

Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ?

Louis-Philippe Lampron et Eugénie Brouillet

Volume 41, numéro 1, 2011

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026944ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1026944ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lampron, L.-P. & Brouillet, E. (2011). Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? *Revue générale de droit*, 41(1), 93–141. <https://doi.org/10.7202/1026944ar>

Résumé de l'article

La *Déclaration de Vienne*, adoptée le 25 juin 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, consacre juridiquement le principe d'indivisibilité des droits et libertés fondamentaux et son corollaire, l'absence de hiérarchie juridique entre ces mêmes droits et libertés. Cette consécration déclaratoire internationale a par ailleurs trouvé une résonance directe en droit canadien, à l'intérieur duquel la Cour suprême a très clairement intégré ce principe dans l'arrêt *Dagenais*, rendu un peu moins d'un an plus tard. Or, pour toute cohérente qu'elle puisse être sur un plan idéologique ou philosophique, l'élimination (ou l'interdiction) de toute hiérarchie juridique entre droits fondamentaux semble très peu susceptible d'être mise en œuvre concrètement. En effet, la nature toute particulière des *objets de protection* consacrés par les textes juridiques sur les droits fondamentaux, inextricablement liée à une certaine conception morale de la société, nous semble impliquer l'établissement, au fil du temps, d'une certaine hiérarchisation juridique entre droits et libertés fondamentaux au sein des nombreux régimes juridiques composant la société internationale actuelle. Sans aller jusqu'à affirmer que le principe de non-hiérarchie juridique entre droits fondamentaux doit être complètement mis à l'écart, les auteurs démontrent (1) que le très large libellé consacré, notamment, dans la *Déclaration de Vienne* de 1993 doit être nuancé, le concept de hiérarchie juridique entre droits fondamentaux devant bénéficier d'une définition non pas unidimensionnelle, mais plutôt bidimensionnelle (hiérarchies *formelle* et *matérielle*); et identifient (2) les principales caractéristiques permettant d'établir l'existence de *hiérarchies matérielles* entre droits fondamentaux au sein d'un régime juridique donné.

Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile?

LOUIS-PHILIPPE LAMPRON

Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec

EUGÉNIE BROUILLET

Vice-doyenne aux programmes de premier cycle et professeure agrégée
à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec

RÉSUMÉ

La Déclaration de Vienne, adoptée le 25 juin 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, consacre juridiquement le principe d'indivisibilité des droits et libertés fondamentaux et son corollaire, l'absence de hiérarchie juridique entre ces mêmes droits et libertés. Cette consécration déclaratoire internationale a par ailleurs trouvé une résonance directe en droit canadien, à l'intérieur duquel la Cour suprême a très clairement intégré ce principe dans l'arrêt Dagenais, rendu un peu moins d'un an plus tard. Or, pour toute cohérente qu'elle puisse être sur un plan idéologique ou philosophique, l'élimination (ou l'interdiction) de toute hiérarchie juridique entre droits fondamentaux

ABSTRACT

The Vienna Declaration, adopted June 25th, 1993 by the World Conference on Human Rights, enshrines the legal principle of indivisibility of rights and freedoms and its corollary, the absence of legal hierarchy between these rights and freedoms. This International consecration has also found a direct resonance in Canadian law, within which the Supreme Court had clearly integrated this principle in Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp., rendered a little less than a year later. Yet for all that it can be coherent on an ideological or philosophical angle, the elimination (or prohibition) of any legal hierarchy between fundamental rights seems very unlikely to be

semble très peu susceptible d'être mise en œuvre concrètement. En effet, la nature toute particulière des objets de protection consacrés par les textes juridiques sur les droits fondamentaux, inextricablement liée à une certaine conception morale de la société, nous semble impliquer l'établissement, au fil du temps, d'une certaine hiérarchisation juridique entre droits et libertés fondamentaux au sein des nombreux régimes juridiques composant la société internationale actuelle. Sans aller jusqu'à affirmer que le principe de non-hiérarchie juridique entre droits fondamentaux doit être complètement mis à l'écart, les auteurs démontrent (1) que le très large libellé consacré, notamment, dans la Déclaration de Vienne de 1993 doit être nuancé, le concept de hiérarchie juridique entre droits fondamentaux devant bénéficier d'une définition non pas unidimensionnelle, mais plutôt bidimensionnelle (hiérarchies formelle et matérielle); et identifient (2) les principales caractéristiques permettant d'établir l'existence de hiérarchies matérielles entre

