.⁵³⁸

Cette conclusion de la Cour suprême est fondamentale quant à notre démonstration. Elle révèle l'existence spécifique du concept de renonciation, lequel a dans ce cas pour objet des garanties incluses dans la sphère de protection du droit à la vie. En effet, les juges ont poursuivi leur analyse en expliquant que le fait que le droit à la vie n'inclut pas une forme de *droit à la mort*, ou de *droit de choisir la mort*, ne signifie pas que « la

⁵³⁴ Voir notamment *Carter, supra* au para 62.

⁵³⁵ *PHS, supra*.

⁵³⁶ *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 791, 2005 CSC 35.

⁵³⁷ *Carter, supra* au para 62.

⁵³⁸ Pensons par exemple à la liberté de religion qui inclut la liberté de ne pas croire et à la liberté d'expression qui inclut la liberté de ne rien dire ou de ne pas exprimer certaines choses. Voir notamment *École secondaire Loyola c Québec (PG)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 RCS 613 (liberté de religion) et *Canada (PG) c JTI-Macdonald Corp, supra*. (liberté d'expression).

formulation existentielle du droit à la vie *exige* une prohibition absolue de l'aide à mourir, ou que les personnes ne peuvent « renoncer » à leur droit à la vie. Il en résulterait une “obligation de vivre” plutôt qu’un “droit à la vie” »⁵³⁹ ». Bien que l'article 7 « émane d'un profond respect pour la vie humaine », celui-ci « englobe aussi la vie, la liberté et la sécurité de la personne durant le passage à la mort⁵⁴⁰ », d'où la conclusion qu'il « faut respecter le choix d'une personne quant à la fin de sa vie ». Cela signifie que lorsqu'une personne invoque qu'une règle législative est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte notamment à son droit à l'autonomie de demander et recevoir de l'État une aide médicale à mourir, celle-ci *renonce* par le fait même à des protections englobées par le droit à la vie. Sans la renonciation de cette personne à ces protections, l'État ne pourrait aider la personne à mettre fin à ses jours.

Supposons plutôt que la Cour suprême ait conclu que le droit à la vie englobe un *droit de mourir* dans la dignité ou encore une forme de *liberté* ou de *droit de décider de s'enlever la vie*. Dans un tel cas, la personne qui invoquerait qu'une règle de droit restreint son droit à l'autonomie parce qu'elle l'empêche de demander et obtenir une aide à mourir ne renoncerait pas à une garantie englobée dans la sphère du droit à la vie. Au contraire, cette personne *exercerait* son droit à la vie, c'est-à-dire plus spécifiquement une garantie incluse dans la sphère de protection du droit à la vie. De façon similaire, invoquer la liberté de ne pas croire ne signifie pas renoncer à la liberté de religion et opposer sa liberté de se taire n'emporte pas une renonciation à la liberté d'expression.

Cela dit, la question de la renonciation ne se pose pas directement dans ce type de contexte. Elle intervient alors qu'une atteinte à un ou plusieurs autres droits est invoquée. Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême a conclu que les dispositions législatives prohibant de manière absolue toute aide au suicide portaient atteinte au droit à la vie pour une autre raison que celle précédemment discutée. L'argument invoqué par la partie requérante,

⁵³⁹ *Carter*, *supra* au para 63.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

lequel a été retenu par les juges, consiste à dire que priver une personne d'une aide médicale à mourir porte atteinte au droit à la vie puisque des personnes peuvent choisir de s'enlever la vie prématurément alors qu'elles en ont encore la capacité. Le contexte du litige a donc mené les juges à se prononcer sur le lien entre le droit à la vie et la durée de la vie. Ainsi, la Cour a conclu que c'est l'interdiction de toute aide à mourir qui porte atteinte au droit à la vie... l'aide à mourir permettant, peut-être paradoxalement, de préserver la vie plus longtemps.⁵⁴¹

La Cour a également conclu que les dispositions en cause portaient atteinte au droit à la liberté, lequel englobe l'autonomie d'effectuer des choix fondamentaux quant à sa personne. La prohibition absolue d'aide médicale à mourir constituait une atteinte à la liberté puisqu'elle privait les personnes capables de la « possibilité de faire un choix⁵⁴² » qui « revêt une grande importance pour leur sentiment de dignité et d'autonomie »⁵⁴³. Plus particulièrement, l'atteinte découle de l'impossibilité pour ces personnes d'effectuer « un choix “compatible avec les valeurs qu'elles ont eu toute leur vie et qui reflète leur vécu”⁵⁴⁴ ». La Cour réfère également aux propos du juge Binnie, dissident dans l'affaire *AC c Manitoba* qui avait opiné que la volonté de la personne qui avait refusé en l'espèce une transfusion sanguine reposait sur « une croyance profondément personnelle et fondamentale sur la façon de vivre sa vie, ou de mourir⁵⁴⁵ ».

Les arguments au soutien d'une prise en compte de la qualité de vie n'ont donc pas été retenus aux fins de définir la sphère de protection du droit à la vie, mais ils ont été considérés comme des considérations pertinentes aux garanties des droits à l'autonomie et la sécurité. Considérons sur ce point l'argumentaire formulé par le juge en chef Finch, dissident en appel dans

⁵⁴¹ Voir *Carter, supra* aux para 57-58.

⁵⁴² *Carter, supra* au para 65, citant *Carter v Canada (AG)*, 2012 BCSC 886 au para 1326, 287 CCC (3^e) 1 [*Carter* BCSC].

⁵⁴³ *Carter, supra* au para 68, citant *Carter* BCSC au para 1326.

⁵⁴⁴ *Carter, supra* au para 65, citant *Carter* BCSC au para 1326.

⁵⁴⁵ *Carter, supra* au para 68, citant *AC c Manitoba* au para 219.

l'affaire *Carter*, en appui avec la proposition précédente à l'effet que le droit à la vie impliquerait un droit à la mort : « *Déterminer le stade où la vie perd son sens*, où ses avantages sont réduits à un point tel qu'elle ne vaut plus rien, [...] constitue une décision éminemment personnelle que "chacun" a le droit de prendre pour soi » [nos italiques]⁵⁴⁶. Cet argument de la perte de sens saisie de façon strictement subjective n'a pas convaincu la Cour suprême d'inclure un droit à la mort dans la sphère du droit à la vie.

À notre avis, l'argument porte en fait sur le droit à la *liberté* et non le droit à la vie. La *possibilité de déterminer* si sa propre vie a un sens ou n'en a plus relève de la l'autonomie d'exercer ce choix fondamental, et non de la sphère du droit à la vie. D'ailleurs, nous sommes d'avis que l'argument du juge Finch n'équivaut pas à affirmer que si la vie n'a plus de sens, les individus ont alors le *droit de mourir*. Le juge indique plutôt, même si c'est en appui à la proposition selon laquelle le droit à la vie implique un droit à la mort, que c'est bien *l'acte de déterminer* quand la vie n'a plus de sens qui est une décision imminemment personnelle, laquelle relève de l'autonomie.⁵⁴⁷

Troisièmement, la Cour suprême a conclu que les souffrances vécues peuvent *participer* à l'atteinte au droit à la liberté si la privation de toute liberté de choisir une aide à mourir cause une atteinte à la *sécurité*. Cette atteinte au droit à la découle du fait que l'individu doive continuer de subir des souffrances intolérables. Les juges réfèrent également à la liberté face à soi-même comme impliquant de pouvoir prendre des décisions concernant son « intégrité corporelle »⁵⁴⁸, ce qui réfère plus généralement au principe du droit à la « maîtrise »⁵⁴⁹ de son propre corps.

⁵⁴⁶ *Ibid* au para 60, citant *Carter v Canada (AG)*, 2013 BCCA 435, 365 DLR (4^e) 351 au para 86

⁵⁴⁷ La question des motifs pour lesquels un individu souhaitera recourir à l'aide médicale à mourir ainsi que leur fondement moral sont une question distincte que nous discuterons sous l'angle de l'atteinte au droit à la liberté.

⁵⁴⁸ *Carter*, *supra* au para 67, citant *AC c Manitoba* au para 39.

⁵⁴⁹ *Carter*, *supra* au para 68.

Bref, l'arrêt *Carter* a effectivement reconnu une liberté de *renoncer au droit à la vie* en certaines circonstances, ce qui se distingue d'un *droit à la mort*. Les considérations au soutien de la reconnaissance d'un droit à la mort, en particulier la prise en compte de la qualité de vie, n'en sont pas moins considérées dans le spectre des protections de la Charte canadienne. Ces considérations sont simplement prise en compte dans la sphère de protection d'autres droits que le droit à la vie, à savoir les droits à l'autonomie et la sécurité de la personne. Est d'ailleurs bien connu le principe selon lequel toutes les dispositions d'une même loi doivent être interprétées les unes par rapport aux autres, de façon à donner sens à chacune. La conclusion de la Cour suprême excluant toute forme de droit à la mort au sein de la sphère de protection du droit à la vie s'en trouve ainsi d'autant plus justifiée. C'est donc d'une renonciation au droit à la vie dont il est bien question dans ce contexte.

Après avoir conclu que les droits à la vie, la liberté et la sécurité de la personne entraient en jeu, la Cour devait examiner si ces restrictions étaient contraires aux principes de justice fondamentale. En effet, « l'article 7 garantit non pas que l'État ne portera jamais atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne — les lois le font constamment —, mais que l'État ne le fera pas en violation des principes de justice fondamentale⁵⁵⁰ ». En l'espèce, les juges ont conclu que les restrictions avaient une portée excessive.⁵⁵¹ La problématique de la renonciation liée spécifiquement à l'opposition entre la volonté individuelle du renonçant et le choix collectif institutionnalisé par la mesure législative ne se pose toutefois pas à ce stade.

⁵⁵⁰ *Ibid* au para 71.

⁵⁵¹ Rappelons que trois des principaux principes de justice fondamentale visent à s'assurer que les lois qui portent atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (i) ne sont pas être arbitraires ; (ii) n'ont pas une portée excessive ; et (iii) n'entraînent pas des conséquences totalement disproportionnées à leur objet. *Carter, supra* au para 72. La Cour a conclu que la prohibition absolue de toute aide à mourir n'étant pas arbitraire au regard de l'objectif législatif de protéger les personnes vulnérables, mais qu'elle avait toutefois une portée excessive. Autrement dit, l'interdiction absolue allait trop loin pour atteindre l'objectif du parlement. Dans les circonstances, il n'était pas nécessaire de déterminer si les conséquences de la loi étaient totalement disproportionnées par rapport à leur objet. *Carter, supra* aux para 83-90.

Cela s'explique par le fait que la jurisprudence contemporaine a évincé toute pondération entre les restrictions aux garanties individuelles et les intérêts collectifs opposés à l'étape de l'analyse de la proportionnalité « interne » à l'article 7 :

Lorsqu'ils déterminent si la privation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est conforme aux principes de justice fondamentale visés à l'art. 7, les tribunaux ne s'intéressent pas à des intérêts sociaux opposés ou aux avantages publics que procure la loi attaquée. Il convient plutôt d'étudier ces prétentions morales opposées et avantages généraux pour la société à l'étape de la justification au regard de l'article premier de la Charte.⁵⁵²

La Cour suprême justifie cette conclusion par le fait que c'est à la personne qui invoque l'article 7 qu'incombe le fardeau de démontrer que l'État a porté atteinte à sa vie, sa liberté ou sa sécurité *et* que cette atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Selon les juges, cette personne « ne devrait pas être appelée à établir aussi que ces principes [TRADUCTION] « ne sont pas supplantés par un intérêt légitime de l'État ou un intérêt collectif en pareilles circonstances »⁵⁵³ ».

La mise en balance entre les intérêts individuels et collectifs est ainsi désormais strictement réservée au test de proportionnalité en vertu de l'article 1. À cette étape, la Cour suprême a d'abord procédé à l'analyse visant à déterminer si l'objet de la loi est urgent et réel et si le moyen choisi de criminaliser toute aide au suicide pour atteindre cet objet lui était proportionné. Elle a conclu que l'objet des dispositions législatives contestées était de protéger les personnes vulnérables et que celui-ci était légitime. Aux fins de déterminer si la restriction était proportionnée, la Cour a ensuite conclu que la prohibition absolue de toute aide à mourir était rationnellement liée à l'objectif de protéger les personnes vulnérables. C'est donc au stade de l'analyse visant à déterminer si la limitation aux droits était

⁵⁵² *Carter*, *supra* au para 79, référant à *Bedford*, *supra* aux para 123 et 125.

⁵⁵³ *Carter*, *supra* au para 80, citant T J Singleton, « The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter » (1995) 74 R du B can 446 à la p 449.

minimale par rapport à l'objectif de protéger les personnes vulnérables que les juges ont conclu que la prohibition absolue allait trop loin.

Les juges n'ont pas fait preuve du plus haut degré de déférence envers le parlement fédéral. Certes, la proportionnalité ne nécessite pas la perfection et il peut y avoir plusieurs solutions à un problème social. Lorsque la constitutionnalité d'une mesure réglementaire complexe est en jeu, une grande déférence s'impose.⁵⁵⁴ Or, il a été conclu que la prohibition *absolue* de toute aide à mourir ne constituait pas une mesure réglementaire complexe. La déférence envers le législateur s'en est donc trouvée réduite. Tel ne serait pas le cas s'il s'agissait d'analyser la constitutionnalité de règles faisant partie intégrante de régimes juridiques d'encadrement de l'aide médicale à mourir comme ceux de la *Loi concernant les soins de fin de vie* ou de la version actuelle du *Code criminel*⁵⁵⁵. Ces régimes sont forcément plus complexes qu'une interdiction pure et simple.⁵⁵⁶ Dans de tels cas où il serait conclu à l'existence de régime réglementaire complexes, un très haut degré de déférence serait de mise :

[L]'aide médicale à mourir soulève des questions complexes de politique sociale et un certain nombre de valeurs sociales opposées. La tâche du législateur confronté à cette question est difficile : il doit soupeser et pondérer le point de vue des

⁵⁵⁴ *Carter, supra* au para 97 référant à *Saskatchewan (Human Rights Commission) c Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 RCS 467 au para 78 et *Huttérites* au para 37.

⁵⁵⁵ Voir la *Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir)*, LC 2016, c 3 et les articles 14, 227, 241, 241.1, 241.2, 241.3, 241.31, 241.4 et 245 du *Code criminel*.

⁵⁵⁶ Dans le jugement *Truchon*, la juge Beaudouin de la Cour supérieure a toutefois conclu que les seuls critères d'admissibilité à l'aide médicale à mourir que sont l'exigence d'être en « fin de vie » ou d'avoir une « mort naturelle raisonnablement prévisible » ne constituaient pas « une réglementation complexe » (para 604-610). À notre avis, cette conclusion fait fi que ces critères font bel et bien partie d'un *ensemble* de règles et normes encadrant l'accès à l'aide médicale à mourir, lequel ensemble constitue bel et bien un régime réglementaire complexe. À tout événement, il demeure que de la qualification quant à la complexité du régime en cause dépend le degré de déférence judiciaire applicable.

personnes qu'un régime permissif pourrait mettre en danger et le point de vue de celles qui demandent de l'aide pour mourir.⁵⁵⁷

Or, un régime réglementaire complexe peut tout autant être adopté par le parlement fédéral pour encadrer les activités liées à la prostitution⁵⁵⁸ ou la consommation de drogues illégales à la dépendance à celles-ci⁵⁵⁹, par exemple. Aucune renonciation à un droit constitutionnel n'entre en jeu dans de tels cas. Ce qui distingue le cas de l'aide médicale à mourir est donc l'opposition par l'individu de son choix de *renoncer* au droit à la vie lorsqu'il invoque que la privation légale d'accès à l'aide médicale à mourir restreint ses droits à la vie, la liberté et la sécurité. Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême a d'ailleurs soulevé cette particularité :

Il est difficile de justifier une violation de l'art. 7 : voir Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act, p. 518; G. (J.), par. 99. Les droits protégés par l'art. 7 sont fondamentaux et « peuvent difficilement être supplantés par des intérêts sociaux divergents » (Charkaoui, par. 66). Et il est difficile de justifier une loi qui va à l'encontre des principes de justice fondamentale et qui est de ce fait intrinsèquement lacunaire (Bedford, par. 96). Cependant, il peut arriver parfois que l'État soit en mesure de démontrer que le bien public — une question ne relevant pas de l'art. 7, qui tient uniquement compte de l'effet de la loi sur les personnes revendiquant les droits — justifie que l'on prive une personne de sa vie, de sa liberté ou de sa sécurité en vertu de l'article premier de la Charte. Plus particulièrement, dans des cas comme celui en l'espèce où les intérêts opposés de la société sont eux-mêmes

⁵⁵⁷ *Carter*, *supra* au para 98.

⁵⁵⁸ « L'encadrement de la prostitution est un sujet complexe et délicat. Il appartiendra au législateur, s'il le juge opportun, de concevoir une nouvelle approche qui intègre les différents éléments du régime actuel. » *Bedford*, *supra* au para 165.

⁵⁵⁹ « La consommation de drogues illégales et la dépendance à celles-ci est une question complexe qui suscite diverses réactions sur les plans social, politique, scientifique et moral. Des personnes raisonnables peuvent ne pas s'entendre sur la façon de traiter la dépendance. C'est aux gouvernements habilités à le faire, et non à la Cour, qu'il revient d'élaborer des politiques en matière criminelle et en matière de santé. Toutefois, lorsqu'une politique se traduit par une mesure législative ou un acte de l'État, cette mesure législative ou cet acte peut faire l'objet d'un examen fondé sur la Charte [...] ». *PHS*, *supra* au para 105.

protégés par la Charte , une restriction aux droits garantis par l’art.
7 peut, en fin de compte, être jugée proportionnée à son objectif.

Lorsque la Cour réfère au fait que des *intérêts de la société* eux-mêmes protégés par la Charte canadienne pourraient justifier une restriction à l’article 1, celle-ci réfère à notre avis du moins au droit et à la valeur constitutionnelle de la vie. Éventuellement, c’est aussi l’égale valeur de la vie de toute les personnes qui pourrait être considérée à ce titre, par exemple s’il y avait démonstration de considérations pertinentes liées à la discrimination systémique envers les personnes âgées ou souffrant d’un handicap, les peuples autochtones ou les femmes.

L’existence d’une renonciation mène donc à envisager autrement la mise en œuvre du test de proportionnalité en vertu de l’article 1. Le test analytique de l’arrêt *Oakes* a été élaboré par la Cour suprême dans le contexte historique où les droits et libertés fondamentaux avaient été enchâssés dans la Charte canadienne afin de les protéger contre toute *violation* par l’État. C’est dans cette perspective qu’on a conclu que la restriction à un droit, à supposer qu’elle poursuive un objectif légitime, doit être la plus *minimale* possible.⁵⁶⁰ Or, la renonciation met dans la balance, d’un côté, le poids des restrictions involontaires aux droits, et d’un autre côté, le poids des valeurs protégées par les droits constitutionnels auxquels la personne a renoncé. La Cour suprême a d’ailleurs invité à se pencher sur la conciliation désormais devenue nécessaire entre le test analytique actuel, élaboré pour minimiser les *violations* aux droits, et le fait qu’il faille aujourd’hui aussi justifier les *renonciations* ou limitations volontaires aux droits.

3.3.2.2 La renonciation et la règle de *common law* de droit public

La renonciation peut être opposée dans un contexte d’adjudication où ce n’est pas une règle législative qui est en cause, mais plutôt une règle de *common law* de droit public. Toute règle de droit, peu importe la source de sa normativité juridique, doit être compatible et cohérente avec les valeurs

⁵⁶⁰ Notons que la Cour suprême a assoupli avec le temps l’exigence de l’atteinte minimale. Voir *Huttérites*.

protégées par les droits et libertés enchâssés dans la Charte canadienne. La Cour suprême a bien établi ce principe à l'égard de la *common law* de droit public.⁵⁶¹ Cela s'explique par le fait que la Charte canadienne doit s'appliquer à toute action de l'État, que ce dernier agisse par législation ou voie judiciaire.⁵⁶²

Nous avons retenu deux cas de figure de la jurisprudence récente où le concept de renonciation intervient alors qu'il s'agit de préciser une règle de *common law* de droit public. Premièrement, nous traiterons de l'arrêt *R c Wong* portant sur la renonciation explicite à la présomption d'innocence et la révocation d'un plaidoyer de culpabilité lorsque le consentement de renonçant n'était pas libre et éclairé. Deuxièmement, nous discuterons de l'arrêt *R c Fearon* portant sur la renonciation implicite à la valeur constitutionnelle de la vie privée garantie par la protection contre les fouilles ou saisies abusives. Dans les deux cas, la renonciation permet de mieux conceptualiser certaines questions déterminantes quant à la distinction entre les motifs des juges majoritaires et dissidents.⁵⁶³

3.3.2.2.1 Le consentement à la renonciation et sa révocation : *R c. Wong*

La question en litige dans l'arrêt *R c Wong* visait à déterminer quel cadre d'analyse permet de décider si un plaidoyer de culpabilité formulé sans consentement libre et éclairé peut être révoqué. Selon le cadre d'analyse retenu par les juges majoritaires ou dissidents, le plaidoyer pouvait être révoqué ou non, ce qui emportait également des conséquences pratiques graves pour l'accusé d'un point de vue de son statut en matière d'immigration. Nous avons abordé les aspects de cet arrêt traitant plus spécifiquement du consentement à la section 1.2.2. Nous poursuivrons ci-après nos analyses en démontrant comment la renonciation permet de

⁵⁶¹ *BCGEU c Colombie-Britannique (PG)*, [1988] 2 RCS 214 ; *Dagenais*, *supra*.

⁵⁶² Le principe vaut même dans le cas où l'État intervient par voie judiciaire dans le cadre d'un procès civil. Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* à la p 976.

⁵⁶³ Nous précisons qu'il ne découle pas implicitement de notre choix de cas étudiés que ceux-ci sont les seuls exemples qui soient pertinents à notre démonstration. Nous considérons que ceux-ci constituent d'excellents exemples permettant d'illustrer notre propos.

conceptualiser l'essentiel de la problématique liée à la question en litige et de porter un regard critique sur les raisonnements et conclusions des juges majoritaires et dissidents.

Dans cette affaire, une preuve non contestée démontrait que M. Wong avait consenti à un plaidoyer de culpabilité alors qu'il en ignorait certaines conséquences indirectes graves sur le plan de son statut juridique au Canada en matière d'immigration.⁵⁶⁴ Les juges majoritaires et dissidents étaient toutefois partagés sur la question spécifique visant à déterminer dans quels cas et en vertu de quels principes un plaidoyer peut être écarté lorsque le renonçant n'était pas conscient de telles conséquences indirectes juridiquement pertinentes. Deux conceptualisations de l'analyse à préconiser pour déterminer si le plaidoyer de culpabilité peut être révoqué pour erreur judiciaire s'opposent : l'analyse purement *subjective* des juges majoritaires⁵⁶⁵ et l'analyse *objective modifiée* proposée par les juges dissidents.⁵⁶⁶

Selon l'analyse purement subjective, l'accusé doit démontrer qu'il découle un préjudice subjectif de sa renonciation pour que le tribunal puisse conclure à une erreur judiciaire. Le renonçant peut concrètement effectuer cette preuve en produisant un affidavit attestant qu'il aurait effectué un *autre choix subjectif* s'il avait dûment eu connaissance de toutes les conséquences de son plaidoyer. Cet autre choix aurait pu consister à opter pour un procès et ne pas renoncer au droit à la présomption d'innocence, ou encore à y renoncer en échange d'autres conditions liées au plaidoyer de culpabilité.⁵⁶⁷ L'analyse purement subjective repose sur le postulat que « la décision de plaider coupable appartient à l'accusé ⁵⁶⁸ ».

⁵⁶⁴ Plus particulièrement, la sentence *consentie* par l'accusé faisait en sorte qu'il devenait interdit de territoire au Canada.

⁵⁶⁵ Les juges Moldaver, Gascon et Brown, avec l'accord du juge Rowe.

⁵⁶⁶ L'actuel juge en chef Wagner, avec l'accord de la juge en chef McLachlin et de la juge Abella.

⁵⁶⁷ *R c Wong, supra* au para 6.

⁵⁶⁸ Nos soulignements. *Ibid* au para 12.

L'analyse objective modifiée a été proposée par les juges dissidents afin de remplacer l'analyse purement subjective actuellement applicable. Cette nouvelle approche reconnaît que l'ensemble du processus dans le cadre duquel un accusé peut en venir à plaider coupable ou non, en raison de la possibilité que son choix soit influencé par la connaissance d'une conséquence indirecte d'un plaidoyer, ne met pas en cause uniquement cet individu :

La connaissance de cette possibilité pourrait influencer le procureur du ministère public quand il décide de porter ou non certaines accusations, d'accepter ou non un plaidoyer de culpabilité à une infraction moindre et incluse, ou encore la peine à laquelle il devrait convenir dans les observations conjointes. Tous ces aspects sont, à leur tour, pertinents quant à la stratégie et à la tactique de l'accusé.⁵⁶⁹

Ce cadre d'analyse reconnaît que la décision de *révoquer* un plaidoyer de culpabilité n'« appartient » en vérité à aucun individu. Une telle décision interpelle de nombreux acteurs du système judiciaire et doit ultimement être *justifiée*. La révocation d'un plaidoyer de culpabilité doit se fonder sur une conclusion d'erreur judiciaire. Or, l'idée même d'« erreur judiciaire » s'oppose par nature à toute détermination qui n'émanerait que de la seule volonté d'un acteur du processus judiciaire en particulier, fût-il l'accusé. Une erreur judiciaire est une *erreur du processus judiciaire*. Celle-ci doit donc être constatée par un processus judiciaire et être justifiée par celui-ci. Une telle justification ne peut logiquement « appartenir » à qui que ce soit.

L'erreur judiciaire découlant d'un plaidoyer de culpabilité consenti sans que l'accusé ne connaisse toutes les conséquences juridiques pertinentes de la renonciation à ses droits met en cause l'équité fondamentale du processus judiciaire. La décision qui « appartient » à l'accusé, à supposer que cela soit possible, est celle de plaider coupable ou non, à certaines

⁵⁶⁹ *Ibid* au para 83.

conditions spécifiques ou non, ce *dans le cadre d'un processus judiciaire foncièrement équitable*.⁵⁷⁰ Si le tribunal conclue que le processus n'était pas équitable, il en découle dès lors que la décision de plaider coupable ne peut être attribuée uniquement et de manière étanche à la *volonté* de l'accusé. Cette décision n'a pas résulté de l'unique *choix purement subjectif* du renonçant.

Le cadre analytique proposé par les juges dissidents prend en considération que la renonciation ayant menée à prononcer la culpabilité de l'accusé ne résulte pas que d'une décision subjective. C'est pourquoi la norme suggérée pour déterminer si un plaidoyer de culpabilité doit être retiré en raison d'une erreur judiciaire consiste à déterminer s'« il existe une possibilité raisonnable que l'accusé aurait procédé différemment s'il avait été bien informé⁵⁷¹ » de l'ensemble des conséquences de son plaidoyer. Par contraste, la conceptualisation purement subjective des juges majoritaires assujettit l'*existence d'une erreur judiciaire* à l'*existence d'une mention expresse dans un affidavit* à l'effet que l'accusé aurait agi différemment. Pour les juges majoritaires, ni la preuve d'absence de consentement éclairé, ni la gravité des conséquences, n'étaient déterminants. Ceux-ci ont même reconnu que le droit de l'époque n'était pas tout à fait clair quant à ce que l'affidavit au soutien de la requête de M. Wong devait inclure. L'omission d'une mention expresse dans un affidavit n'en était pas moins fatale à leurs yeux. Les juges dissidents ont au contraire tenu compte de l'ensemble du contexte. Ils se sont dit convaincus qu'une personne raisonnable placée dans la même situation que l'accusé n'aurait pas renoncé à ses droits.

L'arrêt *R c. Wong* oppose donc deux conceptualisations différentes du cadre analytique approprié pour déterminer si un plaidoyer de culpabilité peut être révoqué en cas d'absence de consentement libre et éclairé. Cette distinction entre les approches des juges majoritaires et dissidents peut être analysée de manière plus approfondie à la lumière du concept de renonciation. En effet, nous avons précédemment démontré que la

⁵⁷⁰ Nos soulignements. *Ibid* au para 74.

⁵⁷¹ Nos soulignements. *Ibid* au para 44.

renonciation à un droit ne correspond pas au consentement. Le consentement constitue une dimension procédurale de la transaction juridique et éthique de la renonciation. Dans le cas d'espèce, il est admis que le consentement n'était pas pleinement éclairé. La question véritable porte plutôt sur la *justification* de la renonciation résultant du plaidoyer de culpabilité. Cette question se pose indépendamment de l'existence de toute preuve portant sur le consentement de l'accusé, ce dans l'hypothèse où il aurait connu toutes les conséquences de son plaidoyer.

Le concept de renonciation permet de démontrer que le cadre analytique de la *norme objective modifiée* proposé par les juges dissidents est préférable à celui fondé sur la norme purement subjective. Nous considérons en effet que ce cadre analytique est meilleur au sens où il répond davantage à l'impératif de cohérence du droit. La norme objective modifiée distingue le consentement de l'accusé du processus au sein duquel il peut être déterminé si le plaidoyer constitue une erreur judiciaire. Autrement formulé, la norme objective modifiée ne confond pas la dimension subjective procédurale de la renonciation, à savoir le consentement de l'accusé, avec la justification substantive de la transaction de la renonciation, laquelle intéresse objectivement plusieurs acteurs du système judiciaire, voire l'ensemble de la société.

À notre avis, deux types de raisons justifient de préférer le cadre analytique des juges dissidents. Premièrement, celui-ci tient mieux compte du principe d'autonomie personnelle dont nous avons précédemment discuté et le distingue précisément du consentement. Nous avons vu que l'autonomie idéale fondée sur des principes généralisables tout comme l'autonomie rationnelle sont des concepts intégrant de différentes manières des composantes d'objectivité. La forme la plus aboutie d'autonomie idéale est celle de Kant, laquelle lie ensemble l'agentivité de la personne avec l'objectivité des principes moraux qui doivent fonder son jugement, autrement dit ses choix. Par le jeu du jugement réfléchissant, la volonté libre de l'individu rationnel correspond à des principes universalisables, c'est-à-dire objectifs. Pour sa part, l'autonomie rationnelle incorpore à la

fois des composantes objectives et subjectives. Ce type d'autonomie est mis en œuvre lorsque les choix de la personne correspondent à ses désirs de second ordre, c'est-à-dire ses désirs rationnels. L'individu qui se gouverne selon ses simples instincts n'agit pas de façon autonome. Nous avons ainsi vu en quoi l'autonomie ne doit pas être confondue avec la « liberté » au sens général, et en particulier avec le libre-choix.

Or, il semble que le cadre analytique des juges majoritaires dans l'arrêt *R c. Wong*, en étant *purement* subjectif, ne correspond pas bien à l'une ou l'autre des conceptualisations véritables de l'autonomie. Ces juges semblent avoir assujéti la validité du plaidoyer de culpabilité à une simple analyse fondée sur la vérification de l'expression du libre-arbitre par le renonçant, peu importe que ce choix ait été effectué de manière autonome ou non. Selon eux, la question déterminante est la suivante : l'accusé a-t-il *affirmé* qu'il aurait effectué un autre choix ? Cette interrogation n'implique d'aucune manière d'analyser si le choix effectué et celui qui aurait pu être fait se fondent sur des motifs raisonnables ni même sur la volonté réelle de l'accusé en regard de ses valeurs et ses objectifs personnels. Ce qui compte, c'est s'il est *écrit* dans un affidavit que l'accusé aurait souhaité autre chose, non pas si cela est le fruit d'un choix autonome.

À l'inverse, le cadre analytique des juges dissidents prend en compte une certaine composante objective. La question à poser est la suivante : Existe-il une *possibilité raisonnable* que l'accusé ait agi différemment ? Pour déterminer s'il existe une telle possibilité, le tribunal doit procéder *objectivement* à une analyse prenant en compte l'ensemble des caractéristiques pertinentes à la situation *subjective* de l'accusé. La composante subjective est ici liée à l'identification de toute considération qui, dans la perspective de l'accusé, a pu ou aurait pu influencer son choix de plaider coupable ou non. La composante objective réside dans le fait que le tribunal, après avoir identifié ces considérations pertinentes selon la situation subjective à l'accusé, doit procéder à l'évaluation objective de leur effet quant au choix de l'accusé.

Deuxièmement, le seul consentement, aussi libre et éclairé soit-il, ne peut justifier la renonciation. Nous avons vu au chapitre précédent que les deux concepts sont distincts et que l'un ne peut donc être superposé à l'autre. Or, les juges majoritaires dans l'arrêt *R c. Wong* apparaissent confondre la validité du consentement individuel de l'accusé avec la légalité et l'équité du processus judiciaire. La décision de plaider coupable relève certes de l'accusé, mais on ne peut affirmer que l'équité du processus judiciaire lui appartient. L'existence d'une erreur judiciaire implique et concerne tous les acteurs du système judiciaire impliqués dans le processus pénal auquel l'accusé est soumis, et au-delà. Tel que le rappelait la Cour suprême elle-même dans l'arrêt *Jordan* dont nous avons précédemment discuté, le respect des droits fondamentaux d'un accusé, à savoir dans ce cas le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, ne sont pas qu'une affaire de consentement individuel. Cela intéresse l'ensemble de notre société libre et démocratique.

À tout événement, notre objectif principal est de mettre en lumière les traces de la renonciation dans la jurisprudence et les différentes manières dont celle-ci se manifeste à titre de limitation aux droits. Nous concluons donc que l'arrêt *R c. Wong* fournit une belle illustration de la spécificité du concept de renonciation et de son utilité afin d'éclairer des débats jurisprudentiels concrets et actuels.

3.3.2.2.2 La renonciation implicite : *R c. Fearon*

Alors que la renonciation à la présomption d'innocence se manifeste de manière explicite lorsqu'un accusé plaide coupable, certaines renonciations se produisent de manière implicite. C'est notamment le cas lorsqu'une personne renonce à certaines garanties protégeant la valeur de la vie privée, elle-même protégée par le droit de ne pas être l'objet de perquisitions ou saisies abusives.⁵⁷² À nouveau, c'est un arrêt où les juges de la Cour

⁵⁷² Art 8 de la Charte canadienne.

suprême furent partagés qui nous permettra de mettre en lumière la contribution du concept de renonciation au débat.

L'arrêt *R c. Fearon* porte sur la légalité d'une fouille d'un téléphone cellulaire se trouvant sur l'accusé lors d'une arrestation légale. Autrement formulé, il s'agissait de déterminer si, en l'absence de tout mandat spécifique à cet effet, la fouille du téléphone cellulaire peut être effectuée de manière accessoire à l'arrestation. Selon les juges majoritaires, le téléphone peut faire l'objet d'une fouille si elle est bel et bien *accessoire* à l'arrestation. Selon les juges dissidents, la fouille du téléphone ne peut pas être accessoire à l'arrestation. Ceux-ci préconisent donc l'application dans ce contexte de la règle générale selon laquelle en l'absence de mandat, seule une situation d'urgence peut justifier une fouille.

La position des juges majoritaires admet *implicitement* que lorsqu'une personne envoie ou reçoit des messages textes, des courriels ou encore tout type de fichier électronique via son téléphone intelligent, celle-ci *renonce* aux garanties de vie privée protégées par le droit de ne pas faire l'objet de perquisitions et saisies abusives.⁵⁷³ Il pourrait être soulevé à nouveau qu'une telle conceptualisation de la renonciation, ou du consentement à la renonciation, traduit mal un respect pour l'autonomie véritable des personnes. En effet, il apparaît difficile de justifier une renonciation implicite pour la simple et bonne raison qu'il est forcément plus complexe de s'assurer du caractère volontaire du choix dans un tel cas.

Certains motifs des juges majoritaires pourraient aussi démontrer que ceux-ci ont distingué ce que constitue un *geste* volontaire de ce qui s'avère être une *renonciation* à un droit. Des indices d'une telle distinction ne se trouvaient pas dans les motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *R c. Wong*. Les juges majoritaires dans l'arrêt *R c. Fearon* ont précisé que si une personne n'a pas protégé l'accès à son téléphone par un mot de passe, cela « n'indique pas qu'elle renonce en quelque sorte aux intérêts importants en

⁵⁷³ Cette conclusion doit toutefois être comprise à la lumière de ce qui constitue une fouille véritablement accessoire à une arrestation.

matière de respect de sa vie privée qu'elle a généralement sur le contenu de son téléphone⁵⁷⁴ ». Une fouille accessoire à une arrestation ne permet donc pas de « trifouiller l'appareil à volonté⁵⁷⁵ ».

Cela dit, un élément majeur distinguant les positions des juges majoritaires et dissidents réside dans les conséquences de la fouille du téléphone pour le prévenu. Autrement formulé, la *limitation* aux garanties relevant de la vie privée, au-delà du fait que celle-ci soit considérée pleinement autonome ou non, est considérée avoir des *effets* plus graves du point de vue des juges dissidents. Dans ce contexte, la renonciation permet de conceptualiser plus clairement qu'il existe une limitation aux garanties relevant de la valeur constitutionnelle de la vie privée. Si, tel que nous le démontrons, une renonciation est bien une limite à un droit, celle-ci doit donc être justifiée. Dans un cas comme celui de l'arrêt *R c Fearon*, cela ne signifie pas qu'il ne puisse exister aucune renonciation aux garanties de la vie privée justifiant toute fouille accessoire. Cela signifie toutefois que des arguments doivent être clairement avancés pour mieux justifier et pondérer les effets préjudiciables de la limitation à la vie privée avec les considérations jugées légitimer la pratique de la fouille accessoire du téléphone en cas d'arrestation.

3.3.2.3 La renonciation contractée

Le renonciation peut enfin se soulever dans le contexte de la contractualisation des droits et libertés fondamentaux. Souvent, une telle problématique relèvera de l'adjudication des droits et libertés entre des parties autres que l'État. C'est notamment le cas de l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem* qui soulevait la question visant à déterminer si un contrat de copropriété ayant pour effet de limiter certaines pratiques religieuses pouvait emporter une renonciation à la liberté de religion. C'est dans ce cas les garanties de la Charte québécoise et non de la Charte

⁵⁷⁴ *Ibid* au para 53.

⁵⁷⁵ *R c Fearon*, *supra* au para 78.

canadienne qui étaient en jeu. Cela dit, le cas de figure de la renonciation contractualisée peut également mettre en cause la Charte canadienne.

L'affaire *Godbout c. Longueuil* visait à déterminer si l'obligation pour une employée d'une municipalité d'habiter sur le territoire de l'employeur pour obtenir un statut d'emploi permanent portait atteinte à son droit à l'autonomie de choisir son lieu de résidence.⁵⁷⁶ Cette obligation était incluse dans un contrat individuel de travail. Autrement formulé, l'arrêt posait la question de la possibilité pour l'employée de renoncer à son droit à l'autonomie par contrat. Cette question demeure toujours en suspens. Les juges ont conclu que dans ce cas d'espèce, aucun consentement libre et éclairé n'avait été formulé.

La validité du consentement apparaît ne pas entrer en jeu de la même manière dans le contexte de relations collectives de travail. Par exemple, l'arrêt *Dickason* visait à déterminer si une clause de retraite obligatoire incluse dans une convention collective d'une université violait une loi provinciale sur les droits de la personne. Il a été conclu que cette clause portait atteinte au droit à l'égalité et à la protection contre la discrimination fondée sur l'âge. Les juges ont donc évalué dans un deuxième temps si cette restriction était justifiée selon une norme comparable à celle de l'article 1 de la Charte canadienne. Les principes établis dans l'arrêt *Oakes* ont donc été appliqués.⁵⁷⁷ Il ne faisait nul doute que la convention collective avait été « consentie » par l'unité d'accréditation. Le litige portait donc clairement sur la dimension substantive de la restriction au droit à l'égalité *collectivement* consentie.

Les juges majoritaires ont rappelé qu'en règle générale, il n'est pas possible de renoncer par contrat à une garantie d'une loi sur les droits de la personne. Ils ont toutefois conclu, au terme de l'analyse générale développée dans

⁵⁷⁶ En tant que garantie potentiellement incluse dans le droit à la liberté protégé à l'article 7 de la Charte canadienne.

⁵⁷⁷ Cette comparaison doit bien-sûr tenir compte du fait que la loi est cause visait à réglementer les actes entre les particuliers, alors que la Charte canadienne, de nature constitutionnelle, vise les actions de l'État. *Dickason*, *supra* aux pp 1121-1124.

l'arrêt *Oakes*, que la clause de la convention collective constituait une restriction justifiée au droit à l'égalité. En conséquence, c'est bien une renonciation collective consentie par l'unité d'accréditation que les juges ont ainsi jugé être *justifiée*.

La raison essentielle fondant la conclusion des juges réside dans le caractère collectif des relations de travail dont la convention collective est issue. Les juges ont souligné que les conventions collectives sont généralement consenties dans un contexte davantage équitable que les contrats individuels de travail. L'équité ne peut toutefois se présumer de manière irréfragable. Il importe de s'assurer du caractère véritable libre des négociations ainsi que du pouvoir relativement égal des parties. Les juges ont affirmé qu'une convention collective ne pourrait témoigner d'une « équité inhérente » si elle était « injustement discriminatoire envers les minorités ».⁵⁷⁸ À notre avis, il est curieux de supposer que la discrimination envers un groupe de personnes minoritaires au sein de l'unité d'accréditation en raison de leur race, leur genre ou leur orientation sexuelle, par exemple, serait plus « injuste » qu'une discrimination envers un groupe minoritaire de personnes âgées. En outre, l'article 15 de la Charte canadienne ne crée pas de hiérarchie entre les différents motifs de discrimination, tous les motifs retenus étant inconstitutionnels. À tout événement, nous retenons pour les fins de notre démonstration le principe selon lequel une renonciation à un droit fondamental incluse dans un contrat a été justifiée par la mise en œuvre d'une norme comparable à celle de l'article 1 de la Charte canadienne.

Le précédent arrêt *McKinney* portait également sur une clause de retraite obligatoire incluse dans la convention collective d'une université. Toutefois, ce litige posait d'abord la question de l'applicabilité de l'article 15 de la Charte canadienne au cas d'espèce. La Cour suprême n'avait pas encore déterminé à l'époque si les universités étaient assujetties à la Charte. Le juge La Forest, avec l'accord du juge en chef Dickson et du juge Gonthier, a conclu par la négative à cette question. À son avis, les

⁵⁷⁸ Nos soulignements. *Ibid* à la p 1131.

universités ne peuvent être assimilées au « gouvernement » ou à l'action gouvernementale au sens de l'article 32 de la Charte canadienne.⁵⁷⁹

Malgré cette conclusion, le juge La Forest a poursuivi son analyse afin de déterminer si la politique de retraite obligatoire restreignait l'article 15, à supposer que la Charte canadienne serait applicable aux universités. Pour que l'article 15 s'applique, la discrimination alléguée doit découler de la « loi ». Le juge a qualifié ainsi la politique de retraite obligatoire de l'université. L'acceptation de la politique discriminatoire ne modifie en rien cette qualification de la politique à titre de loi visée par l'article 15. D'une part, il est loin d'être clair que l'on puisse toujours considérer une telle politique comme une « simple entente » qui réponde à ce que les employés « souhaitent vraiment ».⁵⁸⁰ D'autre part, même si la politique est bien *consentie*, une telle acceptation doit plutôt être retenue comme facteur à considérer pour décider si la violation au droit à l'égalité constitue une limite raisonnable au sens de l'article 1 de la Charte :

L'acceptation d'une obligation contractuelle pourrait peut-être, dans certaines circonstances, constituer une renonciation à un droit reconnu par la Charte, surtout dans un cas comme la retraite obligatoire qui n'impose pas seulement des obligations, mais qui procure aussi des avantages aux employés. Cependant, dans l'ensemble, je pense qu'une telle entente devrait normalement être justifiée comme une limite raisonnable au sens de l'article premier. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une convention collective, qui peut ou non gagner vraiment la faveur des employés victimes de la discrimination. En l'espèce, j'estime donc que les dispositions sur la retraite obligatoire constituent une loi même si elles sont tout autant désirées par les syndicats que par les universités.⁵⁸¹

⁵⁷⁹ *McKinney*, *supra* aux pp 261-276.

⁵⁸⁰ *Ibid* à la p 277.

⁵⁸¹ *Ibid* à la p 276.

Cette analyse portant sur la question précise de la contractualisation de la renonciation aux droits garantis par la Charte canadienne demeure particulièrement pertinente à notre démonstration. À supposer qu'une renonciation au droit à l'égalité ait été bel et bien consentie de manière libre et éclairée par des employés visés par une convention collective, une telle renonciation doit dans tous les cas être justifiée par la norme de l'article 1. Autrement formulé, ce « consentement » à une politique de retraite obligatoire *doit* être considéré comme toute autre limite involontaire au droit à l'égalité des employés. C'est pour cette raison que *dans tous les cas*, la politique est assimilée à une loi qui ne peut violer l'article 15 de la Charte canadienne sans que cette violation soit *justifiée* au sens de l'article 1.

En définitive, peu importe le cas de figure, la renonciation ne peut être distinguée de toute autre limitation aux droits constitutionnels quant à la nécessité qu'une telle limite soit justifiée par les valeurs et principes de la société libre et démocratique. Même dans le cas où un droit fondamental est l'objet d'une claire *contractualisation* selon laquelle le renonçant tire des « avantages », par exemple de nature économique, l'entente contractuelle doit être justifiée en vertu de l'article 1. Que la renonciation constitue une limitation consentie à un droit ne change rien à sa qualification en tant que limite visée par l'article 1.

Conclusion : La renonciation en tant que limite aux droits

Ce chapitre nous aura permis de cerner la problématique de la renonciation dans le contexte systémique de l'adjudication des droits et libertés constitutionnels par les tribunaux. Lorsqu'elle vise des droits et libertés pouvant être limités selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne, la renonciation constitue une *limite* volontaire au sens de cette disposition.

Nous avons argumenté la meilleure interprétation de ce que constitue véritablement le fait de *limiter* les droits et libertés dans une société libre et démocratique. La *priorité* de ces garanties fondamentales et leur enchâssement dans la Constitution se fonde sur les valeurs fondamentales à notre société qu'ils protègent. Les droits *prennent sens* en étant

interprétés continuellement à la lumière des principes et valeurs que notre société a choisi de prioriser. La conceptualisation des limites comme étant des restrictions postule que les droits et libertés peuvent être très largement définis *indépendamment* du processus selon lequel ils sont contextualisés dans la société libre et démocratique dont il est question à l'article 1 de la Charte canadienne. Concevoir les limites comme des violations aux droits signifie présumer que les valeurs protégées par ces droits ne seraient pas les mêmes que celles de notre société libre et démocratique. Cela est tout simplement incohérent avec l'idée même de droits et libertés *fondamentaux* ainsi qu'avec le libéralisme des droits qui caractérise le régime juridique de la Charte canadienne.

Cela dit, nous n'argumentons pas en faveur d'une modification de la forme du cadre analytique élaboré dans l'arrêt *Oakes*. En nous fondant sur la démonstration de Daniel Weinstock, nous avons plutôt précisé ce que les juges font véritablement, indépendamment du langage qu'ils utilisent pour décrire eux-mêmes ce qu'ils font, ou pensent faire. Cet exercice nous permet de mettre en lumière que la limitation d'un droit ne constitue pas uniquement ce qui est généralement compris comme constituant une *violation*. Certes, l'arrêt *Oakes* a été pensé dans la foulée du contexte historique où il y avait lieu de limiter toute action de l'État qui *viole* les droits fondamentaux. Si le choix d'un tel langage peut comporter des avantages symboliques certains, il éclipse du discours les cas où la limite résulte d'un choix autonome de l'individu. Une limitation à un droit peut être volontaire, elle peut être *renonciation*.

Cette compréhension approfondie des *limites* aux droits nous permet de suggérer une théorisation des différents contextes d'adjudication au sein desquels la problématique de la renonciation se soulève : (i) lorsqu'est mis en opposition le choix individuel du renonçant d'abdiquer une garantie fondamentale avec le choix collectif traduit dans une règle de droit de nature législative ; (ii) lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure une règle de *common law* de droit public permet d'opposer une renonciation explicite ou implicite au renonçant ; ou (iii) lorsqu'une ou des

personnes contractent individuellement ou collectivement des garanties protégées par la Charte canadienne. Pour chacun de ces contextes, nous démontrons comment la renonciation intervient en tant que *limite* dans le processus d'adjudication des droits. Cette théorisation ne prétend pas à la complétude et est appelée à évoluer avec le temps.

Notre contribution n'est donc pas que théorique. Il existe un intérêt pratique bien réel à identifier la renonciation en contexte d'adjudication. Le concept de renonciation est utile à la meilleure compréhension de plusieurs enjeux jurisprudentiels contemporains. Il met en lumière le rapport spécifique entre le choix individuel du renonçant et les valeurs de la société libre et démocratique. La renonciation au droit à la vie d'une personne invoquant que des règles législatives encadrant l'aide médicale à mourir briment son autonomie, ou la révocation d'un plaidoyer de culpabilité, par exemple, ne sont pas que des questions de consentement *individuel*.

Même lorsque l'individu contracte ce qu'il considère être *ses* droits fondamentaux, il ne peut échapper au « contrat constitutionnel ».⁵⁸² Autrement formulé, s'il est possible de renoncer à un droit constitutionnel, il n'est pas possible de renoncer à la Charte canadienne elle-même. Il en va

⁵⁸² Sans nous prononcer sur la pertinence véritable de toute théorie du contrat social en l'espèce, nous posons le constat de celle-ci ne pourrait faire échec à notre conclusion. Cette conclusion demeure vraie, peu importe que l'idée de contrat social soit comprise comme un cas spécifique de l'idée de raison universelle chez Kant ou qu'elle soit fondée sur un consentement hypothétique formulé dans la position originelle de Rawls, par exemple. En outre, notons que Onora O'Neill défend l'idée que Kant ne peut être considéré que comme un contractualiste dans la mesure où sa conceptualisation du contrat social repose sur l'idée de raison et le principe de justice universelle. Selon elle, Kant n'aurait pas dit qu'un *consentement* hypothétique, même d'individus supposés rationnels, constitue la pierre angulaire pour justifier une constitution et ainsi fixer les termes du contrat social. Onora O'Neill, « Kant and the Social Contract tradition » dans *Constructing Authorities – Reason, Politics and Interpretation in Kant's Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 170. Au contraire, Rawls avait fondé sa célèbre théorie de la justice sur une lecture de Kant en tant que contractualiste : « My aim is to present a conception of justice which generalises and carries to a higher level of abstraction the familiar theory of the Social Contract as found, say, in Locke, Rousseau and Kant ». John Rawls, *A Theory of Justice*, *supra* à la p 11 cité dans O'Neill, *ibid* à la p 171.

de l'impératif de la *rule of law* que nous approfondirons au prochain chapitre.

En définitive, cerner et interpréter la renonciation en tant que limite volontaire est nécessaire tout autant à la théorie et à la pratique en matière d'adjudication des droits et libertés constitutionnels. Sans le concept de renonciation, c'est le rapport à la société elle-même qui se trouve en quelque sorte éclipsé du raisonnement. Il s'agit d'une perte non négligeable... et injustifiée.

Lorsqu'elle a pour objet des droits et libertés pouvant être limités selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne, la renonciation constitue une limite volontaire. À partir de ce point, il n'y a qu'un pas à franchir pour démontrer que comme toute limite, la renonciation *doit* être justifiée selon la norme de l'article 1. Il en va du respect de la *rule of law*. Cette démonstration ne saurait toutefois être prise à la légère.

Nous approfondissons ci-après le principe de la *rule of law*, lequel exige notamment d'assurer l'intégrité et la cohérence du droit. Cette démonstration nous permet de fonder ensuite notre analyse des raisons qui justifient l'ouverture à la renonciation comme ses limites. Ces raisons sont constituées des valeurs et principes non écrits dont la normativité façonne l'architecture constitutionnelle de la renonciation.

4.1 L'impératif de la *rule of law*

Affirmer que le respect de la *rule of law* s'impose à la résolution de toute problématique *juridique* est un truisme. L'adjudication des droits et libertés constitutionnels en contexte de renonciation ne peut donc échapper à l'impératif de la *rule of law*. Cela dit, quelles conclusions plus précises quant à notre démonstration peut nous révéler la tâche d'approfondir le concept de la *rule of law* ?

Nous rappelons ci-après que respecter la *rule of law* nécessite de respecter le principe d'intégrité. Celui-ci assure et *exige* la cohérence du droit. Il en va de la légitimité fondamentale du droit ainsi que de celle du pouvoir judiciaire en particulier. Nous approfondissons ensuite les fondements philosophiques et juridiques du principe d'intégrité, lequel repose sur la reconnaissance du concept de communauté raisonnée de valeurs et de principes. Nous démontrons enfin que puisque la *rule of law* impose la

cohérence et le maintien de l'intégrité du droit, la renonciation *doit* être justifiée comme toute autre limite aux droits.

4.1.1 De la nécessaire légitimité au principe d'intégrité

La question de la légitimité du droit est incontournable. Pourquoi et comment le droit peut-il avoir l'autorité morale qui justifie l'exercice du pouvoir coercitif par l'État ? Une conceptualisation correcte de la *rule of law* doit pouvoir expliquer et justifier l'action étatique. La question de la légitimité du droit est ainsi directement liée à celle de la légitimité du pouvoir de l'État... dans un État de droit.

Nous expliquons ci-après que la légitimité du droit réside dans le principe d'intégrité de celui-ci (*integrity of law*)⁵⁸³. C'est ce principe qui fonde la légitimité de l'action de l'État dans son ensemble, incluant en particulier l'action législative, ainsi que le processus selon lequel le droit et *les* droits font l'objet d'adjudication par les tribunaux.

4.1.1.1 L'intégrité de l'État

Un État est légitime si sa structure constitutionnelle, ses actions et pratiques sont telles que les citoyens ont une obligation *générale* d'obéir aux décisions politiques qui leur imposent des devoirs.⁵⁸⁴ Une telle légitimité n'est possible que si les actions et pratiques de l'État sont régies de manière à respecter le principe de *cohérence* ou d'intégrité du droit. Ce dernier est fondamental au respect de la *rule of law* et de l'État de droit.

Il est bien connu que la cohérence est nécessaire au maintien du respect de la *rule of law*. Le droit ne peut être formé de n'importe quel ensemble de règles et de normes éparses, choisies et adoptées de manière arbitraire. Le

⁵⁸³ Voir générale Dworkin, « Integrity » dans *Law's Empire*, *supra* aux pp 176-224.

⁵⁸⁴ Cette obligation *générale* ne signifie pas toutefois qu'il ne puisse y avoir des exceptions. Une telle légitimité ne confère pas à un gouvernement l'autorité morale d'imposer n'importe quel devoir aux citoyens, ou encore que ces derniers aient l'obligation d'obéir à chacune des décisions qu'il prend. *Ibid* à la p 191. En outre, la désobéissance civile peut dans certains cas exceptionnels être justifiée. Voir nos commentaires à la pp 260-261 et 264.

droit doit former un tout cohérent. De quelle manière le droit doit-il toutefois être cohérent ? Et avec qui ou avec quoi le droit est-il obligé à la cohérence ?

L'obligation de cohérence concerne l'État de droit dans son ensemble. Elle doit fonder l'action légitime de l'État à la fois en matière législative et en matière judiciaire. Le principe de l'intégrité législative de Dworkin demeure souvent dans l'ombre du principe mieux connu de l'intégrité jurisprudentielle. Pourtant, ces deux principes sont interreliés. En outre, on ne peut bien comprendre la responsabilité des juges devant interpréter le droit de manière cohérente si cette responsabilité n'est pas située plus globalement dans la nécessité de cohérence de l'État de droit.

Dans un monde idéal – utopique – le principe d'intégrité serait superflu. Dans un tel monde, la cohérence du droit serait assurée parce que toute personne titulaire d'une charge ou d'un pouvoir public exercerait sa fonction de manière parfaitement juste et équitable. Or, dans le *vrai* monde, les convictions des personnes exerçant les pouvoirs publics de l'État sont souvent divergentes quant à ce qui est juste et équitable. Ces convictions peuvent également entrer en contradiction avec le principe d'intégrité qui, si on accepte sa légitimité, doit ultimement justifier la manière dont les pouvoirs de l'État sont exercés.

Selon Dworkin, l'équité (*fairness*) concerne les différentes pratiques et procédures distribuant le pouvoir politique. Il s'agit notamment des modèles et procédures en matière électorale. L'équité porte dans ce contexte sur le pouvoir politique ainsi que sur les rapports entre les citoyens avec leurs représentants au sein d'une communauté politique en particulier. Elle s'évalue selon l'influence plus ou moins égale et *équitable* des membres de la communauté dans le cadre de ce rapport de pouvoir, de représentativité et de reddition de compte qu'il existe entre gouvernants et gouvernés.⁵⁸⁵ L'équité ainsi comprise diffère donc de celle dont il est question en matière judiciaire, lorsqu'il est question par exemple du *droit*

⁵⁸⁵ Dworkin, « Integrity » dans *Law's Empire*, *supra* à la p 164.

à un procès équitable⁵⁸⁶. Pour éviter toute confusion, nous poursuivrons donc en employant le mot original « fairness ».

La justice concerne plutôt les décisions substantives des différentes institutions politiques, que celles-ci aient été prises de manière équitable ou non. À cet égard, notons que la théorie générale et substantielle de la justice de Dworkin apparaît dans sa forme la plus aboutie dans son ouvrage *Justice for Hedgehogs*. Celui-ci est paru environ 25 ans après *Law's Empire*, dans lequel le philosophe a développé sa théorie du droit comme intégrité. Alors que les premiers travaux de Dworkin ont abordé la justice dans le cadre d'une entreprise essentiellement descriptive à l'égard de la pratique judiciaire, ses derniers travaux la fondent de manière beaucoup plus affirmée et prescriptive sur la morale.⁵⁸⁷

Pour les fins de notre propos immédiat, nous retenons que les acteurs détenteurs des pouvoirs politiques publics peuvent avoir des convictions différentes sur ce qui participe au mieux à l'équité comme *fairness* et à la justice. Ces convictions peuvent aussi être en contradiction avec la cohérence. En contexte judiciaire, une juge peut par exemple être d'avis qu'il n'est pas juste qu'une personne obtienne un certain dédommagement dans un cas en particulier. Si l'ensemble des précédents juridiques donnent toutefois ce droit à cette personne, la juge devra appliquer *le* droit avec cohérence et accorder la réparation.⁵⁸⁸

Dans la sphère politique, les conflits entre des idéaux tels l'équité comme *fairness* et la justice sont communs. En outre, nous pouvons accepter que la règle de la majorité⁵⁸⁹ est équitable pour fonder le processus électoral démocratique selon lequel les membres des assemblées législatives sont

⁵⁸⁶ Para 11d) de la Charte canadienne.

⁵⁸⁷ Nous approfondirons à la section 4.1.2 les fondements de la responsabilité morale de l'interprète du droit, lequel doit diriger ses actions selon ses convictions éthiques et morales.

⁵⁸⁸ *Ibid* aux pp 176-177.

⁵⁸⁹ Cette majorité peut toutefois être atténuée par une certaine forme de représentation proportionnelle.

désignés. Ces assemblées législatives formées équitablement peuvent toutefois effectuer des choix et prendre des décisions touchant les droits des individus qui ne sont pas justes. Est-ce alors ce qui équitable ou ce qui est juste qui doit prévaloir ?

C'est dans ces cas – fort fréquents dans le monde réel – que la valeur de l'intégrité est mise en lumière. L'État a l'obligation d'agir équitablement et avec justice envers tous, mais il a surtout un *devoir de cohérence* envers les gouvernés. En effet, l'État ne peut exercer de manière pleinement légitime son pouvoir à l'égard des gouvernés que s'il traite ceux-ci de manière véritablement *égale*. C'est donc par *respect* pour le devoir de traiter tous les citoyens de manière équitable et juste que le principe de cohérence doit prévaloir :

It requires government to speak with one voice, to act in a principled and coherent manner toward all its citizens, to extend to everyone the substantive standards of justice or fairness it uses for some.⁵⁹⁰

En développant l'idée que l'État doit traiter l'ensemble des gouvernés de manière égale, Dworkin entend dépasser la simple maxime selon laquelle « we must treat like cases alike⁵⁹¹ ». Il développe plutôt le principe d'*intégrité politique*. Traiter avec intégrité l'ensemble des citoyens de manière équitable et juste signifie que chaque cas ne peut être décidé sur ce qui apparaît *isolément* comme étant juste ou équitable en l'espèce. Dans le cas contraire, il peut en découler une iniquité ou une injustice entre différents membres de la même communauté politique. Nous verrons à la sous-section 4.1.2.2 que ce lien spécifique entre l'ensemble des membres de la communauté légitimise d'ailleurs le fait que ceux-ci doivent être considérés *dans leur ensemble* de manière équitable et juste.

⁵⁹⁰ Nos soulignements. *Ibid* à la p 165.

⁵⁹¹ *Ibid*.

Il importe par ailleurs de distinguer le principe d'intégrité de l'uniformité⁵⁹² et de l'immutabilité. Il serait contraire au respect des standards de la communauté politique personnifiée actuelle que d'interpréter le principe d'intégrité comme étant figé dans le temps. En d'autres termes, mettre réellement en œuvre le principe d'intégrité signifie parfois de se distancier « from a narrow line of past decisions in search of fidelity to principles conceived as more fundamental to the scheme as a whole⁵⁹³ ».

L'intégrité politique est un troisième principe qui *surpasse* l'équité comme *fairness* et la justice considérés isolément. Cela signifie que chaque cas d'espèce où il y a apparence de conflit entre l'équité comme *fairness* et la justice ne doit pas être tranché sur la base de n'importe quel compromis politique. La cohérence a une valeur allant au-delà de la recherche pragmatique de ce qui est juste ou équitable.

Le « compromis » qui doit être évité est celui qui vise strictement à *ménager la chèvre et le chou*. Il s'agit du compromis qui consiste en une décision d'opportunité plutôt que de principe, qui est un choix circonstanciel et arbitraire plutôt que réfléchi et *cohérent*. Dans les mots de Dworkin, les lois qui se fondent sur de tels compromis arbitraires constituent des « checkerboard laws⁵⁹⁴ ». Ce type de compromis politique survient en outre lorsque les gouvernants fondent leurs décisions sur la popularité d'une idée dans les médias ou au regard des sondages. S'il existe un désaccord dans la population quant à l'avortement, devrait-on *couper la poire en deux* et mettre fin à son financement public sans le criminaliser, laissant ainsi les lois économiques du marché la tâche de départager qui aura droit à un avortement ou non⁵⁹⁵ ? S'il existe un désaccord dans la population quant à l'accès à l'aide médicale à mourir, devrait-on

⁵⁹² Notons que la formulation anglophone « consistency », laquelle peut désigner « cohérence », est davantage source de confusion que la formulation francophone.

⁵⁹³ Nos soulèvements. Dworkin, *Law's Empire*, *supra* à la p 219.

⁵⁹⁴ *Ibid* à la p 179.

⁵⁹⁵ Il s'agit d'une des propositions de l'organisation contre l'avortement « Right Now ». Voir « Defunding abortion », Right Now [En ligne : https://www.itstartsrighnow.ca/defunding_abortion]

simplement adopter une loi qui se trouve à *mi-chemin* entre les positions de ceux qui sont en faveur d'une plus ou moins grande ouverture ? Poser ces questions explicitement, c'est un peu y répondre.

Or, nous serions en contradiction avec notre propre propos si nous nous contentions de soumettre ainsi certains exemples de compromis arbitraires. Que notre instinct nous motive à rejeter les exemples que nous avons suggérés n'est pas suffisant. Nous devons *justifier* en quoi de tels compromis sont inacceptables. Pourquoi ne pourraient-ils pas être qualifiés d'exercice stratégique, voire mature, de la politique ? Pourquoi ne seraient-ils pas pleinement justifiés par le principe de *fairness* ? Après tout, une loi qui reflète *un peu* ce que chaque groupe de citoyens pense d'une question politique est plus équitable qu'une loi qui est adoptée strictement pour mettre en œuvre l'idéologie de la majorité, par exemple. L'équité en tant que *fairness* ne permet donc pas de rejeter d'entrée de jeu ce type de compromis politiques.⁵⁹⁶

Les compromis politiques arbitraires doivent-ils être plutôt rejetés sur le fondement du principe de justice ? Supposons que nous définissions la justice comme une stricte question de résultat. Selon une telle conceptualisation, une décision serait injuste « when it denies people some resource, liberty, or opportunity that the best theories of justice entitle them to have⁵⁹⁷ ». Une décision politique pourrait alors causer une injustice même si elle a été prise en suivant une procédure équitable. À nouveau, l'instinct semble donc nous indiquer que les compromis politiques arbitraires sont incompatibles avec un tel principe de justice. À y regarder de plus près toutefois, il se peut que certains compromis participent *davantage* de la justice ainsi définie.

Dworkin explique qu'il ne faut pas cas confondre deux choses : (i) le fait qu'il puisse exister des raisons fondées sur la justice pour *préférer* au compromis politique une décision tout à fait en ligne avec la meilleure

⁵⁹⁶ Dworkin, *Law's Empire*, *supra* à la p 179.