implemented in practice. In the point of view of the authors, the very special nature of the different rights and freedoms enshrined in legal texts on human rights, inextricably linked to a certain moral view of society, underlies the establishment, over time, of a legal hierarchy between fundamental rights and freedoms in the many legal regimes that constitute the international society. Without asserting that the principle of non-hierarchy between fundamental rights must be completely set aside, the authors try to demonstrate that (1) the concept of legal hierarchy between fundamental rights is due to receive a definition not unidimensional, but rather bidimensional (formal and material forms of legal hierarchies); and (2) the main criteria to establish the existence of material hierarchies between fundamental human rights within a given legal system.

*droits fondamentaux au sein
d'un régime juridique donné.*

Mots-clés : *Droits et libertés de la personne, droits de l'Homme, hiérarchie juridique, hiérarchie de droits, principe de non-hiérarchie entre droits fondamentaux, hiérarchie juridique formelle, hiérarchie juridique matérielle, conflits entre droits fondamentaux, théorie du droit, indivisibilité des droits fondamentaux, Déclaration de Vienne (1993), interprétation juridique.*

Key-words : *Fundamental rights and freedoms, human rights, legal hierarchy, hierarchy of law, principle of non-hierarchy between fundamental rights, formal legal hierarchy, material legal hierarchy, conflicts between human rights, legal theory, indivisibility of human rights, Vienna Declaration (1993), legal interpretation.*

SOMMAIRE

Introduction.....	96
1. Le principe de non-hiérarchie juridique entre droits fondamentaux : de quelle hiérarchie s'agit-il?	99
1.1 Hiérarchies juridique versus morale.....	100
1.2 Les deux grandes formes de hiérarchie juridique : hiérarchies formelle et matérielle.....	103
1.3 L'identification d'une hiérarchie matérielle entre droits et libertés fondamentaux : quelques jalons méthodologiques .	106
2. L'identification d'une hiérarchie juridique matérielle entre droits et libertés fondamentaux : un processus transversal	109
2.1 L'applicabilité des lois sur les droits fondamentaux et la latitude en matière de dérogation	110
2.2 Les variations quant à la portée des objets de protection consacrés par les droits et libertés fondamentaux	113
2.2.1 La portée de l'expression versus celle des convictions religieuses en droit canadien des droits de la personne : deux poids deux mesures	113

2.2.2	L'inconstante protection accordée aux « volets négatifs » des objets de protection en droit canadien des droits de la personne	120
2.2.3	La renonciation aux droits et libertés fondamentaux : interdite pour certains et permise pour d'autres?	125
2.3	La détermination des critères permettant de justifier une atteinte à un droit fondamental	130
2.4	L'ampleur des réparations offertes en cas de violation aux droits et libertés fondamentaux	137
CONCLUSION.....		139

INTRODUCTION

En nous efforçant d'atteindre l'inaccessible, nous rendons impossible ce qui serait réalisable.

– Paul WATZLAWICK, *La réalité de la réalité*¹

1. En adoptant la *Déclaration de Vienne*², le 25 juin 1993, la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme consacrait dans un texte juridique le très large consensus international existant jusque-là quant à l'indivisibilité des droits et libertés fondamentaux et son corollaire, l'absence de hiérarchie juridique entre ces mêmes droits et libertés. Cette consécration déclaratoire internationale a par ailleurs trouvé une résonance directe en droit canadien, à l'intérieur duquel la Cour suprême a très clairement intégré ce principe dans l'arrêt *Dagenais c. Radio-Canada*, rendu un peu moins d'un an plus tard :

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

1. Paul WATZLAWICK, *La réalité de la réalité : confusion, désinformation, communication*, Paris, Seuil, 1978, cité dans Jacques SALOMÉ, Sylvie GALLAND, *Si je m'écoutais... je m'entendrais*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1990, p. 22.