⁵⁹⁷ *Ibid* à la p 180.

théorie substantive de la justice qui soit et (ii) le fait qu'il existe des raisons fondées sur la justice pour *rejeter* les compromis politiques. Si on retient par exemple qu'une théorie de la justice fonde l'idée que toute personne devrait pouvoir obtenir une aide à mourir, peu importe les circonstances, alors le compromis politique selon lequel l'aide médicale à mourir est possible uniquement dans certains cas constitue un résultat qui est meilleur et *plus juste* qu'une interdiction législative absolue. À l'inverse, si on retient qu'une théorie de la justice ne devrait permettre aucune aide à mourir, le compromis politique demeure meilleur et plus juste qu'une loi qui permettrait l'aide médicale à mourir dans tous les cas et dans n'importe quelles circonstances. Dans les deux cas, il existe des raisons fondées sur la justice pour *préférer* le compromis – même arbitraire – plutôt qu'un modèle décisionnel du *tout ou rien*.⁵⁹⁸

Existe-t-il des raisons fondées sur la justice pour *rejeter* à l'avance un modèle politique décisionnel qui produirait des compromis – même savamment *calculés* – plutôt que des décisions fondées sur des principes ? C'est bien vers le principe d'intégrité qu'il faille se tourner pour répondre à cette question. À l'époque où il a écrit *Law's Empire*, Dworkin donnait en exemple la découverte de Neptune pour illustrer comment la raison doit nous mener à reconnaître la nécessité du concept d'intégrité. Les scientifiques furent convaincus de l'existence de cette nouvelle planète avant qu'elle ne fût aperçue, puisqu'il s'agissait de la seule explication possible au comportement des autres planètes en orbite à proximité. « Our instincts about internal compromise suggest another political ideal standing beside justice and fairness. Integrity is our Neptune.⁵⁹⁹ »

L'intégrité est la justification qui nous permet de rejeter un modèle décisionnel selon lequel l'État ne fonderait pas ses décisions sur des principes moraux, mais plutôt sur tout autre calcul politique. L'intégrité

⁵⁹⁸ *Ibid.* Dans un tel exemple, il existe donc des motifs à la fois fondés sur la justice et l'équité en tant que *fairness* de préférer le compromis : « Allowing each of two groups to choose some part of the law [...], in proportion to their numbers, is fairer (in our sense) than the winner-take-all scheme [...] ». *Ibid* à la p 179.

⁵⁹⁹ *Ibid* à la p 183.

explique en quoi la légitimité de l'État *de droit* repose sur une conceptualisation *intégrée* notamment de l'équité comme *fairness* au sens procédural ainsi de la justice substantive. C'est finalement la nature du droit lui-même ainsi que son rapport avec la morale qui nous permet de sortir du conflit apparent entre la *procédure* et la *substance* du droit.

En effet, la distinction artificielle entre droit et morale représente les enjeux normatifs propres à ceux-ci au sein de deux systèmes distincts. La *procédure* selon laquelle le droit serait créé selon cette conceptualisation est tout à fait distincte du *contenu* du droit lui-même. Or, les faux dilemmes et les conflits *créés* par cette construction conceptuelle se dissolvent lorsque le droit est correctement compris comme étant nécessairement interconnecté à la morale :

But once we reject the two-systems model, and count law a distinct part of political morality, we must treat the special structuring principles that separating law from the rest of political morality as themselves political principles that need a moral reading.⁶⁰⁰

Ainsi que l'a démontré Dworkin en outre dans *Justice for Hedgehogs*, l'objet d'interprétation qu'est le droit fait en vérité partie de la morale politique, laquelle est un sous ensemble de la morale en général. C'est par leur institutionnalisation que les règles et principes juridiques se distinguent des autres règles et principes moraux. Cette institutionnalisation se traduit dans la pratique législative comme dans la pratique judiciaire. Chaque acteur exerçant les pouvoirs publics de l'État a la responsabilité éthique et morale d'interpréter et de créer le droit de manière juste et équitable.

Le principe de cohérence exige que les détenteurs des pouvoirs publics exercent leurs pouvoirs de manière cohérente avec les principes et

⁶⁰⁰ Dworkin. *Justice for Hedgehogs*, *supra* à la p 413.

standards de la communauté politique personnifiée.⁶⁰¹ Ces standards communs doivent être révélés et interprétés, autant que possible, de manière à exprimer une seule conceptualisation cohérente de l'équité (*fairness*) et de la justice dans les rapports juridiques entre l'État et les personnes.⁶⁰²

Dans cette perspective, les décisions de l'État n'ont pas à traduire des « compromis » entre le droit et la morale. Elles doivent se fonder sur une interprétation globale et cohérente notamment de ce qui est équitable et juste, c'est-à-dire de ce qui est *moral*.⁶⁰³ Que le principe de cohérence soit fondamental à la *rule of law* ne signifie pas qu'il soit toujours mis en œuvre parfaitement. Cela signifie qu'il fonde un *devoir* fondamental des agents exerçant les pouvoirs de l'État *de droit*.

4.1.1.2 L'intégrité jurisprudentielle

Le principe d'intégrité jurisprudentielle découle du principe général d'intégrité du droit. Celui-ci a trait plus particulièrement au rôle des tribunaux dans l'interprétation continue du droit, laquelle se doit d'être cohérente. Comme dans le cas du principe général d'intégrité, l'obligation de cohérence quant à l'interprétation judiciaire du droit est liée à la légitimité des juges dans l'exercice de leurs pouvoirs.

Le principe d'intégrité en matière d'adjudication des droits se fonde sur le principe suivant lequel les juges n'ont le pouvoir judiciaire qu'ils ont que parce qu'ils mettent en œuvre et garantissent les valeurs et principes de la communauté politique personnifiée. Cette communauté regroupe

⁶⁰¹ Cela ne signifie pas qu'il ne puisse exister des cas où la justice ne puisse être préférée à l'intégrité, si la pleine cohérence est impossible. *Ibid* à la p 218.

⁶⁰² « Integrity demands that the public standards of the community be both made and seen, so far as possible, to express a single, coherent scheme of justice and fairness in the right relation. » Dworkin. *Law's Empire*, *supra* à la p 219.

⁶⁰³ Voir généralement « Law » dans Dworkin. *Justice for Hedgehogs*, *supra*, chap 19 aux pp 400-416. Voir aussi la sous-section 4.1.2.

l'ensemble des gouvernés, situés dans leurs rapport avec l'État et les différents pouvoirs publics en matière de gouvernance.⁶⁰⁴

La légitimité du pouvoir des juges ne se fonde évidemment pas sur leur agentivité en tant qu'individus, mais bien sur le statut de leur fonction au sein du système juridique par rapport auquel ils sont habilités à exercer leur autorité. Les juges ne peuvent interpréter le droit et décider de questions juridiques sur le fondement de leurs convictions individuelles par rapport à ce qui est équitable et juste. Ils ont le *devoir* d'exercer leurs pouvoirs découlant de leur rôle spécifique de manière légitime, c'est-à-dire de manière cohérente avec les valeurs et principes de la communauté dont ils relèvent.⁶⁰⁵ Nous avons vu que cette manière de légitimer le pouvoir des juges repose en définitive sur la légitimité du droit lui-même, et son lien inévitable avec la morale.

Pour déterminer si une affirmation ou une proposition est vraie *en droit*, la juge doit déterminer si elle correspond à la meilleure interprétation possible de la pratique juridique de la communauté par rapport à laquelle elle exerce son autorité. Cette *meilleure* interprétation est celle qui correspond à la meilleure lecture de l'ensemble des principes applicables relevant de l'équité comme *fairness*, l'équité procédurale en matière judiciaire et la justice substantive. Par exemple, déterminer si un plaidoyer de culpabilité consenti sans consentement libre et éclairé constitue une erreur judiciaire dans un cas en particulier consiste donc essentiellement à déterminer « whether legal practice is seen in a better light if we assume the community as accepted [that] principle⁶⁰⁶ ».

⁶⁰⁴ La sous-section 4.1.2 explique comment cette communauté est conceptualisée à titre d'agent moral.

⁶⁰⁵ « The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author – the community personified – expressing a coherent conception of justice and fairness. » Dworkin. *Law's Empire*, *supra* à la p 225.

⁶⁰⁶ *Ibid* à la p 226.

La métaphore de Dworkin qui compare l'interprétation du droit à l'écriture d'un roman à la chaîne (*the chain of law*⁶⁰⁷) est bien connue. Le droit comme intégrité n'est pas une théorie conventionnelle figée dans le temps qui considère le droit comme un pur fait historique, ni encore un programme instrumental pragmatique faisant fi de toute continuité avec le passé et de toute cohérence. Le droit comme intégrité s'extirpe de l'ancien débat visant à savoir si les juges *trouvent* ou *inventent* le droit : « they do both and neither⁶⁰⁸ ».

Le principe d'intégrité jurisprudentielle dans l'adjudication des droits est plus fondamentalement interprétatif que ne le sont les approches du conventionnalisme et du pragmatisme. Ces approches *prétendent* parfois à l'herméneutisme, mais elles ne le sont pas vraiment. Certes, l'approche conventionnelle exige des juges qu'ils « interprètent » certains documents historiques de nature juridique. Il pourra par exemple s'agir de vérifier dans la traduction de débats parlementaires quelle *décision* a été prise d'un point de vue strictement historique. Le travail interprétatif est dans ce contexte fort limité. Si une juge se croit liée par le conventionnalisme, elle n'interprètera pas cette décision à la lumière de l'ensemble des principes juridiques qui lui sont pertinents afin de décider comment appliquer ou déterminer la portée concrète de cette décision dans un cas d'espèce. Du moins, la juge n'effectuera pas une telle interprétation explicitement.

Le pragmatisme amène plutôt la juge à réfléchir de manière instrumentale afin de déterminer quelle est la meilleure manière de trancher un cas pour le futur, ce sans égard pour les cas passés et le principe de cohérence. Certes, cette approche peut nécessiter une forme d'interprétation du droit qui aille au-delà de la stricte lecture *matérielle* prônée par l'approche conventionnelle. Le rôle d'interprétation demeure toutefois très limité : la juge n'accomplit pas la tâche d'interpréter la pratique juridique dans son

⁶⁰⁷ Voir Dworkin. *Law's Empire*, *supra* aux pp 228-238.

⁶⁰⁸ *Ibid* à la p 225.

ensemble, c'est-à-dire en considérant ses règles, valeurs et principes *comme un tout*.⁶⁰⁹

C'est donc à un processus beaucoup plus exigeant et complet du point de vue de la *rule of law* que le principe d'intégrité convie l'exercice du pouvoir judiciaire. Le droit comme intégrité se distingue des autres approches : « it is both the product of and the inspiration for comprehensive interpretation of legal practice⁶¹⁰ ». L'interprétation n'est pas dans ce cas une activité simplement accessoire ou contingente. Elle est le *fondement* de la pratique juridique. Cela est particulièrement vrai dans les cas difficiles. La juge a alors le devoir de proposer une interprétation constructiviste de l'ensemble des droits et devoirs des personnes qui représente le mieux la structure politique et morale de la communauté.⁶¹¹ Une juste compréhension de ce devoir de la juge repose donc sur une analyse plus approfondie de la communauté raisonnée de valeurs et de principes qui fonde la légitimité de ses pouvoirs.

4.1.2 Une communauté raisonnée de valeurs et de principes

La *rule of law* est nécessairement liée au principe d'intégrité, lequel se fonde sur le concept de communauté personnifiée décrit par Dworkin.⁶¹² Interpréter le droit de manière à respecter le principe d'intégrité signifie de formuler une interprétation qui soit cohérente avec les valeurs et principes de cette communauté. Nous avons vu que là réside le fondement de la légitimité des pouvoirs exercés par les gouvernants à l'égard des gouvernés, ce qui est valable pour tout agent de l'État comme pour les juges en particulier. La communauté doit être comprise *comme un tout* ayant une responsabilité commune quant au respect de la justice et de l'équité.

Comment pouvons-nous toutefois en arriver à personnifier ainsi une communauté ? Et pourquoi une telle personnification serait-elle justifiée ?

⁶⁰⁹ *Ibid* à la p 226.

⁶¹⁰ *Ibid*.

⁶¹¹ Pour un résumé de l'argumentation, voir *Ibid* aux pp 254-258.

⁶¹² Voir « Community personified » dans Dworkin. *Law's Empire*, *supra* aux pp 167 et suiv.

Autrement formulé, en quoi une telle conceptualisation est-elle valable et quels sont ses fondements ? Pour répondre à ces questions, il importe de revenir d'abord sur le principe d'autonomie chez Kant. Celui-ci est lié aux principes de responsabilité éthique et morale des agents autonomes. Ces principes éthiques et moraux fondent ensemble le concept de communauté politique chez Dworkin. Cette analyse démontre qu'il est vrai d'affirmer que c'est bien de la communauté *raisonnée* de valeurs et de principes que les pouvoirs des gouvernants tirent leur légitimité.

4.1.2.1 Du principe d'autonomie chez Kant à la responsabilité morale

La personnification attribuée par Dworkin à la communauté politique est en réalité une illustration de l'*agentivité* éthique et morale de cette dernière. Cette agentivité peut ainsi être attribuée à la communauté en nous fondant sur le principe d'autonomie chez Kant. C'est de ce principe que découlent les principes de responsabilité éthique et morale des individus ainsi que de la *communauté* considérés comme des agents autonomes.

Nous avons précédemment décrit en quoi le concept d'autonomie chez Kant constitue une forme d'autonomie fondée sur des principes.⁶¹³ L'autonomie véritable est comprise comme la liberté des agents de se gouverner librement selon une raison universelle, c'est-à-dire selon des principes moraux universalisables. Les personnes sont présumées libres et conséquemment capables de cette agentivité dans cette conceptualisation représentant un idéal liant ensemble autonomie et raison humaine. L'autonomie véritable est ainsi *devenue morale* depuis Kant.⁶¹⁴

L'autonomie de la volonté est le principe ultime de la morale. Les personnes sont présumées à la fois douées de raison et libres, ces deux attributs étant indissociables. C'est parce qu'elles sont des êtres rationnels qui peuvent se gouverner selon des principes moraux valables que les

⁶¹³ Voir généralement la sous-section 2.2.2.2.1.1 « L'autonomie objective fondée sur des principes ».

⁶¹⁴ O'Neill. « Autonomy: The Emperor's New Clothes », *supra* à la p 6.

personnes sont libres et autonomes. Les personnes sont ainsi considérées comme ayant une *agentivité* morale.

Les personnes ne sont donc pas des *sujets* de la morale. Elles sont des *agents* moraux. Autrement formulé, les personnes sont des *traductrices* des règles et principes moraux. Cette traduction s'opère par la capacité d'auto-législation des individus, lesquels peuvent et doivent s'imposer librement de se gouverner selon des règles et principes moraux valables.⁶¹⁵

Or, prendre des décisions et agir en se fondant sur des principes moraux se distingue nécessairement d'orienter ses actions selon n'importe quel désir ou instinct. De plus, un principe ne peut être véritablement valable moralement s'il ne correspond à aucune forme de rationalité *commune*. Tout ne peut évidemment être moral ou immoral selon tout point de vue, auquel cas il n'y aurait aucun horizon moral.

D'un point de vue kantien, les principes moraux valables qui peuvent véritablement fonder les actions des personnes autonomes sont donc ceux qui sont dits généralisables ou universels. L'idée essentielle réside dans le *sens commun* que doivent avoir de tels règles et principes moraux. Autrement formulé, ceux-ci doivent relever d'une morale *partagée*. L'idée fondamentale du principe d'auto-législation des agents moraux autonomes de Kant réside donc dans l'appartenance à une *communauté morale*.⁶¹⁶

Le lien nécessaire entre autonomie et morale partagée suffit à tracer naturellement la voie vers le concept de communauté personnifiée chez Dworkin. Cela dit, la démonstration gagne à être également soutenue en mettant davantage en lumière le *processus* par lequel les individus en tant qu'agents autonomes viennent à former une *communauté* morale à laquelle il peut être attribué une agentivité. Ce processus est celui qui mène du

⁶¹⁵ Sur la maxime d'auto-législation morale chez Kant, voir notamment Kant. *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *supra* à la p 95.

⁶¹⁶ Voir Rawls. *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, *supra* à la p 203.

devoir éthique des personnes vers la responsabilité morale à la fois individuelle et commune.

Pour approfondir les liens entre éthique et morale, il nous faut pleinement intégrer à notre réflexion sur l'autonomie le principe de dignité humaine. C'est de leur liberté que les personnes tirent leur dignité, et nous savons que cette liberté est fondée sur la capacité de raison des personnes considérées comme agents moraux et non sujets de la morale. La dignité est donc intrinsèque à chaque personne humaine. Elle est inaliénable.

La liberté est la condition première de notre humanité, ce qui la rend également inaliénable. Rappelons d'ailleurs que lorsque Kant affirme que l'autonomie ne peut fonder n'importe quel choix, comme par exemple la décision de s'enlever la vie, ce n'est pas parce que c'est la valeur de la vie qui est absolue. N'importe quelle vie sans dignité n'est pas une fin en soi. Ce sur quoi insiste Kant, c'est l'idée qu'invoquer sa liberté ne peut *suffire* à justifier le choix de s'enlever la vie puisque la vie est une *condition de la liberté*. Or, la morale et l'autonomie sont supérieures à la vie.⁶¹⁷ En définitive, ce qui est véritablement inviolable est l'humanité en chaque personne.⁶¹⁸

La liberté correctement comprise *est* dignité. C'est ainsi que le principe d'auto-législation de Kant n'en est pas un qui contraint les personnes. Il ne s'agit pas de s'astreindre à une dénégarion de soi-même au nom d'une loi morale, mais bien de s'affirmer en tant qu'*agent traducteur de la morale*. Ce qui peut sembler *a priori* être un devoir de céder une part de soi est en réalité une morale de l'affirmation de soi. Certes, cette unification de l'éthique et de la morale effectuée par Kant peut sembler obscure. C'est que celle-ci a lieu dans le monde *nouménal*⁶¹⁹ :

⁶¹⁷ Kant. *Leçons d'éthique*, *supra* à la p 274.

⁶¹⁸ *Ibid* à la p 273.

⁶¹⁹ Selon la métaphysique de Kant, le monde *phénoménal* est le monde que nous occupons. Il s'agit du monde de la science. Nous habitons également le monde *nouménal*, lequel constitue

Kant's unification of ethics and morality is obscure because it takes place in the dark: in what he called the noumenal world, whose content is inaccessible to us but which is the only realm where ontological freedom can be achieved.⁶²⁰

Selon Kant, la liberté réelle qui puisse fonder l'autonomie et la morale n'existerait donc que dans le monde nouménal. C'est pourquoi la responsabilité et le déterminisme seraient incompatibles. Or, Dworkin a argumenté de manière convaincante qu'il est possible d'unir l'éthique et la morale en évitant cette impasse métaphysique. Une personne peut atteindre la dignité et le respect de soi qui sont indispensables à une vie réussie uniquement si elle respecte l'humanité elle-même sous toutes ses formes. Combiné au principe de Hume selon lequel la morale est indépendante⁶²¹, cette interprétation de Kant fonde une conceptualisation unissant l'éthique et la morale.⁶²²

Les définitions respectives de l'éthique et de la morale ne doivent pas être confondues. L'éthique réfère aux règles et principes selon lesquels une personne doit se gouverner elle-même pour vivre une vie bonne. Il s'agit donc d'un rapport avec soi. Ainsi, la responsabilité éthique est celle qui a trait au devoir de chacun de mettre en œuvre *par rapport à soi-même* ces standards. La morale porte plutôt sur les standards selon lesquels les individus se gouvernent entre eux. La responsabilité morale des personnes est donc fondée sur le devoir de chacun de mettre en œuvre les règles et principes moraux *par rapport aux autres*.⁶²³

Au-delà des étiquettes, l'importance de distinguer les deux concepts permet de poser la question suivante : Notre désir de mener une vie bonne, c'est-à-dire une vie que nous considérons pleinement valable pour nous-mêmes,

le monde *tel qu'il est* et non *tel qu'il nous apparaît*. Ce serait donc uniquement dans le monde nouménal que nous serions à l'abri du déterminisme.

⁶²⁰ Dworkin. *Justice for Hedgehogs*, *supra* à la p 19.

⁶²¹ Sur le principe de Hume, voir aussi nos commentaires à la p 175.

⁶²² *Ibid* à la p 267.

⁶²³ *Ibid* à la p 191.

constitue-t-il une raison justifiant d'être préoccupés par nos devoirs envers les autres ? ⁶²⁴ Dans la mesure où l'éthique est comprise comme un *idéal*, il nous faut répondre par l'affirmative. Or, c'est justement ce que propose la conceptualisation kantienne de l'autonomie comme idéal justifiant l'ensemble de sa théorie morale. ⁶²⁵

La dignité humaine est inviolable. Elle commande donc le respect. Or, nous ne pouvons véritablement respecter notre propre humanité si nous ne respectons par l'humanité sous toutes ses formes, c'est-à-dire l'humanité en chaque personne. L'humanité est partagée. C'est ce principe fondamental de Kant qui fonde les liens d'interdépendance entre l'éthique et la morale. ⁶²⁶

Dworkin défend l'idée que deux principes essentiels sous-tendent la dignité humaine : le respect envers soi-même ainsi que le principe d'authenticité. Premièrement, chaque personne doit se respecter et respecter l'humanité en elle-même. Le principe qui en découle selon lequel chaque personne doit être traitée avec une égale considération reflétant son égale dignité relève de la *morale*. Le principe *éthique* découlant du respect envers soi-même est plutôt une question d'attitude. Il ne s'agit pas simplement d'affirmer de manière orthodoxe que la vie de chaque personne a une valeur intrinsèque. Il s'agit de l'attitude que nous devons adopter découlant de la conviction qu'*il importe de poursuivre une vie bonne*. Se respecter soi-même signifie prendre la responsabilité envers soi de chercher à mener une vie qui ait de

⁶²⁴ Pour Dworkin, il s'agit finalement de s'arrêter sur un vocabulaire « [that] would allow us to pursue the interesting idea that moral principles should be interpreted so that being moral makes us happy in the sense Plato and Aristotle meant ». *Ibid* à la p 191.

⁶²⁵ L'éthique comme idéal doit être distinguée notamment d'un simple fait psychologique qui décrirait ce que les pensent être dans leur intérêt. *Ibid* à la p 193.

⁶²⁶ *Ibid*. Ces liens sont expliqués et démontrés en détails par Dworkin dans les parties III « Ethics » et IV « Morality » de *Justice for Hedgehogs*, *supra* aux pp 191-254 et 255-326.

la valeur, c'est-à-dire une vie qui ait une certaine importance en regard de principes que nous avons identifiés.⁶²⁷

Deuxièmement, le principe de dignité requiert d'agir avec authenticité. Cela découle nécessairement du devoir de respect envers soi-même. Considérer que sa vie a de la valeur nécessite de prendre au sérieux la recherche d'une manière de vivre qui permette ce respect envers soi. L'authenticité doit donc être comprise dans le sens précis où elle permet le respect de sa propre personne. Si nous jugeons que notre vie mérite d'être vécue afin d'exprimer qui nous sommes de manière autonome, alors il est nécessaire de poursuivre avec authenticité cet objectif. Dworkin explique qu'il s'agit finalement de mener une existence qui reflète son propre « "style": a way being that you find suited to your situation, not one drawn mindlessly from convention or the expectations or demands of others⁶²⁸ ». Conformément au principe d'humanité de Kant, cela signifie également que nous devons nous considérer comme autonomes et capables de pleinement assumer les valeurs qui façonnent notre chemin de vie. Nous devons *juger* par nous-mêmes de la bonne manière de mener notre existence et résister toute tentative de nous usurper cette autorité morale ultime envers notre personne.⁶²⁹

Des principes de respect de soi et d'authenticité découlent une *responsabilité* de mettre en œuvre ses propres devoirs éthiques. Cette responsabilité implique en outre une capacité à s'engager soi-même à l'égard de principes et standards éthiques qui ont de la valeur du point de vue de la vie que nous souhaitons mener afin de nous respecter et d'être dignes. Assumer pleinement cette responsabilité signifie également de prendre acte que certaines décisions ou certaines actions que nous

⁶²⁷ *Ibid* à la p 205. Ces principes reposent fondamentalement sur le principe d'humanité de Kant et la nécessité de reconnaître la valeur objective de notre vie et de notre personne. *Ibid* à la p 265.

⁶²⁸ *Ibid* à la p 210, citant Friedrich Nietzsche. *The Gay Science*, trans Walter Kaufman, New York, Vintage Books, 1974 à la p 290.

⁶²⁹ Dworkin. *Justice for Hedgehogs*, *supra* à la p 165.

pourrions choisir, ou désirer choisir, constituent en vérité une forme de trahison envers nous-même.⁶³⁰

Or, notre responsabilité éthique envers nous-même est directement liée à notre responsabilité morale envers les autres. Cela ne signifie que l'une correspond à l'autre ou que l'une englobe l'autre. L'éthique et la morale se supportent mutuellement ; elles sont interreliées. Interprété d'une manière cohérente avec la théorie morale de Kant, le principe de respect envers soi implique de poursuivre une vie en étant convaincu que celle-ci a objectivement de la valeur. La valeur objective de notre vie est aussi interreliée avec l'authenticité dont nous faisons preuve en agissant de manière autonome, raisonnable et digne. Or, la valeur de la vie et de la liberté ne peut être *spéciale* à un seul individu : il s'agit de la valeur *universelle* de la dignité humaine.⁶³¹ C'est ainsi que nous devons aux autres le même respect que nous devons à nous-même, puisque ce respect se justifie par l'humanité que nous avons tous en commun.

Cela dit, comment mettre en œuvre à la fois notre responsabilité de respect envers nous-mêmes ainsi que celle que nous avons envers les autres ? Comment pouvons-nous concilier le fait de donner une priorité à la manière de mener notre existence qui nous permette de nous réaliser pleinement en tant qu'individus tout en accordant *un respect égal* à la pleine réalisation de l'existence authentique des autres ? C'est cette question qui rend *nécessaire*, selon Dworkin, de proposer une théorie générale de l'unité des valeurs. Et c'est à cette question fondamentale que répondent les principes kantien précédemment discutés.

Bref, l'égal valeur de chaque personne justifie l'égal respect envers soi et les autres. Nos devoirs éthiques envers nous-mêmes sont interreliées à nos devoirs moraux envers les autres. Responsabilités éthique et morale se supportent mutuellement. En tant qu'agents autonomes et doués de raison,

⁶³⁰ *Ibid* aux pp 210-211.

⁶³¹ Sur la qualification du respect envers soi et envers les autres comme étant « *special* » ou « *universal* », voir *Ibid* à la p 255.

nous pouvons tout à fait être authentiques envers nous-mêmes tout en considérant autrui avec la même importance. À l'inverse, nous ne pourrions soutenir que nous agissons avec raison. Se dessine ainsi un système où tous les principes se supportent entre eux :

Each element in this structure of moral and ethical ideas contributes to the case for the other elements. Whether we start in the moral law or in the ethics of self-respect, we generate the same structure. Certainly Kant did not suppose that acting for the sake of the moral law necessarily or even usually produces a good life. But he did think it would mean living well, with full self-respect and autonomy. The Kantian system so understood is an impressive piece of active holism.⁶³²

C'est donc de l'autonomie de la personne et de la dignité humaine inaliénable et partagée que découlent nos devoirs de respect envers nous-mêmes et les autres. C'est à ce point précis que l'éthique et la moralité convergent l'une vers l'autre, la première participant à définir le contenu de la seconde.

4.1.2.2 Vers le concept de communauté politique chez Dworkin

Le concept de communauté personnifiée attribue une agentivité ainsi qu'une responsabilité morale à cette dernière. Il ne s'agit pas de concevoir la communauté comme étant une entité métaphysique distincte. Ce concept est plutôt une représentation de la responsabilité morale collective qui s'incarne dans la communauté politique de l'État de droit. Cela suppose de reconnaître que la responsabilité de la communauté correspond à davantage que celle de chacun des agents de l'État et de chaque citoyen considéré individuellement. La responsabilité de la communauté est *partagée*. Nous avons vu comment éthique et morale sont interreliées. Ainsi, de la responsabilité morale qui incombe à chacun découle la responsabilité que nous avons tous en commun.

⁶³² *Ibid* aux pp 266-267.

La responsabilité morale de la communauté est une conceptualisation de la responsabilité selon laquelle *le tout est plus que la somme des parties*. La responsabilité de chaque citoyen se traduit nécessairement dans une responsabilité commune qui dépasse celle de chaque individu. Or, un tel raisonnement n'est pas le propre des formes d'associations de nature politique. En outre, nous admettons aisément le concept de responsabilité institutionnelle. Il en découle par exemple la responsabilité du fabricant et du commerçant en matière de protection des consommateurs⁶³³ ainsi que la responsabilité civile de l'État⁶³⁴. Dans ces deux cas, une responsabilité est attribuée à l'institution privée ou publique en cause et non à un individu personnellement qui, en tant qu'employé, aurait commis une erreur.⁶³⁵

Cette responsabilité collective dépassant celle liée à la faute individuelle trouve également écho dans la jurisprudence en matière d'atteinte aux droits et libertés protégés par la Charte canadienne. Rappelons que dans l'affaire *Vancouver (Ville) c. Ward*, la Cour suprême a souligné que les préjudices causés par de telles atteintes ne visent pas que les victimes immédiates, mais bien la société *dans son ensemble*. C'est d'ailleurs pourquoi les dommages-intérêts de droit public ne visent pas que l'indemnisation de préjudices pécuniers ou physiques, mais également la défense du droit et la dissuasion contre toute violation.⁶³⁶ Ce « rôle sociétal⁶³⁷ » des dommages-intérêts de droit public traduit à notre avis tout à fait cette responsabilité commune décrite par Dworkin.

⁶³³ En outre, un bien qui fait l'objet d'un contrat doit être tel qu'il puisse servir à l'usage auquel il est normalement destiné. Cet usage normal doit avoir une durée raisonnable, eu égard au prix du bien, aux dispositions du contrat et aux conditions d'utilisation du bien. Voir les art 37 et 38 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

⁶³⁴ Voir la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, LRC 1985, c C-50 (art 2) et les art 1376, 1457, 1463, 1464 du *Code civil du Québec*.

⁶³⁵ Au surplus, pensons également aux régimes d'indemnisation sans égard à la faute qui prévoient une responsabilité collective fondée sur la solidarité au sein de la communauté. Voir notamment la *Loi sur l'assurance automobile*, LRQ, c A-25, la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, LRQ, c I-6 et la régime d'indemnisation des victimes d'une vaccination dans la *Loi sur la santé publique*, RLRQ, c S-2.2, art 70-78.

⁶³⁶ *Ibid* aux para 28-30.

⁶³⁷ *Ibid* au para 29.

En contexte politique, d'autres exemples bien connus illustrent comment notre sens de la responsabilité morale se traduit dans différentes formes de responsabilités collectives attribués à des communautés. C'est notamment le cas du devoir de mémoire, de réparation et de respect ressenti par le peuple et l'État allemand à l'égard de la communauté juive. Il ne s'agit pas de blâmer personnellement les citoyens allemands d'aujourd'hui pour les horreurs du passé, mais bien de reconnaître que le peuple allemand a une forme de *responsabilité spéciale* dans les circonstances, puisque les Nazis faisaient partie de leur communauté tout comme les Juifs.⁶³⁸

À notre avis, cette responsabilité de l'Allemagne peut également être étendue à un devoir face à l'Europe actuelle et à ses défis en matière de cohésion, de sécurité et d'accueil des plus vulnérables. Une responsabilité similaire peut être attribuée aux Canadiens à l'égard des peuples autochtones. Plus généralement, plusieurs communautés politiques contemporaines peuvent avoir une responsabilité morale envers différents groupes marginalisés, notamment en raison de leur genre, leur orientation sexuelle, leur religion ou leur culture.

Dworkin distingue la communauté *brute* d'individus de la *vraie* communauté personnifiée ou communauté fondée sur des principes. La communauté brute est celle qui peut être décrite par ses caractéristiques géographiques, historiques ou relevant autrement de la pratique sociale et pouvant se qualifier à titre de communauté caractérisée par une responsabilité commune. Toute communauté personnifiée est donc d'abord une communauté brute d'individus.⁶³⁹ Pour que celle-ci se qualifie à titre de communauté fondée sur des principes, celle-ci doit toutefois se caractériser par la mise en œuvre d'une réelle *responsabilité morale*

⁶³⁸ Dworkin, *Law's Empire*, *supra* aux pp 172-173.

⁶³⁹ Une personne ne peut pas devenir complètement involontairement membre d'une communauté sans qu'aucune autre raison ne le justifie. On ne devient pas citoyen d'un État étranger *uniquement* parce que les citoyens de cet État décident de nous considérer comme tel et nous ne devenons pas ami avec un autre voyageur dans un avion parce que cette personne désire notre amitié. *Ibid* aux pp 201-202.

commune témoignant d'un égal respect envers tous ceux qui la constituent. Cette responsabilité relève des quatre conditions qui suivent⁶⁴⁰ :

- (i) Premièrement, les membres de la communauté doivent considérer que la responsabilité morale qu'ils ont les uns envers les autres est *spéciale*. Les devoirs découlant de cette responsabilité ne sont pas les mêmes que nous pourrions avoir envers toute personne qui ne serait pas membre de la communauté.
- (ii) Deuxièmement, les membres de la communauté doivent considérer que leur responsabilité morale réciproque est *personnelle*. Chacun doit prendre ses responsabilités à l'égard de toute personne, et non uniquement à l'égard du groupe considéré dans son ensemble ou en tant qu'institution. Il s'agit de reconnaître la dignité en chaque personne.
- (iii) Troisièmement, les membres de la communauté doivent concevoir leurs responsabilités comme étant fondées sur un devoir général d'être réellement *préoccupés* par le respect et le bien-être des autres. Le respect envers soi-même revêt la même importance que le respect des autres. Nous avons d'ailleurs vu que cela découle de notre responsabilité éthique envers nous-même.
- (iv) Enfin, cette responsabilité commune doit témoigner d'un *égal* respect et d'une *même* considération envers chaque personne. Toute forme de structure ou de hiérarchie conférant une autorité morale, légale ou politique à certains individus par rapport à d'autres n'est pas forcément contraire à ce principe. Ce qui importe est que tous les individus formant la communauté soient considérés comme ayant *la même valeur en tant que personnes*.

La communauté politique personnifiée est donc une communauté dont les membres acceptent d'être gouvernés par des *principes communs* et non uniquement par n'importe quel compromis politique.⁶⁴¹ Cette

⁶⁴⁰ Voir *Ibid* aux pp 199-201.

⁶⁴¹ *Ibid* à la p 211.

conceptualisation de la communauté repose sur la question fondamentale suivante : « Do we have an obligation to obey the laws of the state *we happen to be born into*⁶⁴² ? » Il est parfois manifeste que notre obligation morale d'agir ou de ne pas agir d'une certaine manière correspond exactement à ce que la loi exige ou prohibe. Par exemple, la morale et la loi criminelle nous interdisent le meurtre. La question de l'obligation de respecter la loi est autrement plus complexe lorsqu'il n'apparaît pas clairement que nous ayons d'autre raison que l'existence de la loi elle-même pour justifier devoir la respecter. En d'autres termes, devons-nous obéir à la loi *parce que c'est la loi* ?

Cette question doit être distinguée des questions de l'existence de motivations pratiques à obéir à la loi et de la possibilité de désobéissance civile. En effet, nous pouvons choisir d'obéir à la loi pour ne pas subir les conséquences légales en cas de désobéissance. Une personne peut s'abstenir de conduire sa voiture à très haute vitesse en zone scolaire uniquement pour éviter de se voir imposer une amende coûteuse. À tort ou à raison, cette personne peut ne pas se sentir autrement obligée moralement ou légalement de respecter la limite de vitesse permise.

La distinction entre l'obligation d'obéir à la loi et celle de la désobéissance civile est plus ténue. Nous pouvons reconnaître avoir une obligation de principe de respecter les lois de la communauté politique à laquelle nous appartenons, sans que cela ne soit incompatible avec la désobéissance civile. En effet, reconnaître être obligé d'obéir à la loi de manière générale n'empêche pas de désobéir à une loi particulière qui serait par exception injuste. Dans un tel cas, désobéir à la loi injuste peut être non seulement justifié, mais encore nécessaire.⁶⁴³

⁶⁴² Nos italiques. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* à la p 318. En posant la question de cette manière, Dworkin dépasse les conceptualisations représentant le peuple dans un *état initial de nature* et fondant la légitimité du pouvoir politique sur le consentement fictif de ce peuple originel. Il s'agit plutôt de prendre acte du *fait* que nous vivons sous la gouvernance d'institutions politiques établies historiquement.

⁶⁴³ *Ibid.*

Respecter la *rule of law* n'équivaut donc pas à l'obéissance aveugle à la loi. Cela s'avère d'autant plus vrai dans le cas où il existe des motifs sérieux de remettre en cause la constitutionnalité d'une loi et que le débat devant les tribunaux à cet effet n'est pas clos. Par exemple, fut légitimement contestée la réglementation montréalaise interdisant le port du masque ainsi que les manifestations dont l'itinéraire n'avait pas été déclaré aux policiers.⁶⁴⁴ Ces dispositions qui « prétend[aint] rendre illégales des assemblées, défilées ou autres attroupements tenus sans qu'un itinéraire ne soit communiqué préalablement aux forces de l'ordre⁶⁴⁵ » ont effectivement été déclarées inconstitutionnelles.⁶⁴⁶ Plus récemment, l'abrogation de ce règlement a été annoncée.⁶⁴⁷ Bref, obéir à la *rule of law* peut parfois exiger de prendre la responsabilité de ne pas suivre n'importe quelle loi et de la contester.⁶⁴⁸

La désobéissance civile doit ainsi être distinguée de la posture de l'anarchisme selon laquelle le devoir d'obéir à la loi doit toujours reposer sur une raison indépendante de le faire, comme par exemple la justice sociale. Ainsi, même si les lois adoptées par la communauté le sont généralement de manière équitable et juste, il n'y aurait pas d'obligation *prima facie* d'obéir à la loi. L'anarchisme postule qu'il n'existe pas

⁶⁴⁴ Voir le *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre public, et sur l'utilisation du domaine public*, RRVM c P-6.

⁶⁴⁵ Nos soulignements. Finn Makela, « La démocratie étudiante, la grève étudiante et leur régulation par le droit » (2014) 44 RDUS 307 à la p 356.

⁶⁴⁶ Voir la contestation judiciaire menée par Julien Villeneuve connu sous le nom de « Anarcopanda » : *Villeneuve c Montréal (Ville de)*, 2016 QCCS 2888 ; *Villeneuve c Ville de Montréal*, 2018 QCCA 321.

⁶⁴⁷ Voir notamment Judith Lachapelle, « Manifestations : Montréal va abroger le règlement P-6 », 13 novembre 2019. La Presse [En ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/grand-montreal/201911/13/01-5249498-manifestations-montreal-va-abroger-le-reglement-p-6.php>]

⁶⁴⁸ « Some lawyers will be shocked by my general conclusion that we have a responsibility toward those who disobey that draft laws out of conscience, and that we may be required not to prosecute them, but rather to change our laws or adjust our sentencing procedures to accommodate them. The simple Draconian propositions, that crime must be punished, and that he who misjudges the law must take the consequences, have an extraordinary hold on the professional as well as the popular imagination. But the rule of law is more complex and more intelligent than that and it is important that it survive. » Nos soulignements. Dworkin. « Civil Disobedience » dans *Taking Rights Seriously, supra*, 184 à la p 222.

d'obligation de faire ou de ne pas faire toute action si cette obligation n'a pas été volontairement acceptée par l'individu qui y serait tenu.

Or, une telle posture est intenable au regard des principes de responsabilité éthique et morale précédemment décrits. Tout obligation ou devoir n'est pas l'objet d'un consentement spécifique. Certes, il est vrai qu'il ne découle pas une obligation morale d'obéir à la loi de notre communauté politique uniquement parce que les autres personnes qui en font partie une telle atteinte envers nous. Ce n'est pas non plus parce que nous avons retiré certains avantages du fait d'appartenir à cette communauté que nous sommes obligés d'assumer le poids des obligations qui y seraient hypothétiquement attachés. Nous avons la responsabilité morale d'obéir à la loi de notre communauté parce que nous sommes liés moralement aux autres membres qui en sont comme nous citoyens.

La responsabilité morale que nous avons envers les autres membres de la communauté politique à laquelle nous appartenons permet une conceptualisation cohérente de deux principes qui se trouveraient sinon en contradiction : la nécessité d'une gouvernance commune et la liberté des individus de pouvoir se gouverner eux-mêmes selon les principes qu'ils ont choisis. Comment pouvons-nous pleinement assumer nos responsabilités éthiques et morales envers nous-même tout en acceptant l'exercice de la responsabilité des autres ? À nouveau, c'est la pierre angulaire du principe de dignité qui nous permettra d'unir ces objectifs.

L'exercice du pouvoir politique des gouvernants envers les gouvernés porte atteinte à la dignité de ces derniers *à moins que chacun accepte une responsabilité réciproque* de respecter les décisions collectives prises selon un processus approprié. D'une part, l'exercice d'un pouvoir collectif est nécessaire au vivre-ensemble et au respect de la dignité que nous avons en commun. Créer et maintenir les conditions requises afin de permettre à tous de bien vivre et de poursuivre une existence qui est cohérente avec les principes de respect de soi et d'authenticité nécessite un minimum d'ordre et d'organisation politique. L'anarchie pure et simple signifierait la fin d'une vie commune dans la dignité. D'autre part, il est aussi vrai que

l'exercice du pouvoir politique peut dans les faits poser de nombreuses menaces au respect de la dignité des personnes. Tout État de droit n'est pas à l'abri de l'utilisation du pouvoir politique et des possibilités de coercition qui en découlent à des fins injustes. C'est pourquoi l'acceptation d'une responsabilité réciproque de tous les citoyens est essentielle. Nous avons une telle responsabilité morale non seulement les uns envers les autres, mais chacun *envers tous*, c'est-à-dire envers la communauté⁶⁴⁹

Nous avons précédemment analysé le principe de dignité afin de dégager les principes qui en découlent essentiellement en matière de responsabilité éthique et morale des individus. Le concept de responsabilité *de* la communauté et *envers* celle-ci formulé par Dworkin nécessite de compléter cette interprétation de la dignité en précisant les exigences plus proprement politiques qui en découlent. La dignité implique le devoir éthique d'assumer une responsabilité envers soi. Nous sommes responsable de nous respecter nous-mêmes et de poursuivre une vie authentique. Nous savons aussi que nous pouvons partager cette responsabilité avec d'autres dans le contexte de différentes formes d'associations où nos vulnérabilités respectives et nos objectifs de respect sont partagées. Il peut s'agir de relations personnelles, familiales ou associatives de différentes natures. Cette obligations réciproque est également présente lorsque nous appartenons à une communauté politique. Si tel n'était pas le cas, nous serions sous le joug d'une tyrannie. Si nous n'avions aucune obligation d'obéir aux lois de notre communauté et que nous y étions forcés contre notre gré, nous renoncerions à notre dignité. C'est ainsi que de notre responsabilité éthique envers nous-même découle des devoirs et obligations politiques envers la communauté à laquelle nous appartenons :

It is an important part of our own ethical responsibility, and therefore part of our moral responsibility to others, that we accept

⁶⁴⁹ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* aux pp 319-320.

for ourselves and require of them particular associative obligation
– political obligation – that we are now considering.⁶⁵⁰

Concrètement, nos obligations politiques sont davantage précisées et circonscrites que celles pouvant découler de toute association. Elles sont définies par la structure de notre Constitution ainsi que les processus et règles liées à l'exercice des pouvoirs législatif et judiciaire. Lorsque nos obligations politiques sont correctement comprises comme découlant nécessairement de notre responsabilité éthique, la désobéissance civile n'apparaît pas s'inscrire en faux avec elles. En effet, respecter nos obligations politiques ne doit jamais nous faire perdre de vue notre responsabilité morale d'agir afin de protéger la dignité de tous les membres de la communauté à laquelle nous appartenons.

Il existe donc une légitimité morale au droit. Cette légitimité, laquelle fonde notre obligation d'obéir au droit de la communauté politique à laquelle nous appartenons, n'est toutefois pas absolue. De manière cohérente avec les principes de responsabilité éthique et morale précédemment discutés, cette légitimité est une *question de degrés*. La légitimité du droit doit être évaluée à la fois selon la manière dont les gouvernants ont acquis le pouvoir politique ainsi qu'à la lumière de la façon dont ils exercent ce pouvoir. Or, une telle évaluation ne mène généralement pas à un constat dichotomique du tout ou rien opposant la légitimité à ce qui est totalement illégitime.

En effet, la question de la légitimité du droit est liée à celle de la justice. Sans faire nécessairement nôtre la théorie de la justice de Dworkin dans tous ses moindres détails, nous pouvons poser le constat général suivant : les gouvernants ont la responsabilité de traiter chaque personne sous leur gouvernance avec un égal respect. Il peut également être affirmé que cet égal respect est nécessaire à l'accomplissement de la justice. Or, nous savons que l'atteinte de la justice est une quête continue et qu'il sera toujours controversé d'affirmer qu'une décision ou une loi en particulier

⁶⁵⁰ *Ibid* à la p 321.

est plus ou moins juste. La justice est donc une question de degrés sujette à interprétation, tout comme la légitimité du droit.⁶⁵¹

Selon Dworkin, un gouvernement peut être légitime si ses lois et politiques peuvent être raisonnablement interprétées comme reconnaissant la valeur égale de tous. « They can be legitimate if [they recognize] that the fate of each citizen is of equal importance and that each has a responsibility to create his own life⁶⁵² ». Même si cette valeur égale reconnue à tous n'est pas parfaitement mise en œuvre, un État de droit demeure légitime s'il *poursuit* cet objectif fondamental de respect de la dignité de tous. La légitimité du droit est directement liée à la mise en œuvre de la responsabilité morale des gouvernants à l'égard des gouvernés.

Le concept de communauté politique personnifiée de Dworkin est ainsi lié à l'agentivité des personnes qui *forment* cette communauté ainsi qu'à leurs responsabilités éthiques, morales et politiques individuelles comme collectives. De manière cohérente avec l'ensemble de notre propos, la question de la légitimité du droit et de l'exercice du pouvoir politique dans un État de droit est liée à la question de l'*intégrité* des convictions éthiques et morales des gouvernants. Ces convictions *authentiques* doivent poursuivre l'idéal de respect de l'égale dignité de chaque personne et de la communauté dans son ensemble. La responsabilité *de* la communauté et celle *envers* la communauté se fondent finalement sur la même idée : la dignité indivisible et partagée.

4.2 Les raisons de la renonciation... et de ses limites

Nous savons que la renonciation doit être justifiée et *pourquoi* tel est le cas. Cette justification doit être cohérente avec les valeurs et principes de la communauté politique. Nous poursuivons notre analyse ci-après en démontrant d'abord les liens qui unissent le principe d'intégrité avec les valeurs ainsi que les principes non écrits qui façonnent l'architecture

⁶⁵¹ *Ibid* aux pp 321-322.

⁶⁵² *Ibid* à la p 322.

constitutionnelle canadienne. Nous lions ensemble la théorie juridique avec les enseignements de la Cour suprême issus de la pratique judiciaire du droit. Nous démontrons que la primauté du droit et les principes de la *rule of law* et du constitutionnalisme suffisent à démontrer solidement qu'en tant que limite volontaire aux droits, la renonciation doit être justifiée selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne.

Nous complétons tout de même notre démonstration en esquisant les contours de l'architecture constitutionnelle de la renonciation. Cette architecture est façonnée par les raisons propres à notre communauté, c'est-à-dire les *principes* de notre *société libre et démocratique*, qui justifient l'ouverture comme les limites nécessaires à la renonciation.

4.2.1 Intégrité, principes non écrits et architecture constitutionnelle

Nous savons que le principe d'intégrité, lequel nécessite la cohérence avec les principes fondamentaux de la communauté politique, doit gouverner l'interprétation continue du droit. Cette théorisation de principes essentiels au respect de la *rule of law* trouve tout à fait écho dans la pratique juridique canadienne. Il est bien établi que la Constitution canadienne possède une architecture, une structure fondamentale, laquelle est construite et façonnée par les *principes constitutionnels non écrits*. Ces principes constitutionnels revêtent une importance particulière lorsqu'il s'agit d'interpréter les zones d'ombre de la Constitution, puisqu'« ils en sont les prémisses inexprimées⁶⁵³ ». Il s'avère donc incontournable de s'y référer afin de déterminer dans quelle mesure ceux-ci peuvent permettre de justifier l'ouverture comme les limites à la renonciation aux droits et libertés constitutionnels.

Nous précisons d'abord les fonctions normatives avérées des principes constitutionnels non écrits à la lumière de la jurisprudence pertinente. Nous analysons ensuite de manière plus approfondie les fondements de ces principes en théorie constitutionnelle, à savoir la reconnaissance du

⁶⁵³ Renvoi relatif à la sécession, *supra* au para 49.

constitutionnalisme non écrit et le rôle du pouvoir judiciaire quant au maintien de l'architecture fondamentale de la Constitution canadienne.

4.2.1.1 Les fonctions normatives des principes non écrits

Nous nous intéressons plus particulièrement aux principes ayant une fonction normative⁶⁵⁴, que ceux-ci soient de nature juridique ou non. La fonction normative des principes constitutionnels non écrits traduit un jugement de valeur plus ou moins général quant à la désirabilité de la protection et de la promotion d'un certain état de choses. Une telle norme peut *justifier* d'autres normes plus spécifiques ou instituer plus directement des *raisons* de prendre une décision ou d'agir d'une certaine manière.⁶⁵⁵ C'est dans cette perspective que ceux-ci pourront soutenir une justification à la renonciation.

Si un principe découle *nécessairement* du texte constitutionnel, celui-ci est clairement juridique. C'est par exemple le cas des principes d'égalité⁶⁵⁶, de liberté⁶⁵⁷ et de multiculturalisme⁶⁵⁸ découlant de droits inscrits dans la Charte canadienne. À l'inverse, les principes découlant en outre des conventions constitutionnelles ne sont pas juridiques. Leur nature a plutôt été qualifiée de *politique* par la Cour suprême.⁶⁵⁹ La force normative des normes issues de traités internationaux auxquels le Canada a adhéré est pour sa part liée à la portée du droit international. Ces normes consenties par l'État peuvent préciser la normativité de valeurs et principes non écrits juridiques découlant du texte constitutionnel. Les normes internationales

⁶⁵⁴ Certains principes constitutionnels non écrits peuvent être conceptualisés comme n'ayant qu'une stricte fonction descriptive ou explicative, comme par exemple les principes que l'on nomme collectivement les privilèges parlementaires. Voir Luc B Tremblay, « Les principes constitutionnels non écrits » (2012) 17:1 Review of Constitutional Studies 15 aux pp 19-20.

⁶⁵⁵ *Ibid* à la p 20.

⁶⁵⁶ Article 15 de la Charte canadienne.

⁶⁵⁷ Article 7 de la Charte canadienne.

⁶⁵⁸ Article 27 de la Charte canadienne.

⁶⁵⁹ *Renvoi sur le rapatriement*

peuvent également être liées à des usages et conventions non juridiques.⁶⁶⁰ Enfin, les principes « sous-jacents » à la Constitution, comme la primauté du droit, le constitutionnalisme et le principe démocratique⁶⁶¹, sont bel et bien juridiques. Ceux-ci « ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements⁶⁶² ».

Trois fonctions normatives générales peuvent être attribuées aux principes sous-jacents : (i) la fonction herméneutique fondamentale ; (ii) la fonction d'interprétation constitutionnelle ; et (iii) la fonction décisionnelle.⁶⁶³ La première de celles-ci réfère au rôle des principes non écrits quant à la compréhension globale de la Constitution comme un tout cohérent. Ceux-ci rendent intelligibles l'ensemble des normes, valeurs, principes et règles constitutionnelles. Cela signifie d'abord que les principes non écrits sont *contenus* dans ces normes, valeurs et principes et qu'ils en *fondent* l'ensemble cohérent auquel ils sont *sous-jacents*. Autrement formulé, les principes sous-jacents sont donc « les principes de base de la Constitution⁶⁶⁴ ». Chacun des éléments de cet ensemble n'a pas de sens précis s'il est considéré isolément. La signification de chaque élément normatif ne provient pas de la norme, valeur ou du principe lui-même. Cette signification ne provient pas non plus de sources *extérieures* à l'ensemble, c'est-à-dire de concepts normatifs étrangers à l'ensemble normatif constitutionnel. Chaque élément est plutôt interprété par rapport

⁶⁶⁰ Sur les normes internationales comme source des principes constitutionnels non écrits, voir les commentaires de Beverley McLachlin, « Unwritten Constitutional Principles: What is Going On » (2006) 4:2 New Zealand Journal of Public and International Law 147.

⁶⁶¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec* aux para 61-78. Dans ce renvoi, la Cour suprême a également reconnu le fédéralisme et la protection des minorités à titre de principes sous-jacents (para 55-60 et 79-82). La liste de ceux-ci est par ailleurs non exhaustive (para 32).

⁶⁶² *Ibid* au para 54.

⁶⁶³ Cette théorisation s'inspire de celle de Tremblay, « Les principes constitutionnels non écrits », *supra* aux pp 21-23. Les deux premières fonctions sont celles décrites par Tremblay. À titre de troisième fonction, celui-ci retient plutôt la « fonction créatrice ».

⁶⁶⁴ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 au para 25 [*Renvoi relatif à la réforme du Sénat*].

aux autres « en symbiose⁶⁶⁵ » et les éléments normatifs spécifiques tirent leur normativité des valeurs ou principes plus généraux.

La Cour suprême a clairement reconnu que la Constitution possède une « architecture interne » ou une « structure constitutionnelle fondamentale » :

La notion d'architecture exprime le principe selon lequel « [c]haque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure » : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 50 ; voir aussi l'analyse relative à l'approche adoptée par la Cour à l'égard de l'interprétation constitutionnelle dans M. D. Walters, « Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism », dans G. Huscroft, dir., *Expounding the Constitution : Essays in Constitutional Theory* (2008), 245, p. 264 et 265.⁶⁶⁶

Plus particulièrement, cerner les contours de cette architecture fondamentale permet de « discerner la structure de gouvernement [que la Constitution] vise à mettre en œuvre⁶⁶⁷ ». Au-delà de permettre une compréhension cohérente de la Constitution, les principes sous-jacents réfèrent donc à des valeurs, raisons et finalités *choisies* quant à cette gouvernance. Ils constituent des principes qui sont substantivement « fondamentaux⁶⁶⁸ » à notre gouvernance étatique notamment démocratique, fédérale, fondée sur le respect de minorités et sur la primauté du droit et le constitutionnalisme. C'est pour cette raison que nous pouvons affirmer que les principes sous-jacents « inspirent et nourrissent le texte de la Constitution⁶⁶⁹ ».

⁶⁶⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec* au para 49.

⁶⁶⁶ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* au para 26.

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ Voir notamment le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* au para 49.

⁶⁶⁹ *Ibid.*

Deuxièmement, les principes sous-jacents ont une fonction d'interprétation des textes constitutionnels, laquelle est nécessairement liée à la fonction herméneutique quant à l'architecture de l'ensemble de la Constitution :

Les prémisses qui sous-tendent le texte et la façon dont les dispositions constitutionnelles sont censées interagir les unes avec les autres doivent contribuer à notre interprétation et à notre compréhension du texte, ainsi qu'à son application.⁶⁷⁰

Les principes sous-jacents doivent guider l'interprétation des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle des institutions. Ils permettent la lecture de ces concepts à la lumière de leur finalité et contexte plus large. Ils contribuent à l'évolution continue de la Constitution à la manière de la célèbre métaphore de l'*arbre vivant*.⁶⁷¹

Par exemple, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art.5 et 6⁶⁷², le principe du fédéralisme a joué un rôle particulièrement important dans l'interprétation des dispositions législatives liées à l'admissibilité des personnes aptes à être nommées juges de la Cour suprême. Il s'agissait de déterminer si un juge de la Cour fédérale pouvait être admissible afin d'être un des trois juges devant être choisis « parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci⁶⁷³ ». Les juges majoritaires ont interprété les articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême* comme exigeant que les trois postes réservés à des juges provenant du Québec soient réservés à des personnes occupant un poste de juge au Québec⁶⁷⁴, ou des membres du Barreau du Québec *au moment d'être choisies*. Bien au-delà de la stricte compétence juridique des candidats potentiels à ces postes, c'est le rôle particulier de la composition

⁶⁷⁰ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* au para 26.

⁶⁷¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec* au para 52. Sur la métaphore de l'arbre vivant, voir *Edwards c Attorney-General for Canada*, [1930] AC 124 (CP) à la p 136.

⁶⁷² 2014 CSC 21, [2014] 1 RCS 433.

⁶⁷³ *Loi sur la Cour suprême*, LRC 1985, c S-26 à l'art 6.

⁶⁷⁴ Il peut s'agir d'un poste de juge à la Cour d'appel ou à la Cour supérieure du Québec.

de la Cour suprême compris à la lumière du principe du fédéralisme qui a guidé l'interprétation des juges :

En effet, l'art. 6 exprime le compromis historique qui a mené à la création de la Cour suprême. Tout comme la protection des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités constituait une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi sur la sécession* »), par. 79-82), la protection du Québec par un nombre minimum de juges du Québec constituait un enjeu majeur de la création de la Cour. Une interprétation téléologique de l'art. 6 doit refléter la conclusion de ce compromis et non saper celui-ci.

L'objectif de l'art. 6 est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits. Autrement dit, l'art. 6 protège à la fois le *fonctionnement* et la *légitimité* de la Cour suprême dans sa fonction de cour générale d'appel pour le Canada.⁶⁷⁵

Ce texte issu des motifs des juges majoritaires ne contient pas le mot « fédéralisme », mais l'importance de ce principe sous-jacent est à notre avis manifeste. Le rôle *non expressément décrit* du principe du fédéralisme dans l'interprétation de la *Loi sur la Cour suprême* est très clairement décrit. La prise en compte de l'histoire de la fédération canadienne et de la réelle dimension substantive de ce que signifie le fédéralisme a mené les juges à retenir une interprétation *légitime* des normes gouvernant le choix des membres d'une des institutions les plus fondamentales à notre État de droit. Bref, les juges ont effectué une lecture morale de la loi cohérente avec le principe d'intégrité.

⁶⁷⁵ Nos soulignements. *Renvoi sur la Cour suprême* aux para 48-49.

Enfin, les principes sous-jacents peuvent avoir une fonction plus proprement décisionnelle eu égard à certains cas d'espèce. Cette fonction se distingue des deux premières tout en leur étant intimement liée. Elle signifie que les principes pourront fonder et justifier à *eux seuls* des décisions spécifiques, notamment dans certains cas difficiles. Certes, les principes applicables devront alors être interprétés de manière cohérente entre eux et avec l'ensemble des principes façonnant l'architecture constitutionnelle. Cette interprétation se distingue toutefois de celle relevant de la fonction herméneutique fondamentale puisqu'elle vise à permettre d'identifier la bonne réponse à une question spécifique. De plus, ce sont les principes eux-mêmes qui fondent la décision d'espèce dans un tel cas, et non une interprétation d'un texte législatif à la lumière de principes sous-jacents.

L'obligation constitutionnelle de négocier dont traite le *Renvoi relatif à la sécession*⁶⁷⁶ constitue un exemple emblématique de la fonction décisionnelle des principes sous-jacents. Aucun texte constitutionnel ou législatif ne traite de l'hypothèse de la sécession d'une province par rapport au reste de la fédération canadienne. À la réponse visant à déterminer si le Québec pourrait faire unilatéralement sécession du Canada, la Cour suprême a fondé sa réponse essentiellement sur les principes constitutionnels non écrits, à savoir le fédéralisme, la démocratie, la primauté du droit et le constitutionnalisme ainsi que la protection des minorités.

Dans le contexte où la Cour suprême n'avait jamais auparavant énoncé une telle obligation de négocier, certains auteurs pourront considérer que les principes constitutionnels non écrits ont en l'espèce joué une *fonction créatrice* de droit.⁶⁷⁷ Pour notre part, nous préférons la qualification plus générale et englobante de *fonction décisionnelle*. Premièrement, la question visant à savoir si dans les cas difficiles les juges *créent* ou *découvrent* le

⁶⁷⁶ Sur l'obligation constitutionnelle de négocier, voir les *para* 88-105.

⁶⁷⁷ C'est le cas de Tremblay, « Les principes constitutionnels non écrits », *supra* aux pp 21-23.

droit est controversée. La réponse à celle-ci dépend de la nature du droit, de son rapport à la morale ainsi que du rôle du pouvoir judiciaire correctement compris. Dans ce contexte, affirmer que les principes constitutionnels sous-jacents seraient « créateurs » de droit est tout autant controversé.

Or, nous avons vu que cette controverse apparente n'est pas déterminante de la bonne manière dont il faille comprendre le rôle véritable du pouvoir judiciaire. Ainsi que l'affirme Dworkin, il n'existe pas réellement de conflit opposant la procédure selon laquelle le droit est interprété et la substance de ce même droit. Ce conflit n'existe que si nous retenons une conceptualisation selon laquelle il existerait deux systèmes étanches au sein desquels le droit et la morale évolueraient en vases clos. Nous savons qu'une telle représentation n'est pas fidèle à la réalité de la pratique juridique.

Prendre acte des liens indissociables entre droit et moralité nous permet de situer correctement les principes constitutionnels sous-jacents. Nous avons vu que le droit fait partie de la morale politique qui elle-même fait partie de la morale en générale. Le droit se distingue du reste de la morale politique par son institutionnalisation. Il en découle que les principes qui jouent le rôle fondamental de *lier* le droit à la morale politique sont eux-mêmes des principes moraux qui doivent être *lus* comme tel.⁶⁷⁸ En droit constitutionnel canadien, ces principes sont ceux qui sont *sous-jacents* à la Constitution et façonnent son architecture fondamentale.

Ce *passage* entre la morale politique et le droit est d'ailleurs bien illustré par l'analyse de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*. Cet arrêt explique que le préambule de la Constitution « invite les tribunaux à transformer [les principes constitutionnels sous-jacents] en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les

⁶⁷⁸ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* à la p 413.

vides des dispositions expresses du texte constitutionnel⁶⁷⁹ ». Or, cette « transformation » ne vise pas la « création » pure et simple de règles, normes et principes juridiques pour la simple et bonne raison que le droit fait partie de la morale. Lorsque la Cour suprême invite à identifier les prémisses de la thèse constitutionnelle canadienne et à recourir aux principes sous-jacents lorsque le texte constitutionnel comprend des « vides », elle invite en vérité à *interpréter* la Constitution de manière à *clarifier* le droit qui n'est pas écrit. Les principes sous-jacents permettent d'éclairer les zones d'ombre de la Constitution, de *délimiter* les contours de celle-ci au sein de la sphère de la morale politique.

Deuxièmement, la fonction décisionnelle des principes sous-jacents n'englobe pas que des cas où les juges énoncent des règles et normes qui ne l'avaient pas été auparavant, comme dans le cas de l'obligation constitutionnelle de négocier. Les principes peuvent également justifier une exception au droit, telle l'application temporaire de très nombreuses règles de droit inconstitutionnelles ordonnée dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*⁶⁸⁰, ce au nom de la primauté du droit comprise comme allant au-delà de la validité de chaque règle juridique. De plus, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*⁶⁸¹, une loi fut même déclarée inconstitutionnelle pour la première fois sur la base d'un principe non écrit, à savoir l'indépendance de la magistrature. L'ensemble de ces cas illustre la diversité des décisions pouvant être fondées par les principes sous-jacents et leur fonction décisionnelle en contexte judiciaire.⁶⁸²

Bref, la nature juridique des principes sous-jacents a clairement été reconnue par la Cour suprême. Ceux-ci jouent un rôle essentiel dans

⁶⁷⁹ *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, *supra* au para 104. Voir également le *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* au para 53.

⁶⁸⁰ [1985] 1 RCS 721 [*Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*].

⁶⁸¹ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î-P-É)*, [1997] 3 RCS 3 [*Renvoi relatif à la rémunération des juges*].

⁶⁸² Tout en qualifiant de « créatrice » la fonction décisionnelle des principes sous-jacents, Luc B Tremblay reconnaît d'ailleurs que ceux-ci justifient des « exceptions » aux règles et normes juridiques générales. Voir Tremblay, « Les principes constitutionnels non écrits », *supra* à la p 23.

l'interprétation de la Constitution ainsi que dans la résolution de cas concrets. Ces cas pourront être tranchés à la lumière de droit écrit interprété à la lumière des principes sous-jacents ou sur le seul fondement des principes eux-mêmes. La jurisprudence de la Cour suprême reconnaît donc clairement que des cas juridiques *réels* et avérés peuvent être tranchés sur le fondement de droit *non écrit*.

4.2.1.2 Le constitutionnalisme non écrit, la nature du droit et le rôle fondamental du pouvoir judiciaire

L'existence du droit et du constitutionnalisme non écrits fut historiquement controversée. Depuis Jeremy Bentham jusqu'à H.L.A. Hart, la conceptualisation empirique du droit que l'on peut littéralement *saisir* en ce qu'il *provient* d'actes conscients de la volonté souveraine est liée à l'idée du constitutionnalisme écrit. Le développement historique de la théorie du droit devait nous permettre de nous affranchir de la soi-disant normativité de la coutume pratiquée depuis des temps immémoriaux, du droit naturel ainsi que de la fiction selon laquelle les juges découvrent plutôt qu'ils ne *créent* le droit. Le droit *moderne* serait un ensemble de règles créées par l'action politique que l'on a inscrites à un endroit ou un autre afin d'en assurer l'exactitude et la véracité. Au sommet de cet ensemble ordonné de règles se tiendrait la *règle de changement* ou « "rule of change" that permit societies to escape the confines of "primitive" custom⁶⁸³ ».

Or, ni la tradition de *common law* propre au droit public canadien, ni le développement du droit constitutionnel canadien ne correspondent à cette vision.⁶⁸⁴ Nous avons précédemment démontré que la jurisprudence canadienne reconnaît clairement les principes sous-jacents, tel que l'illustre

⁶⁸³ Mark D. Walters, « Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism » dans Grant Huscroft (dir), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, New York, Cambridge University Press, 2008 à la p 245, référant à HLA Hart. *The Concept of Law*, *supra*.