2. *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Doc. off. AG NU, 48^e sess., Doc. NU A/CONF.157 (1993) 23, [En ligne]. <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28symbol%29/a.conf.157.23.fr> (Page consultée le 14 octobre 2010).

de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, [...] les principes de la Charte commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.³ [nos soulignés]

2. Conséquence de ces énoncés de principe maintes et maintes fois réaffirmés depuis lors : les différents droits et libertés fondamentaux seraient donc actuellement tous égaux les uns par rapport aux autres. Autrement formulé, en cas de conflit entre deux de ces droits ou libertés de nature *supra-législative*, une instance judiciaire ne pourrait en aucun cas conclure en la prévalence systématique de l'un ou l'autre de ces deux droits, devant nécessairement se rabattre : 1) sur une (ré)interprétation de la portée de ces deux droits opposés de manière à atténuer (voire carrément éliminer) le conflit les opposant⁴, ou 2) dans les cas où les conflits ne peuvent pas être évités, sur un exercice de *conciliation* principalement fondé sur le contexte factuel du litige et effectué de manière à couper, autant que faire se peut, les possibilités que le *ratio* de la décision rendue puisse être transposé à un autre litige similaire⁵.

3. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, par. 72. Le principe de non-hiérarchie entre les droits et libertés fondamentaux a par la suite été confirmé dans des termes beaucoup plus forts par la Cour suprême dans les arrêts *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 50, et *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238. Toujours à ce propos, voir aussi : Stéphane BEAULAC, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international », dans Gérard-A. BEAUDOIN, Errol MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham, Lexis Nexis Butterworths, 2005, p. 27, à la p. 37.

4. Approche notamment suivie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Université Trinity Western c. College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772 [ci-après l'arrêt *Trinity Western*].

5. Sauf exceptions, cet exercice de *conciliation* entre droits fondamentaux s'effectue généralement à l'étape très *casuistique* de la justification des atteintes aux droits fondamentaux (limitation *extrinsèque* des droits). Au Canada, la Cour suprême a très clairement établi le principe suivant lequel tout conflit entre droits fondamentaux devait être arbitré à l'étape de la justification des atteintes : « ...depuis l'élaboration dans l'arrêt *Oakes* du critère encadrant la restriction des droits, [la Cour] n'a pas remis en question qu'en principe les droits sont conciliés au regard de la justification constitutionnelle que commande l'article premier de la Charte canadienne. » [nos soulignés] : *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256 [ci-après l'arrêt *Multani*], par. 30. Dans le même sens, voir aussi : *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825 [ci-après l'arrêt *Ross*], par. 73, et *Trinity Western, id.*, par. 29-35.

3. Pour toute cohérente qu'elle puisse être sur un plan idéologique ou philosophique, l'élimination (ou l'interdiction) de toute hiérarchie juridique entre droits et libertés fondamentaux nous semble toutefois très peu susceptible d'être effectivement mise en œuvre dans la réalité. En effet, une rapide prise de connaissance du très vaste éventail des *objets de protection* consacrés par les différents droits et libertés des deux premières générations — soit, respectivement, les droits *civils et politiques* et *économiques, sociaux et culturels* — et des multiples interprétations nationales qui furent conférées à chacun de ces *objets de protection* nous semble affaiblir grandement la crédibilité d'une totale égalité hiérarchique entre ces mêmes droits et libertés.

4. La valeur hiérarchique d'un droit donné ne pouvant trouver sa totale expression que lors d'un conflit avec un droit susceptible de causer des effets opposés (la prévalence du droit hiérarchiquement supérieur étant alors déclarée par rapport à celui de valeur inférieure), il nous semble en effet possible de démontrer que certains droits fondamentaux possèdent, intrinsèquement, une valeur hiérarchique supérieure à d'autres. Cette hypothèse nous semble par ailleurs susceptible de trouver d'efficaces illustrations à travers certains conflits théoriques entre droits fondamentaux, comme par exemple entre le droit de voter à des élections législatives et le droit à l'intégrité physique. Dans un tel cas, il est en effet clair que jamais une trame factuelle, quelle qu'elle soit, ne permettrait à un juge de faire primer le droit de vote dans sa décision. Une telle conclusion vient donc fortement miner la théorie de l'égalité hiérarchique entre ces droits fondamentaux, qui aurait plutôt dû nous permettre de conclure que, dans certains contextes factuels donnés, un juge aurait très bien pu faire primer le droit de voter sur le droit à l'intégrité physique d'autrui.