⁶⁸⁴ Voir également la démonstration générale de Mark D Walters, *supra*, à laquelle la Cour suprême s'est référée pour exposer son approche en matière d'interprétation constitutionnelle et quant au rôle des principes non écrits dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* au para 26.

en outre l'emblématique *Renvoi relatif à la sécession*. Pourquoi alors retenir une théorie du droit fictive qui ne correspond pas à la réalité de la pratique juridique et est tout simplement incapable de l'expliquer ? Le droit non écrit ne peut être reconnu comme constituant véritablement du droit que dans la mesure où son fondement relevant de la moralité politique est pleinement assumé. Cela assure la légitimité du droit non écrit et des principes constitutionnels sous-jacents qu'il comprend.

Constater la validité des principes constitutionnels non écrits signifie également d'assumer le rôle légitime des tribunaux quant à leur reconnaissance et leur mise en œuvre. Il s'agit de l'ancienne et toujours pertinente question de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Par son importance fondamentale toujours renouvelée, la question de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité au sein de notre État de droit mérite à elle seule d'être particulièrement approfondie et justifiée en théorie juridique et en philosophie. C'est notamment la démonstration qu'a effectué Dworkin en développant le concept du droit comme intégrité.⁶⁸⁵

Beverly McLachlin, alors juge en chef de la Cour suprême, explique que pour être légitime, le pouvoir exercé par la juge doit se fonder sur des normes morales fondamentales d'une nature constitutionnelle⁶⁸⁶, c'est-à-dire sur des principes au sens où les définit Dworkin. À son point de vue, en étant véritablement sous-jacentes au texte et à l'architecture de la Constitution dans son ensemble, ces normes ne sont pas *créées* par les juges, mais bien *révélées* par ceux-ci à la lumière de l'examen de l'ensemble des sources pouvant les mettre en lumière :

Determining whether these sources disclose such principles is quintessential judicial work. It must be done with care and objectivity. It is not making the law, but interpreting, reconciling

⁶⁸⁵ Voir généralement Dworkin, *Law's Empire*, *supra*.

⁶⁸⁶ McLachlin, « Unwritten Constitutional Principles: What is Going On », *supra* à la p 160.

and applying the law, thus fulfilling the judge's role as the guarantor of the constitution.⁶⁸⁷

La perspective de la juge McLachlin est particulièrement pertinente en ce qu'elle révèle le rôle du pouvoir judiciaire face aux principes non écrits non seulement tels qu'il peut être saisi par la théorie, mais également tel qu'il est compris par la magistrature elle-même. Autrement formulé, il s'agit du point de vue interne de la pratique judiciaire, laquelle correspond aux jalons essentiels de la théorie du droit comme intégrité.

En effet, la juge McLachlin explique que le rôle de la juge comme interprète est de réconcilier son interprétation d'un loi semblant « suspecte » avec les normes constitutionnelles, que celles-ci soient écrites ou non écrites. Si une telle réconciliation est impossible, la juge ne peut avoir d'autre choix que de ne pas appliquer cette loi. Il s'agit du *devoir* de la juge.⁶⁸⁸

Mme la juge explique que le pouvoir judiciaire ne peut se camoufler derrière le « droit positif » pour reconduire des lois tout à fait injustes, lequel principe fut mis en évidence notamment lors des procès de Nuremberg. « To do otherwise is to allow injustice to hide itself under the cloak of false legality.⁶⁸⁹ » En écho à ces propos, nous dirions comme Hannah Arendt que la mise en œuvre et reproduction mécanique des règles sous l'« autorité » du droit positif peut en venir à constituer la « banalité du mal⁶⁹⁰ ». Il ne s'agit pas de banaliser la réalité vécue par les « sujets » du droit positif, mais la *raison* pour laquelle même les pires injustices peuvent être reconduites. C'est qu'il s'agit d'une raison qui n'en est pas une en fait, puisqu'elle réside en l'absence de la pensée véritable, du *penser par soi-même*. Et s'il nous incombe à tous une *responsabilité de juger*⁶⁹¹, laquelle

⁶⁸⁷ *Ibid* à la p 160.

⁶⁸⁸ *Ibid* aux pp 160-161.

⁶⁸⁹ *Ibid* à la p 161.

⁶⁹⁰ Voir Hannah Arendt, *Eichmann à Jérusalem : Rapport sur la banalité du mal*, Paris, Gallimard, 1991.

⁶⁹¹ Voir Hannah Arendt, *Responsabilité et jugement*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 2009.

ne doit pas être confondue avec toute *autorité de décider*, celle-ci est d'une importance toute particulière pour la juge.

Cela ne signifie pas cependant que la juge puisse décider de chaque cas selon ses propres valeurs et principes personnels. La responsabilité de juger est ici liée à l'appel de la « conscience judiciaire » et non de la « conscience personnelle ». Cette responsabilité est celle découlant du devoir de mettre en œuvre la *rule of law* en se fondant sur des principes : « It is informed not by the judge's personal views, nor the judge's views as to what policy is best. It is informed by the law, in all it's complex majesty⁶⁹² ».

C'est de cette distinction fondamentale entre la conscience personnelle de la juge et celle liée à sa fonction que découle la légitimité de l'exercice du pouvoir judiciaire. Les juges n'ont pas simplement le *pouvoir*, mais bel et bien le *devoir* d'identifier et mettre en œuvre les principes non écrits de manière à *juger* de manière cohérente avec l'architecture de la Constitution dont les contours et la forme précise se (re)dessinent au fil du temps. Cela ne signifie pas que des personnes « non élues » puissent *écrire le droit* à la place de ceux à qui on aurait confié démocratiquement ce rôle.⁶⁹³ Cela est le cas si la juge confond ses valeurs et principes personnels avec ceux de la communauté canadienne, ou si elle décide autrement de manière incohérente avec l'ensemble des principes de la communauté en adoptant une approche pragmatique du *cas par cas* dissociant le cas de l'ensemble. Si le rôle de la juge est toutefois bien compris comme étant celui de mettre en œuvre la *rule of law* fondée sur une communauté de principes, ceux de la société libre et démocratique, alors il n'est plus seulement question d'un *pouvoir* judiciaire, mais bien d'une *responsabilité*. Il s'agit d'un *devoir judiciaire* d'identifier les principes non écrits avec justesse et de les appliquer. Abdiquer devant cette responsabilité pour n'« appliquer » que

⁶⁹² McLachlin, « Unwritten Constitutional Principles: What is Going On », *supra* à la p 162.

⁶⁹³ Parmi la littérature reprenant une forme ou une autre de cet argument, voir Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of the Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1999. Voir les commentaires critiques de McLachlin, « Unwritten Constitutional Principles: What is Going On », *supra* aux pp 161-162.

les règles autrement identifiées s'inscrit en faux avec la construction continue du droit comme système cohérent.⁶⁹⁴

Le droit comme intégrité constitue donc le troisième principe lié à la reconnaissance de la nature juridique des principes constitutionnels non écrits. Celui est bien sûr indissociable des deux autres principes, à savoir l'existence du droit non écrit (et du constitutionnalisme non écrit en particulier) ainsi que de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Il ne peut y avoir de légitimité de ce contrôle judiciaire sans respect du droit comme intégrité, et le principe d'intégrité *exige* en contrepartie un contrôle de constitutionnalité.

Les principes constitutionnels non écrits sont donc de nature juridique et constituent des éléments de l'architecture de la Constitution. Selon la Cour suprême, « il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.⁶⁹⁵ » Il s'agit donc de « principes structurels⁶⁹⁶ ». C'est cette dimension structurelle décrite par les juges qui constitue ce que nous identifions précédemment à titre de fonction herméneutique fondamentale des principes constitutionnels non écrits. Plus généralement encore, il s'agit du cercle herméneutique que nous avons abordé en expliquant en quoi le droit constitue un concept d'interprétation.

Chaque élément de la Constitution, qu'il soit écrit ou non écrit, doit être interprété en harmonie avec les autres éléments, ce afin que chacun ait un

⁶⁹⁴ À nouveau, nous soulignons les propos de Mme McLachlin sur ce point : « Ignoring one's judicial conscience is not about staying within one's role, but instead about abdicating one's responsibility to the law. There do indeed exist unwritten principles without which the law would become contradictory and self-defeating, and it is the duty of judges not only to discover them, but to apply them. To forsake them, in Robert Bolt's phrase [in *A Man For All Seasons*, Toronto, Irwin, 1963, Act I, Sc II, 12], is indeed to take the short route to chaos. » McLachlin, « Unwritten Constitutional Principles: What is Going On », *supra* à la p 163.

⁶⁹⁵ *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* au para 51.

⁶⁹⁶ *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, *supra* au para 95.

sens cohérent avec l'ensemble. Cet ensemble constitue la structure fondamentale constitutionnelle, son architecture qui évolue au fil de l'interprétation continue du droit par l'identification des principes fondamentaux de notre communauté politique, de la société libre et démocratique. Le statut des principes non écrits et de la structure fondamentale que ces derniers contribuent à façonner est d'une importance telle qu'il est désormais reconnu qu'une modification constitutionnelle ne survient pas seulement quand le texte de la constitution écrite est modifié, mais également si l'architecture de la Constitution considérée comme un tout est altérée.⁶⁹⁷ Si l'architecture constitue en quelque sorte le corps de la Constitution, les principes non écrits en sont l'ADN. Et le rôle des juges ne peut être légitime que si ceux-ci interprètent le droit comme étant justement *légitime* et ainsi source de *confiance* pour la communauté, tel que nous le rappelait le *Renvoi sur la Cour suprême*.

4.2.2 Le rôle déterminant de la primauté du droit et du constitutionnalisme

La primauté du droit et le constitutionnalisme sont des principes constitutionnels non écrit déjà bien reconnus dans la jurisprudence.⁶⁹⁸ Affirmer qu'ils sont pertinents à la justification de la renonciation apparaît constituer un truisme. Dans quelle mesure est-ce qu'une analyse approfondie peut toutefois nous mener à des conclusions plus précises sur la renonciation aux droits et libertés constitutionnels ?

Nous verrons ci-après que la primauté du droit et le constitutionnalisme, compris à la lumière de la jurisprudence de la Cour suprême et du principe du droit comme intégrité, fonde trois (3) conclusions plus précises, à savoir : (i) la renonciation *doit* être justifiée ; (ii) cette justification *doit* respecter le principe de cohérence et celui du droit comme intégrité ; (iii) ; et (iv) la renonciation à *un* droit ne constitue pas la renonciation *au* droit.

⁶⁹⁷ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat, supra* au para 27.

⁶⁹⁸ Voir par exemple le *Renvoi relatif à la sécession, supra* et le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba, supra*.

Ainsi, la primauté du droit et le constitutionnalisme permettent de démontrer qu'en tant que limite au sens de l'article 1 de la Charte canadienne, la renonciation *doit* être justifiée selon cette norme.

4.2.2.1 La renonciation doit être justifiée

La primauté du droit signifie que la renonciation est *soumise au droit*. Tel que l'illustre l'arrêt emblématique *Roncarelli c. Duplessis*⁶⁹⁹, il s'agit d'un postulat fondamental de l'architecture constitutionnelle qui ne peut épargner aucune personne et aucune fonction. « À son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État.⁷⁰⁰ »

Or, ce rempart élémentaire du droit contre l'arbitraire signifie que la renonciation, pour être soumise au droit, doit être *justifiée en droit*. Toute règle ou norme juridique est conforme au droit s'il est possible de la justifier à la lumière du droit. De même, toute limitation à un droit, modification, voire abrogation, d'un droit doit, pour être légale, pouvoir se justifier juridiquement par des arguments, motifs et raisons valables en droit. Même la sécession ne peut être effectuée *hors droit*.⁷⁰¹

Pour sa part, le constitutionnalisme signifie que toutes les personnes et les institutions sont soumises à la Constitution. Cela est notamment vrai en ce qui concerne l'interprétation des règles et principes pertinents à la problématique de la renonciation ainsi que les décisions à être rendues en la matière par les tribunaux. Tel que l'expose le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. » Nous savons que la Constitution peut également être

⁶⁹⁹ [1959] RCS 121.

⁷⁰⁰ *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* au para 70.

⁷⁰¹ Voir le *Renvoi relatif à la sécession*, *supra*.

plus largement comprise comme regroupant le droit écrit et non écrit, lequel peut être sanctionné par les tribunaux, et les conventions constitutionnelles de nature politique.⁷⁰²

Bref, la renonciation est soumise au droit et au constitutionnalisme. La primauté du droit en particulier signifie que le droit, auquel n'échappe pas la Constitution, a une suprématie sur les gouvernements et les personnes. Il ne peut y avoir qu'une seule loi pour tous. Par conséquent, l'ouverture ainsi que les limites *du droit* à la renonciation *aux droits constitutionnels* doivent être justifiées par des arguments recevables en droit et au regard de la Constitution.

4.2.2.2 La justification doit être cohérente

La primauté du droit exige que la renonciation soit soumise au droit, ce qui ne peut se vérifier que si la renonciation peut se *justifier* en droit. Cela implique que la justification retenue soit cohérente avec *le* droit. De façon similaire, le constitutionnalisme exige que la justification retenue soit cohérente avec la Constitution comprise et interprétée comme un tout. Cette nécessaire cohérence découle du principe de l'intégrité du droit dont nous avons précédemment discuté.

La justification de la renonciation doit être cohérente avec l'ensemble des règles et principes pertinents, que ces derniers soient écrits ou non écrits. En particulier, la renonciation n'étant pas expressément prévue dans la Constitution, celle-ci doit se justifier de manière cohérente avec l'ensemble de son architecture.

Il en va du respect du principe d'intégrité. Seule une telle justification cohérente peut être véritablement légale et constitutionnelle, en tant qu'interprétation légitime de la Constitution et du système juridique dans son ensemble.

⁷⁰² Voir *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 ; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 RCS 793.

4.2.2.3 La renonciation à *un* droit ne constitue pas la renonciation *au* droit

La renonciation à *un* droit ne peut signifier la renonciation *au* droit. Celui-ci impose à la renonciation d'être soumise au droit et conséquemment justifiée de manière cohérente *en droit*. Ainsi, la renonciation à un droit qui peut être limité *selon* la norme de l'article 1 de la Charte canadienne doit être également justifiée selon cette norme.

À nouveau, l'analyse du *Renvoi relatif à la sécession* est éclairante. La Cour suprême a conclu que le consentement du Québec, même libre, éclairé et *clairement* communiqué, ne peut à lui seul emporter une telle modification (ou transaction) constitutionnelle. Cette conclusion était autrement davantage controversée dans le cas de la question de possibilité de soustraction unilatérale d'une *communauté* entière, à savoir le Québec, de l'ensemble de la structure juridique fédérale du Canada. Dans le cas de la renonciation, on envisage mal qu'il puisse être question d'une quelconque « souveraineté de l'individu », voir même d'un groupe d'individus, qui continuerait par ailleurs de faire bel et bien partie de la communauté juridique et constitutionnelle visée par la Charte canadienne.

Rappelons que la primauté du droit et le constitutionnalisme sont des principes similaires, tout en étant distincts. Le premier a primauté sur le second. Même le constitutionnalisme doit être interprété à la lumière de la primauté du droit. C'est ainsi par exemple que dans un cas exceptionnel poussant les règles constitutionnelles déjà établies dans leur dernier retranchement, celles-ci peuvent devoir être mise en œuvre différemment afin de se conformer à la *rule of law*. Ce fut le cas dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* où la Cour suprême a maintenu l'application temporaire de lois inconstitutionnelles pour éviter un vide juridique et une situation arbitraire d'un point de vue juridique. Bref, le respect du texte de la Constitution ne peut avoir raison de la primauté du droit, de son interprétation et mise en œuvre cohérente, c'est-à-dire du droit comme intégrité.

Notre conclusion sur la portée de la primauté du droit face à la renonciation se veut « objective » au sens où la Cour suprême traite de cette question dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée* ⁷⁰³. Certes, il peut être argumenté que dans certains cas, « [c]eux qui prônent ou défendent quelque chose en particulier tendent à voir dans le principe de la primauté du droit tout ce qui conforte leur vue de ce que doit être la loi ⁷⁰⁴ ». Ce n'est toutefois pas le cas de l'exigence de cohérence du droit. Il ne s'agit pas d'affirmer qu'à elle seule la primauté du droit justifie certaines règles particulières en matière de renonciation, ou encore le respect de principes moraux étrangers au système juridique lui-même. La cohérence constitue l'exigence minimale selon laquelle la jurisprudence qui se construit en matière de renonciation peut être considérée comme un exercice légitime et responsable du pouvoir judiciaire.

Il découle donc clairement de la primauté du droit que dans la mesure où la renonciation constitue une limite volontaire à un droit au sens de l'article 1 de la Charte canadienne, celle-ci doit être justifiée selon la norme de cette disposition. La renonciation à un droit n'emporte pas la renonciation à la norme de l'article 1. Le principe du constitutionnalisme renforce cette conclusion. Renoncer à *un* droit constitutionnel ne peut signifier de manière logique et cohérente renoncer *au* droit constitutionnel et au constitutionnalisme en général.

4.2.3 L'architecture de la renonciation : esquisse complémentaire

La primauté du droit et le constitutionnalisme suffisent à démontrer la nécessité de justifier la renonciation selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne. Nous souhaitons tout de même poursuivre la discussion. Nous nous demandons quels autres valeurs et principes pertinents permettent de dessiner les contours de l'architecture constitutionnelle de la renonciation. Est-ce que tous ces principes sont

⁷⁰³ [2005] 2 RCS 473, 2005 CSC 49.

⁷⁰⁴ *Ibid* au para 62, citant *Singh c Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 17100 (CAF), [2000] 3 CF 185 (CAF) au para 33.

cohérents avec le reste de notre analyse ? En d'autres termes, est-ce que l'ensemble de l'architecture constitutionnelle de la renonciation est cohérente avec l'idée que celle-ci soit désormais la norme plutôt que l'exception, mais qu'elle doive par ailleurs être l'objet de limites dans notre société libre et démocratique ? Que pourrait nous révéler la tâche d'identifier et de concilier ensemble ces autres principes non écrits quant à la mesure selon laquelle la renonciation pourra effectivement être justifiée en pratique selon la norme de l'article de la Charte canadienne ?

Nous adoptons pour ce faire une approche méthodologique pouvant être qualifiée d'essai⁷⁰⁵, lequel est complémentaire à notre démonstration principale. Nous nous permettons donc le droit à l'essai – et à l'erreur – de proposer une esquisse de l'architecture constitutionnelle de la renonciation. Nous retenons comme pertinents les principes suivants : (i) le pluralisme ; (ii) l'autonomie ; (iii) l'égalité ; (iv) le principe démocratique ; et (v) la dignité humaine. Nous proposons ci-après une analyse selon laquelle l'ensemble de ces principes ainsi que les principes de la primauté du droit et du constitutionnalisme sont conciliés entre eux. Nous savons en effet que les principes constitutionnels non écrits *doivent* être interprétés d'une telle manière qu'ils soient conciliés entre eux.⁷⁰⁶

⁷⁰⁵ Sur la nature et l'importance de l'essai dans le domaine juridique, voir Jean-François Gaudreault-DesBiens, « De l'essai en droit, ou du droit à l'essai en doctrine? », (2010) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 135.

⁷⁰⁶ Par exemple, dans le *Renvoi relatif à la sécession*, la Cour suprême a identifié quatre (4) principes non écrits pertinents pour déterminer si le Québec pourrait faire unilatéralement sécession du Canada, à savoir (i) le fédéralisme ; (ii) le constitutionalisme et la primauté du droit ; (iii) la démocratie ; et (iv) la protection des minorités. Les juges ont interprété chacun de ces principes par rapport à l'ensemble de ceux-ci afin de dégager une interprétation cohérente et de *répondre* à la question posée. Autrement dit, les juges auraient pu exposer qu'il existe différentes définitions dans la littérature de la « démocratie » et du « fédéralisme », par exemple, et qu'à la lumière de ces différentes interprétations divergentes, il est impossible de déterminer si le Québec pourrait *légalement* et *constitutionnellement* faire sécession du Canada de manière unilatérale. Ils auraient pu affirmer qu'il n'existe aucune bonne réponse à cette question particulièrement difficile. Ils auraient même pu affirmer que le *légal* et le *constitutionnel* prendraient ultimement racines, advenant une telle éventualité, dans une réalité *de facto*. Au contraire, la Cour suprême a interprété les principes non écrits en jeu comme ne permettant pas la sécession unilatérale. Certes, des principes non écrits peuvent être en tension entre eux. Par exemple, le principe démocratique amène à conclure qu'un référendum

Nous soutenons que l'ouverture comme les limites à la renonciation selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne se *justifie* de manière cohérente avec l'ensemble des principes constitutionnels non écrits pertinents. Nous sommes donc d'avis que notre analyse de ces principes renforce notre démonstration, le tout bien-sûr dans les limites de la portée performative de l'essai et de son utilité véritable dans le domaine juridique.

4.2.3.1 Le pluralisme

Les sociétés démocratiques et libérales contemporaines comme la société canadienne se caractérisent par un pluralisme accru. Ce pluralisme est social et culturel, parce qu'une pluralité de modes de vies et d'appartenances culturelles sont admises. Il est également éthique et moral, parce que les individus peuvent adopter une diversité de modes de vies reflétant leurs convictions personnelles et leurs choix quant à ce qui constitue une vie bonne.⁷⁰⁷ Dans la perspective où le libéralisme a pour fondement la protection et la promotion de l'autonomie individuelle⁷⁰⁸, celui-ci peut être compris comme favorisant la reconnaissance du pluralisme. De même, l'émergence de la renonciation aux droits et libertés par les individus en tant qu'« agents autonomes » s'inscrit dans la foulée du libéralisme et du pluralisme modernes. Elle est en quelque sorte une manifestation des différentes formes du pluralisme contemporain.

exprimant clairement la volonté des Québécois de faire sécession du Canada devrait légitimement être pris en compte, alors que la primauté du droit rappelle en contrepartie qu'un tel référendum ne pourrait automatiquement et *unilatéralement* emporter une rupture constitutionnelle. La tension entre différents principes non écrits ne signifie pas toutefois qu'ils soient incommensurables au point où aucune bonne réponse, ni même aucune *piste* de bonne réponse, ne soit possible. Cette tension amène plutôt à trouver le point d'équilibre permettant de donner sens à la coexistence juridique des principes. Dans le cas du *Renvoi relatif à la sécession*, ce point de rencontre emporte une obligation constitutionnelle de négocier.

⁷⁰⁷ Voir notamment Luc B Tremblay, « L'émergence d'un constitutionnalisme pluraliste et le subjectivisme en droit constitutionnel » dans Alain-G Gagnon et Pierre Noreau (dir), *Constitutionnalisme, droit et diversité. Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, 15 à la p 23.

⁷⁰⁸ Waldron, *Liberal Rights*, *supra* aux pp 35 à 62.

Selon Roderick MacDonald, le *pluralisme juridique* origine d'« une hypothèse pour imaginer et pour aborder la normativité dans les sociétés hétérogènes, de manière à mieux actualiser les idées de liberté, d'égalité et de fraternité⁷⁰⁹ ». Ce processus de (ré)imagination du droit est rendu nécessaire par le *fait* du pluralisme et la désuétude conséquente des anciennes idéologies selon lesquelles l'État est le seul à produire les normes juridiques. Il critique l'idée que l'État de droit constituerait un ordre juridique hiérarchisé et hermétique au pluralisme moral, social et culturel. Par exemple, le pluralisme pourra mener à la reconnaissance par le droit de la normativité provenant des traditions et cultures autochtones⁷¹⁰ ou des croyances et pratiques religieuses.⁷¹¹ Le pluralisme juridique est ainsi plus démocratique (la démocratie nécessitant la prise en compte de tous les points de vue – même minoritaires) et prend mieux en compte l'autonomie des personnes.⁷¹²

Cela dit, dans quelle mesure le pluralisme juridique peut-il cohabiter avec la primauté du droit et le constitutionnalisme ? Pour répondre à cette question, il faut préciser encore davantage ce que l'on entend exactement par « pluralisme juridique ». Or, il en existe une pluralité de définitions. Le pluralisme juridique peut notamment être entendu au sens sociologique comme une superposition d'ordres juridiques constitués de faits sociaux, lesquels sont en compétition avec la normativité de l'État. Il peut aussi référer à une conceptualisation mettant surtout l'accent sur l'agentivité

⁷⁰⁹ Roderick A MacDonald, « L'hypothèse du pluralisme dans les sociétés démocratiques avancées », Colloque « Les Transformations Du Droit et la Théorie Normative Du Droit », (2002-2003) 33 RDUS 133 à la p 138.

⁷¹⁰ Voir par exemple Ghislain Otis, « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de l'adoption coutumière au Québec » dans Ghislain Otis (dir), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, 125.

⁷¹¹ Voir par exemple Pascale Fournier, « L'approche libérale du pluralisme juridique : la conception multiculturelle du *mahr* » dans *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident : Les transplantations juridique et le regard du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013.

⁷¹² MacDonald, *supra* à la p 138 affirme que le pluralisme juridique est moins « dirigiste » au sens où il « cherche moins à réglementer les croyances, les pratiques et les modes de définition de soi ».

morale des individus. Il ne s'agit pas alors d'examiner *d'en haut* les individus en tant que *sujets* de droit, mais bien de les considérer comme des acteurs pouvant imaginer et choisir la normativité juridique qui leur est applicable. Dans cette perspective, « [l]a connaissance juridique est ultimement une manière distinctive d'imaginer le soi, un processus de création et du maintien du soi⁷¹³ ».

À notre avis, poser la question de la cohabitation du pluralisme juridique avec la *rule of law* et le constitutionnalisme nécessite en définitive de poser la question fondamentale de ce qu'*est* ou de ce que *doit être* le droit-lui-même.⁷¹⁴ Or, dans la mesure où le pluralisme est, comme nous soutenons, une *valeur constitutionnelle* de notre communauté démocratique, sa pleine reconnaissance ainsi que sa traduction dans le droit sont parfaitement légitimes. Le droit doit être interprété de façon à prendre en compte le pluralisme. Cela signifie en outre que l'interprétation des normes et principes juridiques doit traduire la diversité qui découle nécessairement du pluralisme, ce sans perdre de vue la nécessité de cohérence inhérente au respect de la *rule of law*.

Cette conclusion nous amène à nous pencher sur le pluralisme qui caractérise plus précisément le constitutionnalisme, à savoir le *pluralisme*

⁷¹³ *Ibid* à la p 141.

⁷¹⁴ Maxime St-Hilaire estime plutôt que la question essentielle est celle « de savoir ce qui constitue un système ou ordre juridique ». Le pluralisme juridique pourrait ainsi, selon le cas, désigner la coexistence de systèmes juridiques hiérarchisés ou non. Maxime St-Hilaire, « Du pluralisme juridique » dans *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015 à la p 219. St-Hilaire compare en outre la définition du pluralisme de Sally Engle Merry avec la version dite plus faible (*soft*) du pluralisme proposée par Jeremy Waldron. Selon Waldron, « [l]egal pluralism is a term used mostly to describe and characterise the existence of several distinct legal systems, or perhaps legal sub-systems, like a nation-state ». Jeremy Waldron, « Legal Pluralism and the Contrast Between Hart's Jurisprudence and Fuller's » dans P Crane (dir). *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford ; Portland, Hart, 2010, 135 à la p 136. Selon Merry, le pluralisme juridique est plutôt défini par « a situation in which two or more legal systems coexist in the same social field ». Sally Engle Merry, « Legal Pluralism », (1988) 22 *Law and society Review* 869, à la p 870. St-Hilaire souligne qu'alors que le premier modèle exige de définir ce qui constitue une « communauté politique indépendante » mis à part l'État, le second nécessite plutôt de préciser ce qui constitue un « champ social ».

constitutionnel. Tel que nous l'entendons, celui-ci caractérise la Constitution canadienne en imprégnant à la fois le texte constitutionnel, les fondements institutionnels du Canada ainsi que les principes et valeurs protégés dans la Charte canadienne, ce de manière écrite ou non écrite.⁷¹⁵ Nous sommes d'accord avec Luc B. Tremblay pour affirmer qu'un tel constitutionnalisme pluraliste se fonde sur l'égalité morale des personnes. Ce principe d'égalité doit conséquemment se refléter dans l'interprétation de la Constitution :

Le constitutionnalisme pluraliste [...] postule qu'une constitution légitime doit refléter le fait du pluralisme et de la diversité culturelle qui caractérisent la société dans laquelle elle s'applique. Elle doit reconnaître et affirmer la pluralité des valeurs, des conceptions du bien, des visions du monde, des modes de vie et des cultures auxquels les citoyens s'identifient et donnent un sens à leur vie.⁷¹⁶

Notre objectif n'est pas d'offrir un développement complet démontrant en quoi l'État canadien a une architecture constitutionnelle pluraliste ou encore de qualifier avec précision et certitude la nature et la portée du principe du pluralisme quant à l'interprétation et la mise en œuvre générale de la Constitution. Nous ne souhaitons pas non plus ici argumenter en quoi le pluralisme devrait par exemple être explicitement désigné à titre de

⁷¹⁵ Nous définissons donc le pluralisme constitutionnel dans le présent contexte de façon différente de Luc B Tremblay, « L'émergence d'un constitutionnalisme pluraliste et le subjectivisme en droit constitutionnel », *supra*. Tremblay désigne plutôt dans ce texte le pluralisme constitutionnel au sens de pluralisme des *constitutions substantielles*. Il se penche notamment sur la cohabitation et la superposition théorique et pratique de la diversité des systèmes normatifs que les individus, de leur strict point de vue *personnel*, considèrent comme des « constitutions » (voir les p 32-34).

⁷¹⁶ Tremblay, *ibid* à la p 22. Nous sommes d'accord avec Tremblay sur le lien fondamental entre l'égalité morale des personnes et la nécessité conséquente du constitutionnalisme pluraliste. Nous ne partageons pas toutefois l'ensemble des analyses et conclusions de l'auteur. En outre, nous ne croyons pas qu'il y ait une rupture entre le libéralisme, d'une part, et les principes d'égalité des personnes et du pluralisme, d'autre part. Nous sommes plutôt d'avis que l'*égalité morale* des personnes est justement un postulat fondamental du libéralisme des droits. Celui-ci peut – voire *doit* – être concilié avec le pluralisme, ce de manière à renforcer plutôt que de miner l'*égalité réelle* entre les personnes.

principe constitutionnel non écrit.⁷¹⁷ Nous partons plutôt du constat que le pluralisme est clairement une valeur et un principe propre au constitutionnalisme canadien. Le pluralisme se traduit notamment dans la structure fédérale de la Constitution canadienne ainsi que dans la jurisprudence en matière d'adjudication judiciaire des droits et libertés garantis par la Charte canadienne. Nous examinerons donc ci-après ces traces du pluralisme constitutionnel. Nous démontrerons ainsi que le pluralisme doit être pris en compte afin d'expliquer et de justifier l'ouverture ainsi que les limites à la renonciation.

Le pluralisme s'exprime d'abord dans la structure fédérale de l'État canadien.⁷¹⁸ Le fédéralisme, lequel constitue une forme de pluralisme constitutionnel, est expressément reconnu comme principe constitutionnel non écrit.⁷¹⁹ En quoi cette expression du pluralisme constitutionnel est-elle cependant liée à la problématique de la renonciation aux droits et libertés ? Tel que nous le verrons ci-après, la jurisprudence de la Cour suprême sur le fédéralisme contient de précieuses analyses sur la manière de *concilier* le pluralisme avec la *rule of law* et le constitutionnalisme.

En outre, le principe fédéral justifie la norme de l'obligation constitutionnelle de négocier dégagée par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession*. Neil Walker opine que la Cour suprême du Canada a donné dans ce renvoi un excellent exemple de pluralisme constitutionnel. Les juges ont reconnu la nécessaire prise en compte de la pluralité des points de vue pour énoncer une norme touchant à la modification constitutionnelle. La norme de l'obligation constitutionnelle de négocier reconnaît en effet la « situation plurielle » découlant de la superposition des

⁷¹⁷ Par hypothèse, le pluralisme devrait bien être désigné à titre de principe constitutionnel non écrit. Cette hypothèse mériterait toutefois une analyse plus approfondie.

⁷¹⁸ Celle-ci repose notamment sur le texte de la loi constitutionnelle qui prévoit un partage des compétences législatives entre deux ordres de gouvernements égaux et l'existence d'une seconde chambre législative fédérative représentant la diversité de l'État. Voir les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3 (R-U).

⁷¹⁹ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 ; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 RCS 793 ; *Renvoi sur la sécession du Québec* ; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra*.

différentes voix au chapitre d'une sécession du Québec de l'État canadien. Ces voix plurielles sont liées aux prétentions normatives individuelles comme collectives des Québécois et Canadiens, des entités de la fédération, peuples autochtones et minorités.⁷²⁰ La Cour suprême a situé son rôle général face à la normativité comme n'était pas celui de « gardienne » d'un ordre constitutionnel figé, mais plutôt comme constituant un « arbitre » entre les différents points de vue sur la modification possible et éventuelle de la Constitution :

So that is a very good example of a court standing outside its role as custodian of a particular constitutional order, recognising the existing situation of constitutional overlap and constitutional plurality and taking on this additional mediating role.⁷²¹

Autrement dit, il est certes fondamental en vertu de la primauté du droit et du constitutionnalisme que la Cour suprême soit en quelque sorte la gardienne de notre Constitution. Or, la Constitution de la fédération canadienne n'est justement pas un ordre normatif statique et fermé au pluralisme social comme normatif.

La prise en compte du pluralisme inhérent à la fédération canadienne peut également s'avérer pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer la compatibilité de certains choix législatifs avec la norme de l'article 1 de la Charte canadienne. L'interaction complexe entre le pluralisme fédéral, sa diversité inhérente ainsi que l'égale protection de tous en vertu de la Charte est particulièrement bien illustrée dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*⁷²². Celui-ci porte sur la constitutionnalité d'un choix législatif différent du Québec par rapport aux autres provinces dans un domaine relevant de leur compétence. Il était question de déterminer si l'exclusion des conjoints

⁷²⁰ La protection des minorités a également été reconnu à titre de principe constitutionnel non écrit à cette occasion. Voir le *Renvoi sur la sécession* aux para 79-82.

⁷²¹ Les propos sont de Neil Walker, Shavana Musa et Eefje de Volder, « Interview with Professor Neil Walker – Global Law: Another Case of the Emperor's Clothes? » (2012) 17 *Tilburg Law Review* 135 à la p 145.

⁷²² 2013 CSC 5, [2013] 1 RCS 61 [*PGQ c A*].

de fait de certaines règles du *Code civil du Québec* portant essentiellement sur l'obligation alimentaires et le partage des biens⁷²³ constituait une discrimination par rapport aux époux et conjoints unis civilement. Cet arrêt se distingue par la pluralité des points de vue des juges ayant donné préséance, tantôt au choix législatif du Québec d'« aménager » différemment les droits et obligations entre conjoints de fait, tantôt à une conception différente de l'« égalité réelle » entre conjoints qui ne bénéficient pas tous du « choix véritable » de se marier ou non.

D'une part, les juges Lebel, Fish, Rothstein et Moldaver ont conclu que les dispositions du *Code civil du Québec* en cause ne sont pas discriminatoires. Selon eux, la distinction fondée sur l'état matrimonial entre les époux ou conjoints unis civilement et les conjoints de fait est certes désavantageuse, mais elle ne repose pas sur l'expression, la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes *dans le contexte québécois*. Cette distinction « implique plutôt un respect pour les manières différentes de concevoir la conjugalité⁷²⁴ ». De même, le fait que les législatures de chaque province aient adoptées des règles différentes quant aux effets de l'union de fait est un « signe du pluralisme juridique canadien⁷²⁵ ».

D'autre part, la juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Cromwell et Karakatsanis ont conclu que les dispositions limitaient le droit à l'égalité. Le modèle québécois se fonde sur le « choix clair » entre deux régimes distincts, à savoir le « régime obligatoire », qui prévoit le partage des biens et le soutien alimentaire entre conjoints lors de la dissolution du mariage ou de l'union civile, et le « régime de pleine autonomie », qui laisse les conjoints de fait totalement libres de convenir des conséquences d'une rupture. Or, tel que l'explique la juge McLachlin, l'existence de ces deux options législatives n'assure pas à elle seule que les conjoints ont

⁷²³ Plus précisément, étaient visées les dispositions portant sur la résidence familiale (art 401 et suiv), le patrimoine familial (art 414 et suiv), la prestation compensatoire (art 427 et suiv), la société d'acquêts (art 432 et suiv) et l'obligation alimentaire entre conjoints (art 585).

⁷²⁴ *PGQ c A* au para 266 (j Lebel).

⁷²⁵ Nos soulignements. *Ibid* au para 279 (j Lebel).

effectué un choix véritable. Les conjoints de fait ne renoncent pas nécessairement « librement » aux protection du régime obligatoire et ne conviennent pas forcément d'ententes et arrangements pour y pallier. Selon la juge en chef, « cette hypothèse ne concorde pas avec leur situation réelle⁷²⁶ ».

La juge McLachlin a toutefois conclu que le caractère discriminatoire du régime québécois visant à promouvoir le libre choix et l'autonomie était justifié au sens de l'article 1, notamment en raison du pluralisme propre à la fédération canadienne :

En outre, le critère relatif à l'atteinte minimale doit respecter les valeurs du fédéralisme. [TRADUCTION] « L'uniformité des lois provinciales qui découlerait de l'obligation stricte d'opter pour les moyens les moins attentatoires irait à l'encontre des valeurs du fédéralisme que sont le caractère distinct, la diversité et l'expérimentation » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 38-39; voir également *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, par. 275. L'application de ce volet du test ne consiste pas à désigner la province ayant adopté la démarche « préférable » à l'égard d'une question sociale pour ensuite exiger des autres provinces qu'elles lui emboîtent le pas.⁷²⁷

Sans avaliser la manière précise dont la juge McLachlin a opérationnalisé la prise en compte du fédéralisme dans la mise en œuvre de l'article 1, nous retenons que le pluralisme constitutionnel doit être considéré dans l'analyse. Autrement formulé, l'analyse visant à déterminer si la limitation à un droit fondamental est justifiée peut exiger de tenir compte de dimensions collectives du pluralisme fondées notamment sur le caractère fédéral du Canada.

⁷²⁶ *Ibid* au para 428 (j McLachlin)

⁷²⁷ Nos soulignements. *Ibid* au para 440 (j McLachlin). La juge McLachlin est la seule parmi les juges ayant conclu à une violation de l'article 15 de la Charte canadienne à avoir conclu que cette restriction était justifiée.

Le pluralisme imprègne tout autant les dimensions collectives et fédérales de la Constitution que la protection de la dimension individuelle des droits et libertés. Cette valeur est conséquemment prise en compte dans les débats portant sur l'interprétation évolutive de la portée de ces garanties. Par exemple, dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*⁷²⁸, le fait que la « société canadienne est pluraliste⁷²⁹ » eu égard à l'orientation sexuelle de chaque personne a mené à reconnaître que cette source de diversité sociale est un motif de discrimination analogue. Tel que l'exposait la juge Abella dans l'arrêt *Bruker c. Markovitz* où c'était plutôt la légalité de la contractualisation de la liberté de religion qui était en cause, le pluralisme transcende la reconnaissance accrue des droits et libertés individuels :

Le Canada est fier avec raison de sa tolérance évolutive à l'égard de la diversité et du pluralisme. [...] Confirmé dans des textes de loi, que ce soit par des mesures de protection figurant dans les codes des droits de la personne ou par son inscription dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences — et malgré celles-ci — est devenu un élément déterminant de notre caractère national.⁷³⁰

Dans le contexte de la mise en œuvre de la Charte canadienne, le pluralisme est souvent associé au principe du multiculturalisme. Le multiculturalisme est en effet un principe structurant l'architecture de la Constitution canadienne. Dans l'arrêt *Bruker c. Markovitz*, la juge Abella a d'ailleurs souligné que « l'acceptation du multiculturalisme n'a cessé de croître et l'on reconnaît que les différences ethniques, religieuses ou culturelles seront acceptées et respectées⁷³¹ ». De fait, l'article 27 de la Charte canadienne prévoit que « [t]oute interprétation de la présente charte doit

⁷²⁸ [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79.

⁷²⁹ *Ibid* au para 22.

⁷³⁰ *Bruker c. Markovitz*, *supra* au para 1 (j Abella).

⁷³¹ *Ibid*.

concorde avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ».

Cela dit, la reconnaissance du pluralisme dans le contexte de la protection des droits et libertés fondamentaux peut mener tout autant à argumenter en faveur d'un modèle de gouvernance de la diversité relevant du multiculturalisme que de l'interculturalisme, en particulier dans une perspective québécoise. Selon un tel point de vue, le pluralisme serait une « orientation générale qui peut recevoir diverses applications correspondant à autant de modèles⁷³² ». Pour les fins de notre propos, nous retenons que les débats profonds sur le choix d'un modèle politique, juridique et social en matière de gouvernance de la diversité ne font que témoigner de l'incontournable pertinence du pluralisme en tant que valeur promue et protégée par l'ensemble des droits et libertés.

La traduction du pluralisme *dans* le droit, et *par* l'activité judiciaire en particulier, pose l'inévitable question de la portée de ce pluralisme quant à la limitation des droits, qu'il s'agisse de restriction ou de renonciation à ceux-ci. En effet, « le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. Celles-ci ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales⁷³³ ». L'arbitrage nuancé entre des prétentions affirmant un droit fondé sur une différence individuelle avec un intérêt public et collectif, lequel peut s'appuyer également sur le respect du pluralisme social, de la culture et des choix de communautés coexistant au Canada, est un exercice tout aussi délicat que nécessaire.

Cela dit, comment le pluralisme est-il pris en compte dans le processus menant à limiter les droits dans une société libre et démocratique selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne ? Que peut-nous révéler la jurisprudence en la matière qui soit pertinent à la problématique de la

⁷³² Gérard Bouchard, *L'interculturalisme. Un point de vue québécois*, Montréal, Boréal, 2014 à la p 15.

⁷³³ *Braker c Marcovitz*, *supra* au para 2 (j Abella).

renonciation en particulier ? Afin de répondre à ces questions, nous avons examiné la jurisprudence de la Cour suprême traitant spécifiquement de pluralisme en contexte d'adjudication.⁷³⁴ En outre, la jurisprudence en matière de liberté de religion illustre particulièrement bien les tensions dans la reconnaissance et l'encadrement du pluralisme. Une société plurielle comme la société canadienne en est une « où se côtoient une multitude de religions et dans laquelle l'accomplissement par l'État de son devoir de légiférer pour le bien commun heurte inévitablement les croyances individuelles⁷³⁵ ». Ce « bien commun » dans le cadre d'une société fondée sur le libéralisme des droits pourra offrir une ouverture plus ou moins grande au pluralisme des croyances.

Plus particulièrement, les affaires *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*⁷³⁶ et *Trinity Western c. College of Teachers*⁷³⁷ mettent en cause les valeurs protégées par la liberté de religion et le droit à l'égalité. Leur comparaison permet d'analyser les liens qu'il peut y avoir entre la reconnaissance d'un pluralisme accru, la mesure selon laquelle il est possible de justifier une limitation à un droit et la *contractualisation* de droits fondamentaux. Nous verrons que ces cas sont pertinents à notre analyse du concept de renonciation. La renonciation constitue une limitation volontaire à un droit. Elle peut notamment se traduire par différents engagements contractés à ne pas exercer certaines garanties fondamentales. Le pluralisme se fonde sur l'égalité morale des personnes. Nous savons aussi que la dignité humaine exige de supposer l'égale autonomie des agents moraux qui peuvent choisir de renoncer à leurs droits. Est-ce donc dire que le pluralisme et l'égalité *interprétés en symbiose* mènent forcément à ne justifier que l'*ouverture* à la renonciation ? Le pluralisme et l'égalité peuvent-ils être également interprétés comme

⁷³⁴ En outre, en date du 26 novembre 2019, 20 arrêts de la Cour suprême du Canada portant sur la Charte canadienne contiennent le mot « pluralisme ».

⁷³⁵ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *supra* au para 90 (j en chef McLachlin, avec l'accord des juges Binnie, Deschamps et Rothstein)

⁷³⁶ [2018] 2 RCS 293, 2018 CSC 32.

⁷³⁷ [2001] 1 RCS 772, 2001 CSC 31.

limitant la renonciation ? Notre analyse des arrêts retenus démontre que ce débat est effectivement ouvert.

Dans le récent arrêt *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*⁷³⁸, il était question de la légalité de la décision d'un barreau, la Law Society of British Columbia (LSBC), de refuser d'agréer une faculté de droit. La demande d'agrégation avait été proposée par Trinity Western University, une université privée chrétienne évangélique. Les personnes qui souhaitent fréquenter cet établissement doivent s'*engager* à respecter un code de conduite strict comprenant plusieurs normes et règles de nature religieuse. Le code interdit notamment toute intimité sexuelle, sauf au sein des couples hétérosexuels mariés. Les juges majoritaires ont conclu à la raisonnable du refus d'agrégation. Le principe d'égalité sous-tend leurs motifs :

Selon nous, il était raisonnable que la LSBC conclue que promouvoir l'égalité en assurant un accès égal à la profession juridique, soutenir la diversité au sein du barreau et empêcher qu'un préjudice soit causé aux étudiants en droit LGBTQ étaient des moyens valides de permettre à la LSBC de s'acquitter de son obligation primordiale en vertu de la loi : défendre et protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice, ce qui suppose nécessairement de préserver une *perception* publique positive de la profession juridique.⁷³⁹

Selon les juges majoritaires, le fait mathématique que l'ajout d'une faculté de droit *ouvrirait* des places additionnelles aux étudiants canadiens importe peu. Ces places seraient toutes *fermées* à la grande majorité des personnes

⁷³⁸ 2018 CSC 32 [*LSBC c Trinity Western*]

⁷³⁹ Nos soulignements. *LSBC c Trinity Western*, *supra* au para 40 (j Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon). Bien qu'il ait proposé une autre approche afin de concilier la mise en œuvre de la Charte canadienne dans le contexte du droit administratif, le juge Rowe conclut également à la raisonnable de la décision de la LSBC dont le mandat consistait notamment « à promouvoir l'égalité d'accès à la profession juridique, à appuyer la diversité au sein du barreau et à prévenir l'infliction de préjudices aux étudiants en droit issus de la communauté LGBTQ » (para 258).

LGBTQ en raison de leur identité sexuelle.⁷⁴⁰ C'est donc *au nom du pluralisme* social et de la promotion de la diversité que les juges ont confirmé le refus d'agréer une faculté où les étudiants qui font le *choix* de s'y inscrire *s'engagent* à respecter une entente contractuelle en matière religieuse.

Dans la précédente affaire *Trinity Western c. College of Teachers*⁷⁴¹, il était aussi question d'une demande administrative formulée par la Trinity Western University. Celle-ci avait demandé au British Columbia College of Teachers (l'Ordre) l'autorisation d'assumer l'entière responsabilité d'un programme de formation d'enseignants qui refléterait sa vision chrétienne du monde. L'Ordre avait refusé la demande en invoquant notamment le droit à la protection contre la discrimination des personnes homosexuelles.⁷⁴²

Une majorité de juges a conclu que l'Ordre avait compétence pour prendre en compte davantage que la stricte détermination des compétences et des connaissances devant être acquises par des étudiants en enseignement pour déterminer s'il octroyait cette autorisation administrative. Comme la LSBC, l'Ordre pouvait tenir compte de la valorisation de la diversité et du pluralisme pour ses futurs membres :

Il est évident que le caractère pluraliste de la société et l'ampleur de la diversité au Canada sont des éléments importants dont les futurs enseignants doivent prendre conscience parce qu'ils caractérisent la société dans laquelle ils seront appelés à travailler et expliquent pourquoi il est nécessaire pour eux de respecter et de promouvoir les droits des minorités.⁷⁴³

⁷⁴⁰ *Ibid* au para 95 (jj Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon).

⁷⁴¹ [2001] 1 RCS 772, 2001 CSC 31 [*Trinity Western c College of Teachers*]

⁷⁴² *Ibid* au para 6.

⁷⁴³ *Ibid* au para 13 (jj McLachlin, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel)

Toutefois, les juges majoritaires ont également souligné que l'article 15 de la Charte canadienne protège les individus contre la discrimination fondée sur la religion.⁷⁴⁴ Ils ont conclu que la liberté de religion entraine en jeu lorsque des étudiants *choisissent* un enseignement universitaire chrétien. Les étudiants seraient ainsi libres de *s'engager* à *signer* une forme d'entente *contractuelle* exigeant le respect des « normes communautaires » de la Trinity Western University. Ces normes exigent de « s'abstenir de se livrer à des pratiques que la Bible condamne [ce qui inclut notamment] les relations sexuelles avant le mariage, l'adultère et le comportement homosexuel⁷⁴⁵ ». Ces juges ont conclu à l'illégalité du refus de l'Ordre notamment en l'absence de preuve du lien entre la formation et le problème d'intolérance appréhendé.⁷⁴⁶

Il est intéressant de noter que l'entente contractuelle prévue avec la Trinity Western University inclut l'interdiction de l'avortement et un engagement à « prendre toutes les mesures concrètes possibles pour éviter le divorce⁷⁴⁷ ». Il s'agit donc d'une forme de contractualisation du droit à l'autonomie personnelle des femmes en particulier. L'avortement constitue en effet un choix fondamental protégé par le droit à l'autonomie.⁷⁴⁸ Si l'Ordre et les juges de la Cour suprême se sont penché sur les potentiels effets discriminatoires envers les homosexuels des normes communautaires de la Trinity Western University, il ne nous apparaît pas avoir été question de cette potentielle renonciation – même symbolique – des femmes à une garantie fondamentale liée à leur autonomie personnelle.

⁷⁴⁴ *Ibid* au para 28.

⁷⁴⁵ *Ibid* au para 4.

⁷⁴⁶ *Ibid* au para 38.

⁷⁴⁷ *Ibid* au para 4.

⁷⁴⁸ *Morgentaler, supra*, juge Wilson. À notre avis, le droit de choisir de divorcer ou non constitue également un tel choix fondamental protégé par l'article 7 de la Charte canadienne. Il est toutefois à noter que la Charte canadienne ne s'applique pas à la Trinity Western University.

Dans l'arrêt *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, les juges majoritaires ont conclu à la légalité de la décision de la LSBC. À leur avis, l'objectif de protection du public poursuivi par l'organisme d'accréditation « suppose nécessairement de préserver une *perception* publique positive de la profession ». La juge McLachlin est allée encore plus loin en se prononçant expressément sur la prétention selon laquelle son refus d'accréditation serait discriminatoire en vertu de l'article 15. Elle a conclu dans ses motifs concordants qu'« au contraire, elle assure l'égalité d'accès à toutes les personnes qui aspirent à étudier le droit⁷⁴⁹ ».

La juge l'Heureux-Dubé, dissidente dans l'affaire mettant en cause la décision du *British Columbia College of Teachers*, a effectué une analyse allant dans la même veine que celle de la juge McLachlin dans le cas mettant en cause la LSBC. Elle a jugé que le code de conduite imposé par Trinity Western University amène raisonnablement à « présumer l'existence d'une incidence négative sur la diversité et le pluralisme du campus⁷⁵⁰ ». Celui-ci envoie un « message » négatif d'une nature discriminatoire injustifiée.

À l'inverse, les juges Côté et Brown, dissidents dans l'affaire mettant en cause la décision du LSBC, sont d'avis que même en interprétant largement l'« intérêt public », celui-ci serait contraire au fait de refuser à Trinity Western une faculté de droit :

La tolérance et le respect de la différence servent l'intérêt public et favorisent le pluralisme. L'acceptation par la LSBC de l'inégalité d'accès engendrée par le *Covenant* dénoterait un respect de la différence et du droit à la liberté de religion des

⁷⁴⁹ *Ibid* au para 123. (j McLachlin). Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon ne se sont pas expressément penchés sur la prétention fondée sur l'article 15 de la Charte canadienne. Notons que la juge McLachlin, laquelle insiste sur l'égalité d'accès à la profession d'avocat dans l'arrêt *LSBC c Trinity Western*, *supra*, avait fait partie des juges majoritaires ayant plutôt insisté sur la préséance de la liberté de choisir une institution universitaire imposant un code de conduite religieux dans la précédente affaire *Trinity Western c College of Teachers*, *supra*.

⁷⁵⁰ *Trinity Western c College of Teachers*, *supra* au para 73 (j L'Heureux-Dubé).

membres de la communauté de TWU et non l'approbation d'actes discriminatoires envers les personnes LGBTQ. Le fait d'agréer la faculté de droit proposée par TWU n'est donc pas incompatible avec les objectifs d'« intérêt public » visant à maintenir l'égalité d'accès à la profession juridique et la diversité au sein de celle-ci, et il favorise même la réalisation de ces objectifs.⁷⁵¹

Bref, un rapport différent entre le pluralisme et l'égalité caractérisent les conclusions divergentes des juges.⁷⁵² Cette comparaison nous permet de constater que le pluralisme pourra à la fois justifier une *ouverture* à la contractualisation et à la renonciation aux droits comme une *limitation* à la renonciation. Elle met en lumière la complexité de juger de la compatibilité entre une contractualisation de droits et libertés fondamentaux et l'architecture constitutionnelle. Cette tension entre le pluralisme et l'égalité est de même généralement présente en matière de renonciation.

La problématique de la contractualisation des droits et libertés fondamentaux est d'autant plus complexe lorsque celle-ci a lieu au sein d'une organisation « privée », mais sujette à l'accréditation d'institutions poursuivant des missions « publiques ». De façon plus générale, la renonciation met également en cause de façon similaire une tension entre ce qui apparaît relever du *choix privé* et de qui en est exclu par son appartenance au domaine ou bien *public* :

En d'autres termes, si l'on admet que l'État libéral doit favoriser le pluralisme en s'efforçant de respecter les différences dans la

⁷⁵¹ *Ibid* au para 269 (jj Côté et Brown). Notons que cette conclusion est également retenue indépendamment du cadre d'analyse applicable discuté dans les différents motifs des juges majoritaires, que ce soit le cadre d'analyse énoncé dans les arrêts *Doré c Barreau du Québec*, 2012 CSC 12 et *École secondaire Loyola c Québec (PG)*, *supra*, ou le cadre d'analyse plus rigoureux qui est décrit dans l'arrêt *Oakes*, *supra*. Voir *Trinity Western c College of Teachers*, *supra* au para 267.

⁷⁵² Comme nous l'avons démontré, ce constat peut être effectué au-delà des questions en litige liées au choix de la démarche appropriée pour déterminer de la validité d'une décision découlant d'un pouvoir discrétionnaire délimité en regard du droit administratif et de l'interaction avec la Charte canadienne.

vie publique de la société civile, où cette obligation de l'État – c'est-à-dire cette vie publique – commence-t-elle ?⁷⁵³

Pour reprendre la formulation des juges majoritaires dans l'arrêt *Trinity Western c. College of Teachers*⁷⁵⁴, il est « évident » que nous devons prendre en compte « le caractère pluraliste de la société » et de la Constitution canadienne ainsi que « l'ampleur de la diversité au Canada ». Nul ne peut contester que ce sont des « éléments importants » notamment pour déterminer de la constitutionnalité de la renonciation aux droits et libertés. Ce qui est autrement plus complexe, c'est de préciser dans chaque cas ce qu'on entend par « pluralisme », quelles formes de diversités sont en jeu et comment celles-ci peuvent être *conciliées* de manière *cohérente* avec le principe d'égalité.

Les principes de pluralisme et d'égalité doivent être interprétés de manière cohérente avec toutes les autres valeurs et principes en cause, dont l'autonomie personnelle. L'exigence de cohérence est inévitable, puisque le pluralisme doit lui-même être compris à la lumière de la primauté du droit et du constitutionnalisme. La prise en compte de la diversité sociale profonde et des prétentions parfois nettement divergentes des individus et des groupes quant à la portée de *leurs* droits et libertés ne signifie pas l'abandon de la cohérence du droit lui-même. On ne peut donc pas conclure, par exemple, que le subjectivisme découlant du pluralisme rend tout simplement *irréconciliables* les valeurs d'égalité et d'autonomie.⁷⁵⁵

⁷⁵³ *LSBC c Trinity Western*, *supra* au para 260 (jj Côté et Brown). Sans être en accord avec la manière dont ces juges ont conceptualisé l'ensemble de la problématique alors en cause ni avec leurs conclusions d'espèce, nous considérons que cette question est tout à fait pertinente. Par hypothèse, une telle question nécessite de (dé)limiter clairement les droits, valeurs et principes en cause. Ce ainsi que le cœur de ceux-ci qui s'avère non négociable ou sujet à contractualisation, c'est-à-dire même sous l'égide d'une organisation dite en tout ou en partie « privée ». Voir aussi Weinstock, *supra* aux pp 127-128.

⁷⁵⁴ Voir *Trinity Western c College of Teachers*, *supra* au para 13.

⁷⁵⁵ Pour un résumé succinct de l'argument dans le contexte des droits humains, voir « Criterial Error » dans Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* aux pp 344-345. Pour un point de vue contraire, voir la conceptualisation de Isaiah Berlin selon laquelle les concepts de *liberté positive* et *liberté négative* seraient des fins en soi qui peuvent être irréconciliables. Isaiah Berlin, « Two concept of liberty » dans *Four Essays on Liberty*,

À l'inverse, le principe de cohérence ne signifie pas de mettre de côté le pluralisme. L'interprétation cohérente du droit ne signifie pas la négation des prétentions juridiques opposées ou le rejet du pluralisme en tant que valeur constitutionnelle fondamentale. Le pluralisme et l'unité normative propre au constitutionalisme et aux valeurs constitutionnelles peuvent tout à fait être interprétés comme se renforçant mutuellement plutôt que comme constituant des idéaux irréconciliables.⁷⁵⁶

4.2.2.3 L'autonomie

La valeur de l'autonomie est protégée par le droit constitutionnel à la liberté de faire des choix fondamentaux quant à sa personne⁷⁵⁷. Elle constitue également un principe constitutionnel sous-jacent à la Constitution qui participe à l'ensemble de l'architecture de la Charte canadienne. L'autonomie est conséquemment un des principes essentiels qui structure l'ensemble de notre démonstration. Nous avons déjà discuté de manière approfondie du principe éthique, morale et juridique d'autonomie. Nous rappelons donc brièvement ci-après pourquoi l'autonomie joue un rôle déterminant dans la justification de l'ouverture comme des limites à la renonciation.

L'autonomie justifie la possibilité de renoncer aux droits et libertés constitutionnels. Par exemple, l'arrêt *Carter* par lequel la Cour suprême a conclu que la prohibition de toute aide à mourir était inconstitutionnelle se fonde à la fois sur le droit et le principe d'autonomie. Même le *caractère sacré* d'un droit constitutionnel comme le droit à la vie n'est pas un argument qui puisse faire échec à toute possibilité de renonciation puisque le principe d'autonomie doit éclairer notre compréhension des droits et

London, Oxford University Press, 1969, 118. Pour une critique de cette conceptualisation et un argument pour une compréhension intégrée de la liberté à la lumière du principe de dignité, voir Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* aux pp 364-368.

⁷⁵⁶ Voir notamment la démonstration de Mark D Walters, « Toward the Unity of Constitutional Value – Or, How to Capture a Pluralistic Hedgehog », conférence inaugurale du professeur FR Scott (2017) 63:2 *Revue de droit de McGill* 419.

⁷⁵⁷ La valeur de l'autonomie est protégée par le droit à l'égalité garanti à l'article 7 de la Charte canadienne.

libertés. Reconnaître le caractère « fondamental » des droits et libertés ne s'inscrit pas en faux avec la renonciation. La Cour suprême a ainsi expressément rejeté l'argument selon lequel « la formulation existentielle du droit à la vie *exige* une prohibition absolue de l'aide à mourir, ou que les personnes ne peuvent « renoncer » à leur droit à la vie. Il en résulterait une « obligation de vivre » plutôt qu'un « droit à la vie » ⁷⁵⁸».

Le droit à l'autonomie peut donc entrer en jeu si une mesure législative restreint un choix personnel fondamental. Ainsi, la prohibition absolue d'aide à mourir portait atteinte au droit à la liberté protégé à l'article 7 de la Charte canadienne. Or, nous considérons que le choix de la renonciation constitue lui-même un tel *choix personnel fondamental*. L'autonomie comme principe structurant l'ensemble de la Constitution implique la protection de choix imminemment personnels. Si ce type de choix inclus dans la sphère particulièrement intime à chaque personne ne peut inclure n'importe quelle considération, il peut à notre avis viser une certaine zone d'autonomie par rapport justement aux garanties les plus fondamentales aux personnes, c'est-à-dire ses droits et libertés constitutionnels.

Nous avons également vu que le principe d'autonomie fonde la norme du consentement libre et éclairé, lequel s'avère généralement être un déterminant de la légalité de la renonciation. La pleine autonomie *supposée* des personnes a mené la jurisprudence à conclure que celles-ci peuvent *consentir* à renoncer à *leurs* droits dans la mesure où leur consentement est *libre et éclairé*.⁷⁵⁹ Le consentement libre et éclairé se révèle donc avoir une normativité importante

Cela dit, nous avons démontré que même en fixant la barre très haut en matière de protection du caractère libre et éclairé du consentement, ce dernier ne peut suffire à garantir pleinement l'autonomie des personnes. Nous savons que le principe d'autonomie doit être interprété à la lumière

⁷⁵⁸ *Carter*, *supra* au para 63.

⁷⁵⁹ Voir la sous-section 2.2.2.1 « Le droit et la valeur de l'autonomie comme prémisses du consentement ».

de son contenu éthique et moral. L'autonomie correctement comprise est liée à l'idée d'agentivité morale des personnes. Or, le consentement ne peut *pleinement* assurer le respect de cette agentivité. L'autonomie exige davantage que le consentement.⁷⁶⁰

Il n'est donc pas étonnant de constater que la jurisprudence abordant la norme du consentement libre et éclairé en contexte de renonciation comporte de nombreuses incertitudes. Plusieurs d'entre elles apparaissent d'ailleurs ne pas pouvoir se dissiper seulement en fixant la barre encore plus haut en matière d'exigences procédurales.⁷⁶¹ En outre, la *pleine* connaissance des conséquences de la renonciation peut difficilement être mise en œuvre lorsque le choix devant lequel la personne est placée suppose des connaissances techniques ou scientifiques, par exemple en matière médicale. Pallier cette difficulté par des explications vulgarisées et la communication de toujours davantage d'information est une solution forcément limitée.⁷⁶² Ainsi, l'autonomie peut justifier de limiter dans certains cas la renonciation même si elle semble *consentie*.

Enfin, l'autonomie fonde le lien indissociable entre la responsabilité éthique et morale de l'interprète du droit en général comme de la problématique de la renonciation en particulier. L'autonomie mène ainsi à justifier le principe d'intégrité découlant de la *rule of law* et ses exigences en matière de cohérence.⁷⁶³ L'autonomie *exige* donc d'interpréter l'architecture de la Charte canadienne comme permettant et limitant à la fois la renonciation. Or, nous savons que la force normative de l'autonomie se fonde sur l'égale dignité de toutes les personnes en tant qu'agents moraux. Ainsi que nous le verrons à la sous-section 4.2.2.6., c'est donc vers la dignité qu'il faille en définitive se tourner pour préciser davantage les

⁷⁶⁰ Voir la sous-section 2.2.1.2 « Les angles morts du consentement » et la sous-section 2.2.2.2 « L'autonomie au-delà du consentement ».

⁷⁶¹ Voir généralement le sous-chapitre 2.1.2 « Le consentement « libre et éclairé » : exigences et incertitudes ».

⁷⁶² Voir la sous-section 2.2.1.2 « Les angles morts du consentement ».

⁷⁶³ Voir généralement la sous-section 4.1 « L'impératif de la *rule of law* ».

cas où l'autonomie *doit* justifier une ouverture plus ou moins importante à la renonciation.

4.2.2.4 L'égalité

Le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination sont protégés par la Charte canadienne à son article 15. L'égalité est également une valeur et un principe non écrit découlant du texte de la Constitution comme de l'esprit fondamental du régime de protection des droits et libertés de la personne. Il s'agit d'un principe transcendant l'interprétation de la Charte canadienne. L'égalité doit donc jouer un rôle critique dans la conceptualisation de la problématique de la renonciation.

La renonciation est une limitation volontaire à un droit ayant notamment pour fondement l'égalité des personnes en tant qu'agents autonomes. Lorsqu'un individu renonce à un droit, il exprime un choix parmi une pluralité d'options. Nous avons vu que sans options véritables, il ne peut exister de choix ni de renonciation. Or, que le droit admette cette possibilité de choix et qu'il *respecte* une pluralité d'options ouvertes au renonçant relève du principe d'égalité. Une société libérale et égalitaire admet la diversité de croyances, d'opinions, de valeurs, de convictions par rapport au fait de vivre une vie bonne. Conformément au principe d'intégrité et de cohérence inhérents à la primauté du droit, l'égalité correctement comprise est compatible et renforce même le pluralisme. Il en est de même des valeurs d'autonomie, de démocratie et de dignité. L'ouverture à la renonciation peut donc se justifier par le principe d'égalité.

De la même manière que l'égalité et le respect du pluralisme vont de pairs, l'égalité et l'autonomie se renforcent aussi mutuellement. L'autonomie exige de respecter les choix fondamentaux des individus. Ce type de choix est protégé dans la sphère du droit à la liberté de l'article 7 de la Charte canadienne, mais il relève également du principe d'égalité. L'autonomie repose fondamentalement sur l'égale dignité de toutes les personnes en tant qu'êtres rationnels pouvant exercer leur agentivité. De plus, nous avons vu que l'autonomie correctement comprise est bien davantage que la seule

« liberté » de prendre n'importe quelle décision, de n'importe quelle manière et dans n'importe quel contexte.⁷⁶⁴ L'autonomie protège le droit des personnes de prendre des décisions sur certaines questions fondamentales traduisant leurs convictions et valeurs profondes, ce qui exprime le respect de l'égale importance des différents choix qui en résultent. Liberté et égalité ne s'opposent donc pas ; elles se renforcent mutuellement et donne un sens à ce que signifie véritablement l'autonomie. C'est dans cette perspective que le principe d'égalité infuse l'interprétation du droit à l'autonomie notamment en contexte de renonciation.