5. La nature toute particulière des *objets de protection* consacrés par les textes juridiques sur les droits fondamentaux de la personne, inextricablement liée à une certaine conception morale de la société, nous semble donc nécessairement impliquer l'établissement, au fil du temps, d'une certaine hiérarchisation juridique entre droits et libertés fondamentaux au sein des nombreux régimes juridiques

composant la société internationale actuelle. En effet, la portée de ces droits étant presque exclusivement tributaire des interprétations institutionnelles qui seront faites de chacun de leurs *objets de protection*, il nous semble clair que l'établissement de cette hiérarchie juridique repose bien davantage sur ce processus initial de définition que sur toute potentielle latitude laissée aux décideurs quant à la possibilité de faire primer n'importe quel droit sur l'autre en cas de conflit.

6. Sans aller jusqu'à affirmer que le principe de non-hiérarchie juridique entre droits fondamentaux doit être complètement mis à l'écart, nous démontrerons en première partie du présent article que l'apport d'une simple nuance conceptuelle rend sa portée beaucoup plus restrictive que le très large libellé consacré, notamment, dans la *Déclaration de Vienne* de 1993 pourrait le laisser croire. Cette portée, nous le verrons, repose non pas sur une définition unidimensionnelle de la « hiérarchie juridique » entre droits fondamentaux (qui relègue au champ de la *hiérarchie morale* — et donc, non juridique — toute caractéristique qui n'entre pas dans le champ de la *hiérarchie formelle*), mais plutôt bidimensionnelle. La deuxième partie nous servira, quant à elle, à identifier les principales caractéristiques permettant d'établir l'existence de *hiérarchies matérielles* entre droits fondamentaux au sein des différents régimes juridiques (tant nationaux qu'internationaux) qui ont consacré un ensemble *supralégislatif* de droits et libertés fondamentaux.

1. LE PRINCIPE DE NON-HIÉRARCHIE JURIDIQUE ENTRE DROITS FONDAMENTAUX : DE QUELLE HIÉRARCHIE S'AGIT-IL ?

7. Selon sa définition courante, le terme « hiérarchie » renvoie à l'« organisation d'un ensemble en une série où chaque terme est supérieur au terme suivant, par un caractère de nature normative »⁶. Ainsi, tout ensemble hiérarchisé sous-entend l'établissement d'une méthode permettant d'affirmer la supériorité d'une *série d'éléments* sur l'autre en fonction

6. Josette REY-DEBOVE, Alain REY (dir.), *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2007, p. 1236.

de critères normatifs concrets. Considérant les racines très « morales » des *objets de protection* consacrés par les textes juridiques sur les droits fondamentaux, toute analyse axée sur l'identification d'une quelconque hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux implique, d'emblée, la responsabilité d'identifier les assises normatives sur lesquelles cette hiérarchie reposera. Puisque le postulat général auquel nous nous attaquons dans le présent article concerne très clairement la *hiérarchie juridique* entre droits fondamentaux, nous consacrerons la première portion de cette section (2.2.1) à distinguer les formes « juridiques » et « morales » de hiérarchie, de manière à bien préciser la portée de notre étude.

8. Une fois le concept de *hiérarchie juridique* correctement circonscrit, nous pourrions (2.2.2) établir l'existence d'une simple, mais très importante nuance quant à l'appréhension actuelle de ce concept. Il nous semble en effet exister deux catégories valables de hiérarchie juridique entre droits et libertés fondamentaux, soit la *hiérarchie juridique formelle* et la *hiérarchie juridique matérielle*. La conclusion de la présente section nous servira ensuite (2.2.3) à énoncer les grands jalons méthodologiques permettant l'identification d'une *hiérarchie matérielle* entre droits et libertés fondamentaux.

1.1 HIÉRARCHIES JURIDIQUE VERSUS MORALE

9. Le constitutionnaliste Kemal Gözler nous semble avoir très bien défini les deux grands types de « hiérarchies » en vertu desquelles les juristes qui s'intéressent à la question de la « valeur » des différents droits et libertés fondamentaux (ou qui militent en faveur de la prédominance d'un de ceux-ci par rapport aux autres) peuvent actuellement « classer » les droits et libertés fondamentaux de la personne :

... il faut faire une distinction entre la “hiérarchie juridique proprement dite” et la “hiérarchie purement morale ou politique”.

La *hiérarchie juridique* est celle qui est définie par la relation de validité entre les normes hiérarchisées les unes par rapport aux autres. [...]

Cependant, on peut voir aussi une *hiérarchie purement morale ou politique* entre les normes constitutionnelles. Car

il est certain que, comme l'affirme le doyen Vedel, "toutes les dispositions de valeur constitutionnelle n'ont pas la même importance ni la même dignité morale ou politique" [Georges VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », (1993) 67 *Pouvoirs* 80, 84.]. Par exemple, on peut dire que la disposition qui prohibe la censure de la presse (art. 11 de la Déclaration de 1789) est plus "importante" que celle qui interdit le cumul de la fonction ministérielle et d'un mandat parlementaire (art. 23 de la Constitution de 1958).⁷ [nos caractères gras]

10. Ces deux catégories sont extrêmement utiles en ce qu'elles nous permettent d'identifier le piège dans lequel une mauvaise définition (*subjective*) du concept hiérarchique serait susceptible de nous faire tomber. Pour être valable juridiquement, notre appréhension de la hiérarchie entre droits fondamentaux devra reposer sur des éléments « systémiques » propres à l'ensemble du régime juridique étudié, et non pas uniquement sur des prétentions « morales » ou « philosophiques » qui, pour fascinantes qu'elles soient sur le plan intellectuel, auraient pour effet d'affaiblir grandement les prétentions scientifiques de notre analyse juridique⁸.

11. Or, conformément à la thèse kelsénienne de la « pyramide des normes », l'évaluation de la « valeur » d'un droit ou d'une liberté fondamental au sein d'une quelconque *hiérarchie juridique* ne pourra être faite que par l'évaluation de la mesure dans laquelle un régime juridique donné admet que ce droit ou cette liberté fondamental puisse « exclure » l'application des autres droits ou libertés fondamentaux :

Pour exprimer la relation en question, on peut utiliser l'image spatiale de la hiérarchie, du rapport de supériorité-subordination : La norme qui règle la création est la norme supérieure, la

7. Kemal GÖZLER, « La question de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles », *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul*, vol. XXXII, n° 48, 1998, p. 65, [En ligne]. <http://www.anayasa.gen.tr/hierarchie.htm> (Page consultée le 23 août 2010).

8. L'importance pour les chercheurs en droit de distinguer le « juridique » du « moral » (ou « social ») a d'ailleurs été soulignée par Kelsen dans sa *Théorie pure* : « ... l'on doit constater que la pureté méthodologique de la science du droit n'est pas compromise seulement par le fait que l'on ne respecte souvent pas la limite qui la sépare des sciences de la nature; elle l'est aussi — et même bien davantage — par le fait qu'on ne la sépare pas ou pas assez clairement de l'éthique, c'est-à-dire que l'on ne distingue pas clairement entre droit et morale » : Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962 (traduction par Charles Eisenmann), p. 80.

norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice de plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci; qu'à son tour, la création de cette dernière a été elle aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale — norme supposée.⁹ [nos soulignés]