Cela dit, dans quelle mesure le principe d'égalité peut-il permettre de déterminer si une renonciation à un droit constitutionnel en particulier peut être justifiée ? La réponse simple à cette question est la suivante : tout dépend de ce qu'on entend exactement par « égalité ». Nous avons d'ailleurs déjà illustré en quoi l'égalité et le pluralisme peuvent être interprétés afin de soutenir des conclusions opposées en matière de limitation et de contractualisation des droits et libertés. En fait, il n'y a donc rien de simple dans la tâche de définir avec précision la portée substantive non seulement du droit à l'égalité, mais de l'égalité comme valeur constitutionnelle.

En effet, l'égalité peut évidemment être définie de multiples façons, et les débats en philosophie et théorie du droit à ce sujet sont sans doute aussi nombreux, virulents et complexes que ceux qui visent à préciser le sens de la « liberté ». En outre, la tradition libérale comprend plusieurs points de vue sur les rapports entre *égalité* et *liberté*.⁷⁶⁵ Préciser la portée substantive de l'égalité nécessite donc des réflexions et analyses au moins aussi approfondies que celle que nous avons effectuée précédemment quant au

⁷⁶⁴ Voir la sous-section 2.2.2.2.1 « Les fondements éthiques du concept d'autonomie ».

⁷⁶⁵ Pour un aperçu général de l'immense champ de réflexion soulevé par cette question, voir Gerald Gaus, Courtland, Shane D et Schmidtz, David, « Liberalism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (spring 2018), Edward N Zalta (éd), [En ligne : = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/liberalism/>>].

concept d'autonomie.⁷⁶⁶ Tel n'est toutefois pas l'objet précis de la présente démonstration.

Nous postulons que l'égalité, peu importe la portée substantive qui lui est attribuée, est un principe constitutionnel qui *doit* être considéré lorsqu'il est question de l'adjudication de droits et libertés en contexte de renonciation *et* que ce principe peut justifier l'ouverture comme les limites à la renonciation. Afin de démontrer cette affirmation, nous avons relevé des exemples jurisprudentiels en matière de renonciation où l'égalité est à la fois invoquée pour justifier la constitutionnalité d'une renonciation comme son inconstitutionnalité.

Considérons comme premier exemple la jurisprudence en matière d'aide médicale à mourir. L'arrêt *Carter* a déclaré inconstitutionnels les dispositions du *Code criminel* prohibant de manière absolue toute aide au suicide parce qu'elles portaient atteinte de manière injustifiée aux droits à la vie, l'autonomie et la sécurité de la personne⁷⁶⁷. Il a également été argumenté que les dispositions législatives en cause portaient atteinte au droit à l'égalité⁷⁶⁸. Comme la Cour avait déjà conclu que les dispositions limitaient de manière injustifiée l'article 7, elle a préféré ne pas se prononcer sur l'article 15 de la Charte canadienne.⁷⁶⁹

Toutefois, cela ne signifie pas qu'il n'y ait aucune trace du *principe* d'égalité dans l'arrêt *Carter*. Certes, nous avons vu que c'est l'autonomie en tant que droit et principe qui a joué un rôle déterminant dans l'analyse

⁷⁶⁶ Voir la sous-section 2.2.2.2.1 « Les fondements éthiques du concept d'autonomie ».

⁷⁶⁷ Ces droits sont protégés ensemble à l'article 7 de la Charte canadienne.

⁷⁶⁸ Ce droit est protégé à l'article 15 de la Charte canadienne.

⁷⁶⁹ *Carter* au para 93. Notons toutefois que la juge de première instance s'était prononcé sur l'article 15 de la Charte canadienne. Voir *Carter v Canada (AG)*, 2012 BCSC 886 aux para 1009 et suiv. Elle a conclu que les dispositions imposaient un fardeau disproportionné aux personnes handicapées physiquement, car pour s'enlever la vie, elles seules sont limitées au refus de s'alimenter et de s'hydrater (para 1076). À son avis, cette distinction était discriminatoire et injustifiée selon l'article 1. Bien que l'objectif de protéger les personnes vulnérables soit urgent et réel, et qu'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et cet objectif, la prohibition absolue ne constituait pas à son avis une atteinte minimale.

et la conclusion de la Cour suprême. Les juges ont souligné que la prohibition de toute aide à mourir privait les personnes d'« un choix « compatible avec les valeurs qu'elles ont eues toute leur vie et qui reflète leur vécu »⁷⁷⁰ ». La conception substantive du droit à l'autonomie développée par les juges témoigne ainsi d'un profond respect pour les différentes manières d'aborder l'intime question de la fin de vie en contexte de souffrances. La pluralité des convictions morales sur la *bonne* manière de vivre – et de mourir – se trouve ainsi prise en compte dans ce que signifie véritablement que de protéger l'autonomie. Or, cette considération de la diversité des points de vue et des valeurs illustre en quoi liberté et égalité sous-tendent *ensemble* le droit à l'autonomie. Une telle compréhension de l'autonomie est nécessairement liée à un *égal respect* de différents choix fondamentaux pouvant être effectués par les personnes « durant le passage à la mort⁷⁷¹ ».

Dans le précédent arrêt de la Cour suprême *Rodriguez*, le juge Lamer, dissident, avait conclu que la criminalisation de toute aide au suicide était discriminatoire et conséquemment contraire à l'article 15 de la Charte canadienne. À son avis, les personnes en situation de handicap qui sont ou seront incapables de mettre fin à leur vie sans assistance font l'objet d'une discrimination. Contrairement aux personnes capables de se donner la mort, ces personnes sont à son avis privées de la « possibilité de choisir le suicide⁷⁷² ». Le juge Lamer a intimement lié les *droits* à l'autonomie et à l'égalité en concluant que la limitation des choix pleinement ouverts aux personnes en situation de handicap pouvait être qualifiée de fardeau ou de désavantage. Il a conclu que pour ces personnes « le principe de l'autodétermination a été limité⁷⁷³ ».

Si le *principe* d'autonomie repose sur une conceptualisation conciliation ensemble les *valeurs* de liberté et d'égalité qui transcendent la Charte

⁷⁷⁰ *Ibid* au para 65, référant au jugement de première instance au para 1326.

⁷⁷¹ *Ibid* au para 63.

⁷⁷² *Rodriguez, supra* à la p 544 (j Lamer)

⁷⁷³ *Ibid* à la p 550 (j Lamer).

canadienne, cela signifie-t-il pour autant que la *limitation de choix* dont traite le juge Lamer constitue une *discrimination* prohibée par le droit garanti à l'article 15 ? Bref, si « autonomie » et « égalité » doivent être interprétées en symbiose, est-ce qu'une limitation de l'autodétermination peut constituer non seulement une restriction au *droit* à l'autonomie, mais également au *droit* à l'égalité ? Ces questions méritent une réponse et une justification allant au-delà des motifs soumis par le juge Lamer dans l'arrêt *Rodriguez*. La juge McLachlin, avec l'accord de la juge l'Heureux-Dubé, a d'ailleurs conclu que cette affaire ne relevait pas de la protection contre la discrimination :

[Traiter la question en litige comme une affaire de discrimination] risquerait de détourner la jurisprudence relative à l'égalité de l'objet véritable de l'art. 15, qui consiste à «corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne»: *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 992, motifs du juge en chef Lamer. J'estime plutôt que c'est la façon dont l'État peut restreindre le droit d'un individu de prendre des décisions sur sa personne en vertu de l'art. 7 de la *Charte* qui est en cause.⁷⁷⁴

Enfin, les juges majoritaires dans *Rodriguez* n'ont pas expressément examiné l'allégation de violation de l'article 15. Toutefois, ils ont conclu que même si une restriction au droit à l'égalité était démontrée, celle-ci serait « clairement justifiée⁷⁷⁵ » selon la norme de l'article 1 de la Charte canadienne. L'objectif de la loi prohibant l'aide au suicide avait été précisé comme visant « en partie à dissuader les malades en phase terminale de choisir la mort plutôt que la vie⁷⁷⁶ ». Dans cette perspective, le fait que les personnes puissent se voir limiter leur *accès* à une *mort choisie* ne rendait pas le choix du Parlement discriminatoire ou autrement inconstitutionnel.

⁷⁷⁴ *Ibid*, 616 (j McLachlin).

⁷⁷⁵ *Ibid*, 615 (j Sopinka).

⁷⁷⁶ Nos soulignements. *Ibid*, 614 (j Sopinka).

Le droit et la valeur d'égalité en contexte d'aide médicale à mourir pose de nombreuses questions sur lesquelles les parlements et les tribunaux auront à se pencher. Le 11 septembre 2019, la Cour supérieure du Québec a d'ailleurs conclu que les législateurs québécois et fédéral ne pouvaient pas limiter l'accès à l'aide médicale à mourir aux personnes « en fin de vie⁷⁷⁷ » et dont la « mort naturelle [est] raisonnablement prévisible⁷⁷⁸ ». Elle a conclu que ces dispositions portaient atteinte de manière injustifiée aux articles 7 et 15 de la Charte canadienne.⁷⁷⁹ D'autres questions devront également être discutés. Par exemple, le fait que la prohibition absolue de toute aide à mourir ait été jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême crée-t-elle un *droit* à une aide à mourir qui doive être à la fois permise et mise en œuvre par l'État ? Dans quelle mesure peut-on, ou doit-on, offrir l'aide à mourir aux mineurs, aux personnes souffrant de problèmes de santé mentale comme l'Alzheimer ou encore de problèmes de nature psychologique ? Si une loi interdit en tout ou en partie l'accès à l'aide à mourir à ces personnes, est-elle discriminatoire ? Le cas échéant, une telle discrimination serait-elle justifiée par les valeurs de notre société libre et démocratique, dont l'importance de protéger les personnes vulnérables ?

Ces exemples illustrent comment l'égalité en tant que droit et valeur peut justifier à la fois l'ouverture comme les limites à la renonciation. Interdire ou autrement priver une personne d'une aide à mourir en raison de son âge ou de sa condition médicale peut constituer une forme de discrimination. Permettre l'aide à mourir à toute personne, peu importe sa vulnérabilité, peut aussi violer l'égalité et le droit à une égale protection de toutes les personnes humaines. En outre, nous savons que certaines personnes en situation de handicap se sentent injustement exclues de l'accès à une aide

⁷⁷⁷ Voir le para 26(1) 3) de la *Loi concernant les soins de fin de vie*, *supra*.

⁷⁷⁸ Voir le para 241.2(2) d) du *Code criminel*, *supra*.

⁷⁷⁹ La Cour a suspendu sa déclaration d'invalidité pour une période de six (6) mois. *Truchon c Procureur général du Canada* 2019 QCCS 3792. Depuis, les gouvernements du Canada et du Québec ont choisi de ne pas porter le jugement en appel et ils se sont engagés à revoir leurs législations respectives. Cela ne signifie pas par ailleurs que l'analyse effectuée dans le jugement soit sans erreurs. Voir notamment Karine Millaire, « Jugement sur l'aide à mourir : Des motifs sérieux d'en appeler », *Le Devoir*, 1^{er} octobre 2019.

à mourir alors que d'autres personnes dans la même situation envisagent une telle éventualité comme étant discriminatoire à leur endroit. De la même manière que nous avons vu que certains débats opposent à tort *dignité contre dignité*⁷⁸⁰, il importe de ne pas opposer l'égalité des uns contre l'égalité des autres. Il s'avère donc nécessaire, au-delà de la contribution de la présente thèse, de préciser davantage ce qui est véritablement protégé par le droit à la valeur de l'« égalité » en contexte d'aide médicale à mourir.

La jurisprudence en matière contractuelle illustre également comment le principe d'égalité pourra illuminer l'analyse menant à déterminer si une renonciation à un droit fondamentale incluse dans un contrat pourra être justifiée ou non. Plus particulièrement, le fait qu'il s'agisse d'un contrat individuel ou collectif, par exemple une convention collective de travail, constitue un élément déterminant de l'analyse. Les renonciations faisant parties intégrantes de conventions collectives seront plus facilement justifiées que celles contenues dans des contrats individuels, en raison du fait qu'elles sont davantage négociées *à armes égales*.

En outre, les contrats individuels de travail ne sont pas conclus selon la même possibilité réelle de négociation que les contrats collectifs. Or, dans les cas où les rapports de force sont inégalitaires, on ne peut « considérer [que la personne] a renoncé librement. ⁷⁸¹ » La Cour suprême a formulé un raisonnement similaire dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem* où il était plutôt question d'une renonciation individuelle ayant eu lieu par la signature d'un contrat de copropriété. Lorsqu'une personne n'a « pas d'autre choix que de renoncer à celui-ci, il est impossible d'affirmer qu'il y a vraiment renoncé⁷⁸² ».

En comparaison, le déséquilibre habituellement présent dans la négociation entre employeurs et employés est davantage résorbé par le jeu du cadre

⁷⁸⁰ Voir nos commentaires à la p 45.

⁷⁸¹ *Godbout c Longueuil*, *supra* au para 72.

⁷⁸² Nos soulignements. *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* au para 97, référant à *Godbout c Longueuil*, *supra*.

juridique des relations collectives de travail. Cela a même justifié la Cour suprême de confirmer la validité d'une convention collective intégrant une discrimination fondée sur l'âge.⁷⁸³ En définitive, c'est le fait que « la convention collective a été négociée librement par des parties ayant un pouvoir de négociation relativement égal [et qu'elle] témoign[e] d'une équité inhérente⁷⁸⁴ » qui est véritablement déterminant.

Bref, le principe d'égalité justifie l'ouverture comme les limites à la renonciation. Celui-ci doit être concilié avec les autres principes et valeurs en jeu. En outre, l'autonomie correctement comprise doit s'interpréter à la lumière du principe d'égalité, c'est-à-dire de l'égle considération et valeur de toutes les personnes et de la diversité de leurs points de vue. De plus, la prise en compte de l'égle valeur de toutes les personnes exige de prendre en compte à sa juste valeur la responsabilité morale de la communauté de protéger l'égle dignité de toutes les personnes, même les plus vulnérables. Comme la nécessaire cohérence du droit et le principe d'intégrité, l'égalité repose en définitive sur la valeur fondamentale de la dignité humaine.

4.2.2.5 Le principe démocratique

Le principe démocratique a été expressément reconnu par la Cour suprême à titre de principe constitutionnel non écrit.⁷⁸⁵ Celui-ci est intimement lié à la question de la renonciation, tout autant qu'il l'est en outre en matière de sécession. La renonciation met en jeu les aspects à la fois collectifs et individuels du principe démocratique en protégeant à la fois la norme collective choisie par la majorité et l'autonomie – ou prétention à l'*autodétermination* – de l'individu.

La démocratie est un des piliers de l'architecture constitutionnelle canadienne. Une de ses premières significations, et sans doute la plus

⁷⁸³ Dickason, *supra*.

⁷⁸⁴ Nos soulignements. *Ibid* à la p 1131.

⁷⁸⁵ Voir notamment le *Renvoi sur la sécession* aux para 61-69.

commune, renvoie à « système politique soumis à la règle de la majorité⁷⁸⁶ ». Plus précisément, nous pourrions affirmer que la démocratie signifie d'abord que les citoyens d'un État ou d'une collectivité donnée, s'exprimant par leur voix majoritaire, possède un pouvoir de se gouverner selon leurs volontés. Qu'il s'agisse par exemple du long combat pour la suprématie parlementaire, de l'avènement du gouvernement responsable ou de la constitutionnalisation de l'État canadien en fédération en 1867, les jalons historiques de la démocratisation illustrent bien qu'il s'agit là d'un processus continu et non d'un acquis immuable. Il demeure toujours vrai d'affirmer que le Canada est « une démocratie en évolution qui se dirige par étapes inégales vers l'objectif du suffrage universel et d'une représentation plus effective⁷⁸⁷ », c'est-à-dire d'une meilleure et pleine démocratie.

La démocratie signifie effectivement bien plus que la seule prise en compte du plus grand nombre ayant pu s'exprimer ou être entendu. Elle demande que le principe « une personne, une voix » soit concilié avec « la reconnaissance nécessaire des cultures et des groupes et l'amélioration de la participation des particuliers au processus électoral et à la société⁷⁸⁸ ». Une représentation véritablement effective de la population, même de la seule « voix majoritaire » de ses citoyens, doit prendre racine dans la participation représentative au sein de notre système politique de ceux-ci. Le visage de la majorité doit refléter ceux qui ont été et demeurent dans une certaine mesure exclus du plein pouvoir politique, à savoir non seulement les minorités, mais également les femmes et les peuples autochtones.⁷⁸⁹ Bref, la société canadienne étant plurielle, il ne serait y avoir de véritable représentation démocratique de celle-ci si ce *pluralisme* n'est pas reflété dans son expression.

⁷⁸⁶ Renvoi sur la sécession au para 63.

⁷⁸⁷ Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (*Sask*), [1991] 2 RCS 158, à la p 186.

⁷⁸⁸ *Ibid* à la p 188.

⁷⁸⁹ Renvoi sur la sécession au para 63.

C'est ainsi une compréhension substantive plus riche de la démocratie que celle émanant de la seule logique mathématique qui sous-tend non seulement le droit de vote, mais l'ensemble des droits et libertés protégés par la Charte canadienne. Le principe démocratique est un « objet même de l'enchâssement de la Charte dans la Constitution : la société canadienne doit être libre et *démocratique*⁷⁹⁰ ». Dès l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême expliquait que cette « norme fondamentale » de la société libre et démocratique, laquelle est celle suivant laquelle les droits et libertés peuvent être limités, repose sur d'autres valeurs fondamentales devant guider sa compréhension :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.⁷⁹¹

Si la démocratie exprime donc bien sûr la volonté souveraine du peuple, le principe démocratique, en tant que *principe constitutionnel non écrit*, doit être compris et concilié à la lumière des autres principes façonnant la structure fondamentale de notre Constitution. La démocratie correctement comprise ne peut exister sans la primauté du droit et le respect du constitutionnalisme qui en découle. Or, le respect du constitutionnalisme et des droits fondamentaux exige notamment de concilier la démocratie avec les principes d'autonomie, et d'égalité des personnes, liées aux valeurs du pluralisme et de dignité humaine.

Dans le contexte de notre propos, cela signifie d'abord que la démocratie ne peut être interprétée de manière à faire échec à toute ouverture à la renonciation. Il serait contraire au principe de la primauté du droit que de

⁷⁹⁰ Nos italiques. *Oakes*, *supra* au para 64.

⁷⁹¹ *Ibid.*

refuser toute expression d'un choix véritablement autonome fondé sur des valeurs liées aux droits et libertés de la personne au nom de l'imposition du choix de la majorité. Une démocratie libérale en est une qui crée et protège les conditions nécessaires afin que chacun puisse lui-même déterminer ce qui constitue une vie bonne et effectuer des choix fondamentaux en ce sens. Chacun doit être libre de choisir et poursuivre des valeurs personnelles, de prendre des décisions en ce sens « qui reflète[nt] leur vécu⁷⁹² ». Il s'agit de l'essence du principe d'autonomie reconnu dans la jurisprudence, lequel est également indissociable de la marche vers l'égalité réelle des personnes en droit et en dignité.

En contrepartie, les choix individuels des personnes, même se fondant sur des croyances profondes et sincères quant à la manière de mener une vie bonne, ne peuvent avoir préséance sur l'ensemble des choix collectifs, des principes et des valeurs structurant la Constitution. La primauté du droit requière plutôt de concilier ces principes. La norme générale de la « société libre et démocratique » est donc celle qui fonde la légitimité politique, la constitutionnalité et la *légalité* de la limitation de la renonciation. Autrement dit, la démocratie exige de reconnaître la possibilité de la renonciation comme ses limites ou restrictions.

Nous avons vu que ce rapport du principe démocratique à la justification de la renonciation est particulièrement pertinent lorsque l'individu, par son choix de renoncer à l'*exercice individuel* d'un droit constitutionnel, remet de fait en cause la constitutionnalité d'une norme législative choisie à l'issue d'un *exercice collectif*.⁷⁹³ C'est par exemple le cas lorsqu'une personne renonce individuellement à invoquer le droit à la vie pour soutenir que l'encadrement législatif de l'aide à mourir porte atteinte à ses droits à l'autonomie et la sécurité, voir la vie. Dans un tel cas, le principe démocratique intervient pour fonder la nécessité de *justifier la renonciation* et non seulement l'atteinte invoquée. La norme de la société libre et

⁷⁹² *Carter*, *supra* au para 68 ; jugement de première instance au para 1326.

⁷⁹³ Voir la sous-section 3.3.2.1 « La renonciation et la validité de la loi commune : *Carter c Canada* ».

démocratique nécessite également de reconnaître que différents choix collectifs peuvent en contrepartie justifier une limitation de la possibilité de renoncer aux droits.

4.2.2.6 La dignité humaine

La valeur et le principe constitutionnel de dignité humaine transcende la problématique ainsi que la théorisation du concept de renonciation. Il en fut donc question du début à la fin de notre démonstration. La dignité s'est imposée d'entrée de jeu comme principe pouvant justifier que certaines garanties fondamentales ne puissent être susceptibles de renonciation.⁷⁹⁴ Elle s'est rapidement révélée être aussi le fondement du principe d'autonomie qui justifie que les personnes puissent faire des choix personnels fondamentaux et renoncer dans certaines circonstances à leurs droits et libertés.⁷⁹⁵ La dignité constitue le fil rouge qui tisse les liens entre la responsabilité éthique et morale des agents autonomes, la communauté de principes, l'intégrité et la *rule of law*. Elle est donc la justification ultime de l'ouverture comme de la limitation à la renonciation.

Tout le système de protection des droits et libertés repose sur la puissante normativité du principe de dignité. Cette normativité est à la fois éthique, morale⁷⁹⁶ et juridique⁷⁹⁷. De la proclamation internationale des droits et libertés de la personne à leur enchâssement dans la Constitution ainsi que

⁷⁹⁴ Nous avons démontré qu'aucun principe ne peut justifier de départager de manière étanche les *droits* et *libertés* comme étant théoriquement susceptibles ou non de renonciation. Toutefois, il demeure que certaines *garanties* protégées par les droits et libertés fondamentaux échapperont à toute possibilité de renonciation en raison du principe de dignité humaine. C'est par exemple le cas du droit à l'interprète de l'inculpé risquant une peine d'emprisonnement. Voir *R c Tran, supra*.

⁷⁹⁵ Voir généralement la sous-section 1.1 « Les limites inhérentes à la dignité humaine ».

⁷⁹⁶ Voir la sous-section 1.1.1.1 « Une normativité philosophique ».

⁷⁹⁷ Voir la sous-section 1.1.1.2 « Une normativité juridique ».

d'autres textes fondateurs, la dignité constitue le fondement *commun* de la protection des droits *humains*.⁷⁹⁸

La protection contemporaine des droits humains est d'ailleurs intimement liée au développement de la pensée libérale et du principe d'autonomie développé depuis par Kant. Le libéralisme des droits est indissociable de la protection des libertés fondamentales des personnes.⁷⁹⁹ Il va également de pair avec la reconnaissance du pluralisme accru des sociétés contemporaines. Le libéralisme reconnaît et affirme l'égalité des personnes en tant qu'agents autonomes. Cette égale liberté de tous se fonde sur le principe d'humanité. Toutes les personnes sont également libres en ce qu'elles sont également des êtres rationnels. Par sa dignité inhérente, chaque personne possède la même valeur.

Si la dignité fonde donc l'autonomie, nous avons vu que l'autonomie fonde à son tour largement la possibilité comme les limites de la renonciation. En outre, le régime du consentement libre et éclairé repose sur l'idée que les personnes sont capables d'effectuer des choix qui doivent être pris au sérieux.⁸⁰⁰ Nous avons toutefois vu que le seul consentement ne peut justifier substantivement la renonciation. L'autonomie correctement comprise exige davantage que le seul consentement.⁸⁰¹ La dignité n'appartient pas au seul individu, elle est partagée entre toutes les personnes humaines.

L'acte de *juger* de la constitutionnalité de la renonciation est fondamentalement humain. Nous savons que le droit est un concept qui exige continuellement d'être interprété. Il en est de même du concept de renonciation et de toute problématique concrète que ce dernier soulève en pratique. Le droit est construit de règles et principes dont la cohérence

⁷⁹⁸ Voir notre démonstration à la sous-section 1.1.2 « Un fondement commun à tous les droits et libertés ».

⁷⁹⁹ Sur le libéralisme, voir nos commentaires à la p 187.

⁸⁰⁰ Voir la sous-section 2.2.21 « Le droit et la valeur de l'autonomie comme prémisses du consentement ».

⁸⁰¹ Voir la sous-section 2.2.2.2 « L'autonomie au-delà du consentement ».

demande à être prise au sérieux. Or, veiller au maintien de cette cohérence, laquelle est nécessaire à la *rule of law*, est sous la responsabilité des personnes qui en jugent.

En théorie comme en pratique, cela signifie que l'interprétation de la renonciation fait appel à la responsabilité éthique des juges et juristes. Cette responsabilité éthique face à soi-même est indissociable de la responsabilité morale qui fonde le *devoir* de résoudre même les cas les plus difficiles. Ce devoir moral de la juge exige non seulement qu'elle ne puisse abdiquer sa responsabilité de juger, mais encore qu'elle puisse *justifier* son jugement. La juge doit cette justification à la communauté de principes à laquelle il appartient. Elle ne peut donc se justifier de n'importe quel instinct ou de toute considération circonstancielle. Certes, la responsabilité de juger implique bien-sûr de tenir compte du contexte, mais elle ne justifie pas d'exercer l'autorité du pouvoir judiciaire sans se fonder sur les principes de la communauté. C'est la légitimité du droit qui en dépend.⁸⁰²

Bref, c'est ainsi que de la dignité humaine nous justifions que nous puissions renoncer à *nos* droits et libertés constitutionnels, mais que de telles renonciations ne doivent pas être sans limites. Elles doivent être *justifiées*. C'est la dignité qui fonde également le principe du droit comme intégrité et l'unité de l'éthique et de la morale. Cette unité n'est pas totalisante dans le sens où l'éthique et la morale en viendraient à se dissoudre dans un tout homogène. Il s'agit d'une unité qui reconnaît et affirme que la morale et l'éthique se fondent et se supportent mutuellement. La vérité de cette affirmation est admise depuis la pensée grecque jusqu'au libéralisme contemporain de Dworkin, en passant par l'avènement fondateur des Lumières et la morale comme autonomie chez Kant. Il n'y a donc rien de véritablement nouveau à affirmer l'unité des valeurs. La

⁸⁰² Voir généralement la sous-section 3.1 « Interpréter la renonciation » et la sous-section 4.1 « L'impératif de la *rule of law* ».

dignité – indivisible⁸⁰³ – est le fondement qui explique et justifie la renonciation.

⁸⁰³ L'expression « *Dignity Indivisible* » est celle de Dworkin. *Justice for Hedgehogs*, *supra* à la p 417.

Conclusion

JUSTIFIER LA RENONCIATION... DANS NOTRE SOCIÉTÉ LIBRE ET DÉMOCRATIQUE

Notre thèse a débuté par un questionnement sur la perte d'un horizon moral partagé qui caractérise l'époque moderne. Nous souhaitions mieux comprendre comment résoudre le conflit apparent entre la quête d'authenticité libérale de chacun et la protection commune des droits humains. La volonté d'autogouvernance contemporaine qui transforme progressivement la normativité juridique en était-elle venue jusqu'à reconnaître que les personnes puissent choisir de renoncer à leurs droits et libertés les plus *fondamentaux* ? Force est de constater que la possibilité de renoncer aux droits et libertés – même constitutionnalisés – est en effet devenue la norme plutôt que l'exception.

Face à cette évidence, d'aucun pouvaient y voir plutôt une conclusion excessivement alarmante ou autrement mal avisée. Nous ne nous en étonnons plus *a posteriori*, sachant que ceux qui prétendent détenir la science et la connaissance ont horreur des changements de paradigme. Le mot « renonciation » n'était-il pas mal choisi ? Ne s'agissait-il pas d'un excès de langage ? Pourquoi aurions-nous besoin d'un tel concept nous renvoyant une image si négative du rapport des personnes envers *leurs* droits ? N'était-il pas même dangereux de parler de renonciation ? Cette quête comportait-elle un agenda caché de nature libertaire ou liberticide ? Et pourquoi aurions-nous besoin de ce concept de toute façon, alors que nous avons en outre le concept d'autonomie et celui du consentement libre et éclairé ? Notre défi était de taille.

Nous savions que la renonciation existait. Nous avions également la conviction authentique de la nécessité de l'expliquer et de la justifier. Nous avions l'intuition rationnelle que si un seul consentement *individuel* est invoqué pour renoncer à une garantie propre à ce que nous avons en *commun*, c'est une perte fondamentale qui en résulte. Il nous fallait le démontrer. Quant à la méthode, nous étions confinés à préciser dans le noir

les contours de la renonciation, un peu à la manière dont il est possible de savoir qu'une planète existe sans l'avoir encore aperçue.⁸⁰⁴ C'est en situant la renonciation par rapport aux autres concepts avec lesquels elle interagit et en la positionnant correctement au sein du système normatif constitutionnel que nous avons pu réaliser notre démonstration.

Nous soumettons humblement que de notre travail résulte au moins trois (3) contributions significatives à la *connaissance* commune.⁸⁰⁵ Dans une perspective critique, nous démontrons (i) que l'ancien paradigme selon lequel les droits et libertés fondamentaux ne seraient susceptibles de renonciation qu'exceptionnellement est révolu. La distinction entre les droits et libertés susceptibles ou non de renonciation ne peut se justifier ni en théorie, ni en pratique.

Le cœur de notre thèse consiste à proposer ensuite une (re) conceptualisation de la renonciation. Nous démontrons (ii) que lorsqu'elle a pour objet des droits ou libertés pouvant être limités au sens de l'article 1 de la Charte canadienne, la renonciation constitue une *limite* volontaire au sens de cette disposition. En conséquence, comme toute limite aux droits et libertés, qu'elles soient volontaires ou non, (iii) la renonciation doit être *justifiée* selon la norme de l'article 1. L'ouverture comme la limite à la renonciation doit être justifiée par la *rule of law*, le principe de cohérence et d'intégrité du droit ainsi que les principes non écrits façonnant l'architecture constitutionnelle de la renonciation.

En outre, nous avons souligné qu'une des raisons permettant d'expliquer que la renonciation fut longtemps maintenue dans l'ombre est liée au langage des droits adopté par la Cour suprême. En définissant la *limitation* d'un droit au sens de l'article 1 de la Charte canadienne comme étant une *violation* de celui-ci, la renonciation en tant que limite volontaire se trouve exclue de vocabulaire juridique à notre portée, de notre monde conceptuel. En revenant aux fondements de ce que constitue *vraiment* que (dé)limiter un droit dans une

⁸⁰⁴ Nous renvoyons le lecteur, de manière quelque peu circulaire, à la note 1.

⁸⁰⁵ Nous sommes d'avis que les expressions « connaissance commune » ou « savoir partagé », par exemple, sont davantage à propos que celle de « contribution scientifique ».

société libre et démocratique, nous trouvons du même coup le langage pour discuter de ce phénomène et de ce concept qu'est la « renonciation. Cela ne signifie pas que les juges doivent revoir de fond en comble la forme du test développé dans l'arrêt *Oakes*. Cela signifie plutôt que si les juges tiennent à conserver le langage qu'ils ont choisi dans l'arrêt *Oakes*, ils doivent adapter leur cadre analytique en matière de limitation aux droits afin de tenir pleinement compte de la nouvelle réalité de la renonciation.

Bref, si les individus peuvent désormais renoncer à une pluralité de garanties protégées par les droits et libertés constitutionnels, ils ne peuvent pas renoncer *au droit* lui-même et à la norme justificative de l'article 1. L'État ne peut limiter les droits des personnes de manière injustifiée dans notre société libre et démocratique. Un individu ne peut non plus choisir de limiter ses droits au-delà de ce cadre de référence... inévitable⁸⁰⁶ Cette conclusion peut sembler *a fortiori* évidente. Si tel est le cas, c'est que notre démonstration est réussie.

Notre thèse soulève de nombreuses questions additionnelles. En outre, elle rend nécessaire d'examiner comment le langage et la rationalité juridiques, habituées à déterminer si les *violations* aux droits sont justifiées ou non, pourra – voire devra – s'adapter au nouveau paradigme de la renonciation. Nous savons que la renonciation doit être justifiée dans le cadre du processus d'adjudication des droits. Comment cette exigence requise par la *rule of law* pourra-t-elle être mise en pratique ? Comment la renonciation peut-elle, ou doit-elle, être justifiée dans le cadre du test analytique élaboré par la Cour suprême pour déterminer si une limitation à un droit est justifiée en vertu de la norme de l'article 1 de la Charte canadienne ?

⁸⁰⁶ De manière plus générale sur l'impossibilité de se soustraire à tout cadre de référence, et afin d'ouvrir encore davantage la réflexion, voir Charles Taylor, « Des cadres de référence inévitables » dans *Les sources du moi – La formation de l'identité moderne*, Montréal, Boréal, 1989 aux pp 15-41.

Selon l'arrêt *Oakes*, une limite à un droit est justifiée si (a) l'objet de la loi est urgent et réel, c'est-à-dire légitime ; et que (b) les moyens choisis par le parlement sont proportionnels à cet objet. Une loi est proportionnée à son objet si (1) les moyens adoptés sont rationnellement liés à cet objet ; (2) elle porte atteinte de façon minimale au droit visé ; et (3) il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi. Or, ce test analytique a été élaboré par la Cour suprême dans le contexte historique où les droits et libertés fondamentaux avaient été enchâssés dans la Charte canadienne afin de les protéger contre toute *violation* par l'État. C'est dans cette perspective qu'on a conclu que la restriction à un droit, à supposer qu'elle poursuive un objectif légitime, doit être la plus minimale possible.⁸⁰⁷

La norme de l'atteinte minimale est problématique en contexte de renonciation, alors que l'objectif de la loi peut justement viser à protéger et promouvoir des valeurs protégées par d'autres garanties collectives abdiquées par le renonçant. Par exemple, il est possible d'argumenter que le fait que le *Code criminel* ne permette pas à toutes les personnes en situation de handicap d'obtenir une aide médicale à mourir restreint les droits à l'autonomie et à la sécurité de ces personnes garantis à l'article 7 de la Charte canadienne. Si l'objectif de la mesure législative est de protéger et promouvoir l'égale valeur de la vie de tous, la restriction aux droits à l'autonomie et la sécurité doit-elle être absolument « minimale » pour être raisonnable et justifiée au sens de l'article 1 ? Ne devrait-on pas mettre dans la balance, d'un côté, les valeurs protégées par les droits individuels qui sont restreints, et de l'autre côté, les valeurs protégées par les droits que le renonçant a *personnellement* abdiqués, mais qui font l'objet d'une protection *collective* par la mesure législative attaquée ? Le cas échéant, comment devrait-on déterminer quels poids relatif doit avoir chacune de ces valeurs ? La Cour suprême a d'ailleurs invité à approfondir cette perspective dans l'arrêt *Carter* :

⁸⁰⁷ La Cour suprême a toutefois nuancé avec le temps le critère de l'atteinte minimale. Voir *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 RCS 567.

« Il est difficile de justifier une violation de l'art. 7 [parce que les droits qu'il protège] peuvent difficilement être supplantés par des intérêts sociaux divergents. [Toutefois, lorsque] les intérêts opposés de la société sont eux-mêmes protégés par la *Charte*, une restriction aux droits garantis par l'art. 7 [pourrait éventuellement] être jugée proportionnée à son objectif.⁸⁰⁸ »

Le concept de renonciation permet également de questionner la mesure selon laquelle une personne peut abdiquer « son » droit à une réparation pleine et entière en vertu de l'article 24 de la Charte canadienne. Par exemple, la validité d'un règlement hors cour pourrait-elle être exceptionnellement sujette à être examinée par les tribunaux à la lumière de la norme de la raisonnable dans une société libre et démocratique ? Supposons qu'une personne ayant subi de la torture⁸⁰⁹ consente de manière *libre et éclairée* à n'obtenir qu'une somme clairement dérisoire en réparation de la violation à ses droits. Une telle renonciation est-elle (ou doit-elle être) *justifiée* au sens de l'article 1 ? La question est posée dans le contexte où l'octroi de dommages-intérêts en vertu de l'article 24 *n'appartient pas* uniquement à la victime. Ils peuvent être octroyés indépendamment du préjudice subi par l'individu. Selon la Cour suprême, « les atteintes à des droits protégés par la Constitution causent un préjudice non seulement à leurs victimes, mais à la société dans son ensemble⁸¹⁰ ».

Plus largement, la renonciation aux droits et libertés fondamentaux hors du domaine d'application de la Charte canadienne ouvre plusieurs autres pistes de recherche. Dans quelle mesure nos analyses portant sur l'article 1 de la Charte canadienne pourraient s'appliquer à l'article 9.1 de la Charte québécoise, en particulier lorsque l'État n'est pas partie à la transaction impliquant renonciation ? La renonciation peut-elle permettre de

⁸⁰⁸ *Carter, supra* au para 95.

⁸⁰⁹ Nous pensons par exemple au cas d'Omar Khadr. Voir *Canada (Justice) c Khadr*, [2008] 2 RCS 125, 2008 CSC 28 ; *Canada (Premier ministre) c Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 RCS 44. Nous savons par ailleurs qu'un règlement a un lieu entre Omar Khadr et le Procureur général du Canada pour une somme de 10,5 millions \$.

⁸¹⁰ *Vancouver (Ville) c Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 RCS 28 au para 28.

conceptualiser la manière dont la *contractualisation* des droits et libertés dans le domaine privé peut ou doit être justifiée ?

Par exemple, la renonciation pose des enjeux sensibles en matière de protection de la vie privée⁸¹¹ à l'ère de la portée toujours plus accrue des technologies de l'information et de la communication des informations personnelles. Les consentements individuels sont souvent données de manière *quasi automatique* pour contracter sur le web ou être actif sur les réseaux sociaux. Très souvent, les renonçants ne connaissent pas ou *ne peuvent pas* connaître toutes les conséquences possibles de leur acceptation.⁸¹² Dans ce contexte, toute renonciation est-elle justifiée indépendamment de la gravité des conséquences ?

De plus, la possibilité de renoncer par contrat aux garanties de la liberté de religion demeure pendante depuis l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem*. Il est inévitable que la question se soulèvera à nouveau, la contractualisation des pratiques religieuses ne cessant d'être à la source de litiges.⁸¹³ La Cour suprême a d'ailleurs elle-même invité à se pencher sur la renonciation à la liberté de religion en affirmant que celle-ci « soulève encore des interrogations⁸¹⁴ ».

On dit parfois que la démonstration propre à la démarche de la thèse se doit de *fermer toutes les portes*. Nous nous devons de constater que notre thèse en ouvre bien davantage qu'elle n'en referme. Cela est sans doute le propre des champs de recherche qui ouvrent de nouveaux paradigmes. La discussion est ouverte.

⁸¹¹ Voir l'article 5 de la Charte québécoise.

⁸¹² Voir par exemple l'étude suivante démontrant que les contrats dans internet, même s'ils sont supposés avoir été lus, sont « largement ignorés ou mal connus ». Azzaria et Zimmermann, « Pratiques et représentations des internautes québécois en matière de consentement, de droit à la vie privée et de droit d'auteur », *supra*.

⁸¹³ Sur la contractualisation de pratiques religieuses en général, voir par exemple *Bruker c Marcovitz*, [2007] 3 RCS 607, 2007 CSC 54 (contexte de la détermination des droits et normes applicables entre époux en cas de rupture) ; *Trinity Western c College of Teachers*, *supra* et *LSBC c Trinity Western University*, *supra* (code de conduite obligatoire lié au respect de pratiques religieuses en contexte universitaire).

⁸¹⁴ *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* au para 92.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

(a) Législation canadienne

Lois constitutionnelles

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, c 3 (R-U).

Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11, incluant la *Charte canadienne des droits et libertés* (Partie I).

Lois fédérales

Code criminel, LRC 1985, c C-46 [extraits].

Déclaration canadienne des droits, SC 1960, c 44.

Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir), LC 2016, c 3.

Loi sur la Cour suprême, LRC 1985, c S-26.

Lois québécoises

Charte des droits et libertés de la personne, LRQ c-12.

Code civil du Québec, LQ, 1991, c 64 [extraits].

Loi concernant les soins de fin de vie, RLRQ c S-32.0001.

Loi sur la protection du consommateur, RLRQ c P-40.1.

Règlementation québécoise

Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre public, et sur l'utilisation du domaine public, RRVM c P-6.

(b) Législation étrangère

Basic Law: Human Dignity and Liberty, Basic Laws of Israël (17 mars 1992) [traduction].

Constitution fédérale de la Confédération suisse, RO **1999** 2556 (18 avril 1999).

Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional No 116 (20 de julio de 1991).

Constitution of the Republic of South Africa, no 108 (18 December 1996).

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (23 mai 1949) [Loi fondamentale pour la République d'Allemagne].

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dziennik Ustaw no 78, texte 483 (2 avril 1997) [Constitution de la République de Pologne].

La Constitution de la Fédération de Russie (12 décembre 1993) [traduction].

(c) Traités internationaux

Charte des Nations Unies, 1 UNTS XVI (24 octobre 1945).

Déclaration universelle des droits de l'homme, GA RES 21A (III), UN DOC A/810 (10 décembre 1948).

Déclaration et programme d'action de Vienne, doc off AG NU, 48^e sess., doc NU A/CONF.157 (1993) 23.

JURISPRUDENCE

(a) Jurisprudence canadienne

Cour suprême du Canada

AC c Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille), 2009 CSC 30, [2009] 2 RCS 181.

Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c Cunningham, [2011] 2 RCS 670.

Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony, 2009 CSC 37, [2009] 2 RCS 567.

Andrews c Law Society of British Columbia, [1989] 1 RCS 143.

Association des juristes de justice c Canada (Procureur général), 2017 CSC 55, [2017] 2 RCS 456.

Aubry c Éditions Vice-Versa, [1998] 1 RCS 591.

BCGEU c Colombie-Britannique (PG), [1988] 2 RCS 214.

Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission), 2000 CSC 44, [2000] 2 RCS 307.

B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 RCS 315

Bruker c Marcovitz, [2007] 3 RCS 607, 2007 CSC 54.

Canada (Justice) c Khadr, [2008] 2 RCS 125, 2008 CSC 28.

Canada (Premier ministre) c Khadr, 2010 CSC 3, [2010] 1 RCS 44.

Canada (Procureur général) c Bedford, 2013 CSC 72, [2013] 3 RCS 1101.

Canada (PG) c JTI-Macdonald Corp, 2007 CSC 30, [2007] 2 RCS 610.

Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society, 2011 CSC 44, [2011] 3 RCS 134.

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c Canada (Procureur général), [2004] 1 RCS 76, 2004 CSC 4.

Carter c Canada (Procureur général), 2015 CSC 5, [2015] 1 RCS 331.

Carter c Canada (Procureur général), 2016 CSC 4, [2016] 1 RCS 13.

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

Ciarlariello c Schacter, [1993] 2 RCS 119.

Clarkson c La Reine, [1986] 1 RCS 383.

Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée, [2005] 2 RCS 473, 2005 CSC 49.

Commission ontarienne des droits de la personne c Municipalité d'Etobicoke, [1982] 1 RCS 202.

Cuthbertson c Rasouli, 2013 CSC 53, [2013] 3 RCS 341.

Dagenais c Société Radio-Canada, [1994] 3 RCS 835.

Dickason c Université de l'Alberta, [1992] 2 RCS 1103.

Doré c Barreau du Québec, 2012 CSC 12.

E (M^{me}) c Eve, [1986] 2 RCS 388.

École secondaire Loyola c Québec (PG), 2015 CSC 12, [2015] 1 RCS 613.

Egan c Canada [1995] 2 RCS 513.

Figuerola c Canada (Procureur général), 2003 CSC 37, [2003] 1 RCS 912.

Frank c Canada (Procureur général), 2019 CSC 1.

Garcia Transport Ltée c Cie Royal Trust, [1992] 2 RCS 499.

Godbout c Longueuil (Ville), [1997] 3 RCS 844.

Gosselin (Tuteur de) c Québec (Procureur général), [2005] 1 RCS 238, 2005 CSC 15.

Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique, [2007] 2 RCS 391, 2007 CSC 27.

Insurance Corp of British Columbia c Heerspink, [1982] 2 RCS 145.

Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général), (1989) 1 RCS 927.

Korponay c Procureur général du Canada, [1982] 1 RCS 41.

Lavallée, Rackel & Heintz c Canada (Procureur général) ; White, Ottenheimer & Baker c Canada (Procureur général) ; R. c Fink, [2002] 3 RCS 209, 2002 CSC 61.

Law Society of British Columbia c. Trinity Western University, 2018 CSC 32.

Marcoux c Bouchard, [2001] 2 RCS 726, 2001 CSC 50.

McKinney c Université de Guelph, [1990] 3 RCS 229.
Mills c La Reine, [1986] 1 RCS 863.
Newfoundland Association of Public Employees c Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre), [1996] 2 RCS 3.
Québec (Procureur général) c A 2013 CSC 5, [2013] 1 RCS 61.
R c Advance Cutting & Coring Ltd, [2001] 3 RCS 209, 2001 CSC 70.
R c Arp, [1998] 3 RCS 339.
R c Bartle, [1994] 3 RCS 173.
R c Big M Drug Mart Ltd, [1985] 1 RCS 295.
R c Black, [1989] 2 RCS 138.
R c Borden, [1994] 3 RCS 145.
R c Brassard, [1993] 4 RCS 287.
R c Butler, [1992] 1 RCS 452.
R c Cody, 2017 CSC 31, [2017] 1 RCS 659.
R c Cole, [2012] 3 RCS 34.
R c Côté, [1978] 1 RCS 8.
R c Downey, [1992] 2 RCS 10.
R c Dyment, [1988] 2 RCS 417.
R c Edwards Books and Art Ltd, [1986] 2 RCS 713.
R c Evans, [1991] 1 RCS 869.
R c Fearon, [2014] 3 RCS 621; 2014 CSC 77.
R c Grant, 2009 CSC 32, [2009] 2 RCS 353.
R c Harper, [1994] 3 RCS 343.
R c Hebert, [1990] 2 RCS 151.
R c Jobidon, [1991] 2 RCS 714.
R c Jones, [1986] 2 RCS 284.
R c Jordan, 2016 CSC 27, [2016] 1 RCS 631.
R c Kapp, [2008] 2 RCS 483, 2008 CSC 41.
R c Keegstra, [1990] 3 RCS 697.

R c Khawaja, 2012 CSC 69, [2012] 3 RCS 555.
R c Labaye, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80.
R c Lee, [1989] 2 RCS 1384.
R c Lucas, [1998] 1 RCS 439.
R c Lyons, [1987] 2 RCS 309.
R c Malmo-Levine ; R c Caine, [2003] 3 RCS 571, 2003 CSC 74.
R c Manninen, [1987] 1 RCS 1233.
R c Marakah, 2017 CSC 59, [2017] 2 RCS 608.
R c Mellenthin, [1992] 3 RCS 615.
R c Morgentaler, [1988] 1 RCS 30.
R c Oakes, [1986] 1 RCS 103.
R c Paternak, (1996) 3 RCS 607.
R c Patrick, 2009 CSC 17, [2009] 1 RCS 579.
R c Pham, 2013 CSC 15, [2013] 1 RCS 739.
R c Rahey, [1987] 1 RCS 588.
R c Reeves, 2018 CSC 56.
R c Richard, [1996] 1 RCS 896.
R c Ross, [1989] 1 RCS 3.
R c Sharpe, [2001] 1 RCS 45, 2001 CSC 2.
R c Sinclair, 2010 CSC 35, [2010] 2 RCS 310.
R c Singh, [2007] 3 RCS 405, 2007 CSC 48.
R c Smith, [1987] 1 RCS 1045.
R c Taylor, [2014] 2 RCS 495.
R c Tran, [1994] 2 RCS 951.
R c Turpin, [1989] 1 RCS 1296.
R c Williamson, 2016 CSC 28, [2016] 1 RCS 741.
R c Willier, 2010 CSC 37, [2010] 2 RCS 429.
R c Wong, 2018 CSC 25, [2018] 1 RCS 696.

Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 RCS 721.

Renvoi: Motor Vehicle Act de la C-B, [1985] 2 RCS 486.

Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art.5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 RCS 433.

Renvoi relatif à la réforme du Sénat, 2014 CSC 32.

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î-P-É), [1997] 3 RCS 3.

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

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79.

Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask), [1991] 2 RCS 158.

Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 RCS 753.

Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 RCS 793.

Rodriguez c Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 RCS 519.

Roncarelli c. Duplessis, [1959] RCS 121.

Saskatchewan (Human Rights Commission) c Whatcott, 2013 CSC 11, [2013] 1 RCS 467.

Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 RCS 3, 2002 CSC 1.

Syndicat Northcrest c Amselem, [2004] 2 RCS 551, 2004 CSC 47.

Trinity Western c College of Teachers, [2001] 1 RCS 772, 2001 CSC 31.

Vancouver (Ville) c Ward, 2010 CSC 27, [2010] 2 RCS 28.

WIC Radio Ltd c Simpson, [2008] 2 RCS 420, 2008 CSC 40.

Winnipeg School Division No 1 c Craton, [1985] 2 RCS 150.

Cour d'appel du Québec

Bloc québécois c Sourour, (2009) RRA 435; JE 2009-1038 (CA) ; 2009 QCCA 942.

Compagnie minière Québec-Cartier c. Commission des droits de la personne du Québec, JE 99-211 à la p 57, 1998 CanLII 12609 (QC CA), REJB 1998-09715 (CA).

Journal de Québec (Le), division de Communications Quebecor Inc c Beaulieu-Marquis, (2002) RRA 797; 2002 CanLII 41223 (QC CA).

R c Nersysyan, 2005 QCCA 606 (CA).

R c Raymond, 2009 QCCA 808 (CA).

Villeneuve c Ville de Montréal, 2018 QCCA 321.

Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse

R c Lucas, (1984) 150 DLR (3d) 118 (CA N-É).

Cour d'appel de l'Alberta

R c Hunt, 2004 ABCA 88, 346 AR 45.

R c Slobodan (1993), 135 AR 181 (CA).

Cour d'appel fédérale

Singh c Canada (Procureur général), 2000 CanLII 17100 (CAF), [2000] 3 CF 185 (CAF).

Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Carter v Canada (AG), 2013 BCCA 435, 365 DLR (4^e) 351.

Cour supérieure du Québec

Charbonneau c Poupart, (1990) RJQ 1136 (CS).

Nancy B c Hôtel Dieu de Québec, [1992] RJQ 361 (CS).

Truchon c Procureur général du Canada 2019 QCCS 3792.

Villeneuve c Montréal (Ville de), 2016 QCCS 2888.

Cour du Québec

R c Hunt, J.E. 2012-1470 ; EYB 2012-208072 (CQ).

Tribunal des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec

CDPJ c Transport en commun La Québécoise, 2002 CanLII 9226 (QC TDP).

Supreme Court of British Columbia

Carter v Canada (AG), 2012 BCSC 886

Lamb and British Columbia Civil Liberties Association c Attorney General of Canada, no SCBC S-165851 [dossier suspendu]

(b) Jurisprudence étrangère

Negron v New York, (1970) 434 F2d 386.

R v Kwok Leung, [1909] 4 Hong Kong LR 161

R v Lee Kun, [1916] 1 KB 337 (CCA)

Wackenheim c. France, Comité des droits de l'homme des Nations Unies, 26 juillet 2002.

LITTÉRATURE

(a) Monographies

- Arendt, Hannah. *Responsabilité et jugement*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 2009.
- Austin, John L. *The Province of Jurisprudence Determined*, HLA Hart, New York, 1954.
- Austin, John L. *Lectures in Jurisprudence*, 5^e éd, 1885.
- Beauchamp, Tom L et James F Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 5^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Berlin, Isaiah. *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969.
- Bouchard, Gérard. *L'interculturalisme. Un point de vue québécois*, Montréal, Boréal, 2014.
- Bouchard, Gérard. *Raison et déraison du mythe. Au cœur des imaginaires collectifs*, Montréal, Boréal, 2014.
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.
- Brunelle, Christian. *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2001.
- Côté, Pierre-André avec la coll de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2009.
- Dean, Richard. *The Value of Humanity in Kant's Moral Theory*, Oxford, Clarendon Press, 2006.
- Des Aulniers, Luce et Bernard J Lapointe. *Le choix de l'heure. Ruser avec la mort?* Montréal, Éditions Somme Toute, 2018.
- Donnelly, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3^e éd, Ithaca ; London, Cornell University Press, 2013
- Dworkin, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- Dworkin, Ronald. *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1985.

- Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge ; London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.
- Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*, Cambridge ; London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, 49.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- Dworkin, Ronald. *Life's Dominion: An argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Vintage Books ed, 1994.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, London; New York, Bloomsbury Academic, 2013.
- Fournier, Pascale. « L'approche libérale du pluralisme juridique : la conception multiculturelle du *mahr* » dans *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident : Les transplantations juridique et le regard du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013.
- Frumer, Philippe. *La renonciation aux droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant et Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001.
- Gadamer, Hans-George. *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique scientifique*, Paris, Seuil, 1996.
- Gautrais, Vincent et Pierre Trudel, *Circulation des renseignements personnels et web 2.0*, Montréal, Éditions Thémis, 2010.
- Goldsworthy, Jeffrey. *The Sovereignty of the Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- Hart, HLA. *The Concept of Law* (3^e éd), Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2012.
- Hogg, Peter. « Waiver of rights » dans *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd, vol 2, Toronto, Thompson Reuters, 2016 aux p 37-42 à 37-56.
- Huxtable, Richard. *Law, Ethics and Compromise at the Limits of Life: To Treat or not to Treat?*, New York, Routledge, 2013.
- Kant, Emmanuel. *Leçons d'éthique*, Paris, Librairie générale française, 1997.
- Kant, Emmanuel. *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduit par Victor Delbos, Paris, Le livre de poche, 1993.
- Kant, Emmanuel. *Théorie et pratique*, FB Éditions, 2018.

- Khun, Thomas. *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 2008.
- Lajoie, Andrée. *Pouvoir disciplinaire et tests de dépistage de drogues en milieu de travail : illégalité ou pluralisme*, coll « Relations industrielles », vol 27, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995.
- Lamothe, Maxime. *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes*, coll Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.
- Lampron, Louis-Philippe. *La hiérarchie des droits : convictions religieuses et autres droits fondamentaux au Canada, Bruxelles*, coll *Diversitas*, PIE Peter Lang, 2012.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- MacKinnon, Catharine A. *Only Words*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1993.
- Manson, Neil C et Onora O'Neill. *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, New York, Cambridge University Press, 2007.
- O'Neill, Onora. *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Perrin, Jean-François. *Le droit de choisir — Essai sur l'avènement du « principe d'autonomie »*, Genève, Schulthess, 2013.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- Rawls, John. *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, Paris, La Découverte, 2008.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law: essays on Law and Morality* (2e éd), Oxford; New York, Oxford University Press, 2009.
- Schneewind, Jerome B. *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- Shopenhauer, Arthur. *The basis of morality*, New York, The McMillan Company, 1915.
- Simmonds, N E Hillel Steiner et Matthew Kramer, *A Debate Over Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

- St-Hilaire, Maxime. *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.
- Taylor, Charles. *Grandeur et misère de la modernité*, coll L'essentiel, Montréal, Bellarmin, 1992.
- Taylor, Charles. « Des cadres de référence inévitables » dans *Les sources du moi – La formation de l'identité moderne*, Montréal, Boréal, 1989.
- Waldron, Jeremy. *Dignity, Rank & Rights*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2012.
- Waldron, Jeremy. *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- Webber, Grégoire. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

(b) Articles d'ouvrages collectifs

- Antaki, Mark. « The Turn to Values in Canadian Constitutional Law » dans Luc B Tremblay et Grégoire C N Webber (dir), *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R c Oakes*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, 155.
- Belley, Jean-Guy. « Conclusion – Un nouvel esprit scientifique pour l'internormativité » dans Jean-Guy Belley (dir). *Le droit soluble. Contributions à l'étude québécoise de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996 à la p 277.
- Bernatchez, Stéphane « La hiérarchisation et la conciliation contextuelle du droit à l'égalité et de la liberté de religion », dans Marie-France Bureau (dir), *Sexualité et démocratie : perspectives multidisciplinaires francophones*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, 77.
- Bobbio, Norberto. « The Science of Law and the Analysis of Language » dans Anna Pintore et Mario Jori. *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles, 1997.
- Brunelle, Christian et Mélanie Samson. « La renonciation aux droits et libertés » dans « Les limites aux droits et libertés », École du Barreau du Québec, *Droit public et administratif*, Collection de droit 2018-2019, vol. 8, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2018 à la p 95.

- Cumyn, Michelle et Mélanie Samson. « La méthodologie juridique en quête d'identité » dans Georges Azzaria (dir). *Les cadres théoriques et le droit*, Actes de la 2^e journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012.
- Marleau, Véronique L. « Les droits et libertés dans l'entreprise : le dépistage et l'utilisation de renseignements personnels dans le domaine de l'emploi » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), vol 45, Montréal, Éditions Yvon Blais.
- Noreau, Pierre. « Et le droit, à quoi sert-il ? Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain » dans Pierre Noreau (dir), *Le droit à tout faire : exploration des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Thémis, 2008, 205
- O'Neill, Onora. « Kant and the Social Contract tradition » dans *Constructing Authorities – Reason, Politics and Interpretation in Kant's Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 170.
- O'Neill, Onora. « Postscript: Heteronomy as the Clue to Kantian Autonomy », dans Oliver Sensen, dir, *Kant on Moral Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Otis, Ghislain. « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de l'adoption coutumière au Québec » dans Ghislain Otis (dir), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, 125.
- Panaccio, Charles-Maxime. « The Justification of Rights Violations : Section 1 of the Charter » dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers. *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, 2017.
- Pinard, Danielle. « La promesse brisée de Oakes » dans Luc B Tremblay et Grégoire C N Webber (dir), *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R c Oakes*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, 131.
- Proulx, Daniel. « Les arrêts *Dickason* et *Renaud* ou la redéfinition des rapports hiérarchiques entre les lois sur les droits de la personne et les conventions collectives de travail », dans Denis Nadeau et Benoît Pelletier (dir), *Relation d'emploi et droits de la personne : évolution et tensions!* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994.

- Reddy, Michael J. « The Conduit Metaphor – A Case of Frame Conflict in our Language about Language », dans Ortony (éd), *Metaphor and Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, 284.
- Tremblay, Luc B. « L'émergence d'un constitutionnalisme pluraliste et le subjectivisme en droit constitutionnel » dans Alain-G. Gagnon et Pierre Noreau (dir). *Constitutionnalisme, droit et diversité. Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, 15
- Waldron, Jeremy. « Legal Pluralism and the Contrast Between Hart's Jurisprudence and Fuller's » dans P Crane (dir). *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford ; Portland, Hart, 2010, 135.
- Walters, Mark D. « Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism » dans Grant Huscroft (dir), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- Webber, Grégoire. « La disposition limitative de la Charte canadienne : Une invitation à définir les droits et libertés aux contours indéterminés » dans Luc B Tremblay et Grégoire C N Webber (dir), *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R c Oakes*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, 37.
- Weinstock, Daniel M. « Philosophical Reflections on the Oakes Test » dans Luc B Tremblay et Grégoire C N Webber (dir), *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R c Oakes*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, 115.

(c) Articles avec comité de lecture

- Azzaria, Geroges et Hélène Zimmermann. « Pratiques et représentations des internautes québécois en matière de consentement, de droit à la vie privée et de droit d'auteur » (2019) 24 Lex-electronica 1.
- Belley, Jean-Guy. « Droit et non-droit du gouvernement de soi : une conjoncture démocratique ? » (2016) 92:1 Droit et société 245.
- Bernatchez, Stéphane. « Quand appliquer les chartes, c'est hiérarchiser les droits », (2012) 4 RQDC 61.
- Boisvert, Anne-Marie. « La renonciation aux droits constitutionnels : quelques réflexions », dans *Développements récents en droit criminel*,

- Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 185.
- Brunelle, Christian. « La dignité, ce digne concept juridique » dans École du Barreau du Québec, *Justice, société et personnes vulnérables*, coll de droit 2008-2009 (hors-série), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.
- Coggon, John. « Varied and Principled Understandings of Autonomy in English Law: Justifiable Inconsistency or Blinkered Moralism? » (2007) 15:3 Health Care Analysis 235.
- Cumyn, Michelle. « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 RJT 1.
- DeGrazia, David. « Value Theory and the Best Interests Standard » (1995) 9:1 Bioethics 50.
- Dworkin, Ronald. « Hart's Posthumous Reply », (2017) 130 Harv L Rev 2096.
- Engle Merry, Sally. « Legal Pluralism », (1988) 22 Law and society Review 869.
- Frankfurt, Harry G. « Freedom of the Will and the Concept of a Person », (1971) 68:1 J Philosophy 5.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François. « De l'essai en droit, ou du droit à l'essai en doctrine? », (2010) Revue interdisciplinaire d'études juridiques 135.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François. « Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibre entre droits fondamentaux », (2012) 4 RQDC 7.
- Hogg, Peter W. « The Brilliant Career of Section 7 of the Charter » (2012) 58 SCLR (2^e) 195.
- Huppé, Luc. « La renonciation de l'individu aux droits et libertés qui lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés », (1986) 46 RduB 684.
- Jackman, Martha et Bruce Porter. « Social and Economic Rights » dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers (dir), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017.

- Kelsen, Hans. « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit » (1934) 41:2 *Revue de Métaphysique et de Morale* 183.
- Lampron, Louis-Philippe et Eugénie Brouillet. « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? », (2011) 41 *RGD* 93.
- Laporte, Pierre-Olivier. « La *Charte des droits et libertés de la personne* et son application dans la sphère contractuelle » (2006) 40 *RJT* 287.
- Levinet, Michel. « Dignité contre dignité : L'épilogue de l'affaire du « lancer de nains » devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », (2003) *Rev Trim Dr H* 55.
- MacDonald, Roderick A. « L'hypothèse du pluralisme dans les sociétés démocratiques avancées », Colloque « Les Transformations Du Droit et la Théorie Normative Du Droit », (2002-2003) 33 *RDUS* 133.
- Makela, Finn. « La démocratie étudiante, la grève étudiante et leur régulation par le droit » (2014) 44 *RDUS* 307.
- McLachlin, Beverley. « Unwritten Constitutional Principles: What is Going On » (2006) 4:2 *New Zealand Journal of Public and International Law* 147.
- Millaire, Karine. « L'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles : Triomphe de la judiciarisation des faits sociaux ou de l'argumentation judiciaire des valeurs ? » (2019) 53:3 *Revue juridique Thémis* 501.
- Millaire, Karine. « La renonciation aux droits et libertés et le consentement « libre et éclairé » : Fondements, exigences et incertitudes » (2019) 78 *Revue du Barreau* 39.
- Millaire, Karine. « Le concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter c. Canada* : Au-delà du libre-choix », (2017) 63:2 *McGill L Rev* 283.
- Millaire, Karine. « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : une approche à repenser » (2019) 60:4 *Les Cahiers de Droit* 991.
- Otis, Louise. « L'ordre public dans les relations de travail », (1999) 40 *C de D* 2.
- Rubin, Edward L. « Toward a General Theory of Waiver », (1981) 28:3 *UCLA Law Review* 478.

- Singleton, T J. « The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter » (1995) 74 R du B can 446.
- Stravopoulos, Nicos. “The Debate That Never Was”, (2017) 130 Harv L Rev 2082.
- Sylvestre, Marie-Ève. « The redistributive potential of section 7 of the Charter: incorporating socio-economic context in criminal law and in the adjudication of rights » (2011) 42:3 Ottawa Law Review 38.
- Taylor, Charles. “Interpretation and the Sciences of Man” (1971) 25:1 The Review of Metaphysics 3.
- Tremblay, Luc B. « Le positivisme juridique versus l’herméneutique juridique » (2012) 46 RJT 249.
- Tremblay, Luc B. « Les principes constitutionnels non écrits » (2012) 17:1 Review of Constitutional Studies 15.
- Tremblay, Luc B. « L’interprétation téléologique des droits constitutionnels » (1995) 29 RJT 459.
- Walker, Neil, Shavana Musa et Eefje de Volder. « Interview with Professor Neil Walker – Global Law: Another Case of the Emperor’s Clothes? » (2012) 17 Tilburg Law Review 135.
- Walters, Mark D. « Toward the Unity of Constitutional Value – Or, How to Capture a Pluralistic Hedgehog », conférence inaugurale du professeur FR Scott (2017) 63:2 Revue de droit de McGill 419.
- Young, Alan. « ”Not waving but drowning”: a look at waiver and collective constitutional rights in the criminal process », (1989) 53:1 Saskatchewan Law Review 47.

(d) Actes de conférence

- Austin, John L. *How to Do Things With Words. The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, Oxford Scholarship Online, (1975) 2011.
- O’Neill, Onora. « Autonomy: The Emperor’s New Clothes » (2003) 77 Proceedings of the Aristotelian Society (Supplementary Volumes) 1.

(e) Autres sources

Dictionnaire *Larousse*, En ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

Gerald Gaus, Courtland, Shane D et Schmidtz, David, « Liberalism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (spring 2018), Edward N Zalta (éd), [En ligne : <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/liberalism/>].

Lachapelle, Judith. « Manifestations : Montréal va abroger le règlement P-6 », 13 novembre 2019. La Presse [En ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/grand-montreal/201911/13/01-5249498-manifestations-montreal-va-abroger-le-reglement-p-6.php>]