12. S'il est donc clair que le très fuyant concept de « hiérarchie morale » ne peut être considéré comme point d'ancrage valable pour la remise en cause du postulat général de *non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux*, cette exclusion épistémologique est pourtant bien loin d'être suffisante pour la démonstration de notre hypothèse principale. En effet, l'exclusion de la « morale » en tant qu'assise normative de la hiérarchie entre droits fondamentaux soulève un paradoxe majeur : comment est-il possible de faire coexister l'objectif principal de notre projet de recherche — qui est précisément de démontrer l'existence d'une *hiérarchie juridique* entre deux groupes de droits et libertés fondamentaux — et le postulat général consacré dans la *Déclaration de Vienne* de 1993, selon lequel il n'existe aucune hiérarchie juridique entre de tels *droits et libertés fondamentaux*? L'existence de l'un ne devrait-il pas avoir pour effet d'exclure la possibilité qu'existe l'autre et vice-versa? La réponse à ces questions repose à notre avis sur l'identification de deux formes différentes de *hiérarchie juridique* entre droits et libertés fondamentaux, sous-ensembles ayant été fort adroitement circonscrits par l'auteure Virginie Saint-James : la **hiérarchie juridique formelle** et la **hiérarchie juridique matérielle (ou fonctionnelle)**.

9. *Id.*, p. 299.

1.2 LES DEUX GRANDES FORMES DE HIÉRARCHIE JURIDIQUE : HIÉRARCHIES FORMELLE ET MATÉRIELLE

Que l'on raisonne en termes de droits de l'homme, de libertés publiques voire de droits fondamentaux, on établit toujours des catégories qui sont autant d'incitations à établir une hiérarchie entre les droits, d'autant qu'ils se multiplient, réclamant ainsi une mise en ordre que l'on peut souhaiter établir sur le mode de la prévalence de certains sur d'autres. On peut alors établir des hiérarchies formelles ou des hiérarchies [matérielles ou] fonctionnelles.

Hiérarchies formelles. — Les modes de hiérarchisation formelle résultent des textes qui établissent des rangs dans la hiérarchie de type kelsenien.

Les droits et libertés trouvant souvent à l'époque moderne, leur expression dans des textes de valeur constitutionnelle, l'une des méthodes employées consiste à placer certains d'entre eux ou certaines de leurs garanties en surplomb dans le texte.

[...]

Hiérarchies matérielles ou fonctionnelles. — On peut aussi choisir d'établir une hiérarchie plus conforme au droit positif, c'est-à-dire qui ne repose pas sur le texte, mais sur la valeur qu'il revêt dans la société. Il s'agit là d'une hiérarchie fonctionnelle ou matérielle.¹⁰ [nos soulignés]

13. Unies par leurs effets concrets sur un régime de droit donné, ces deux sous-catégories du plus large ensemble de la « hiérarchie juridique » ne se trouvent en fait séparées que par leurs origines distinctes et l'impact — théorique — de celles-ci sur les décideurs saisis d'un litige internormatif

10. Virginie SAINT-JAMES, « Hiérarchie et conciliation des droits de l'Homme », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., 2008, aux p. 477-478. Dans le même sens, voir également : Kemal GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, p. 320-321 et 331-332.

impliquant l'une et l'autre de ces formes de hiérarchie juridique. S'agissant d'abord de leurs origines distinctes, l'établissement d'une *hiérarchie formelle* entre deux droits et libertés fondamentaux, contrairement à une *hiérarchie matérielle*, résultera le plus souvent de l'action des législateurs ou constituants nationaux. Pour utiliser un exemple tiré du régime juridique canadien, le statut constitutionnel conféré à la Charte canadienne implique que les droits et libertés protégés par cette même Charte auront systématiquement préséance en cas de conflit avec un « droit fondamental » consacré dans une des autres *lois sur les droits fondamentaux* canadiennes (comme par exemple la Charte québécoise), ces autres *lois* étant de valeur hiérarchique « inférieure » au sein de l'ordre constitutionnel canadien¹¹.

14. La nature de l'autre sous-ensemble hiérarchique identifié par Virginie Saint-James est fort différente en ceci que, alors que la prévalence d'un texte constitutionnel sur toute autre « loi ordinaire » en vigueur sur un territoire étatique donné découlera uniquement du statut juridique conféré à chacun de ces différents textes juridiques, une *hiérarchie matérielle* entre droits fondamentaux consacrés par un même texte de loi ne pourra, quant à elle, découler que de la mise en œuvre de ces droits et donc, de l'interprétation « officielle » qui en sera faite par les différents tribunaux compétents au sein de ces mêmes États. En peu de mots comme en cent, alors que l'établissement d'une *hiérarchie formelle* relève généralement de l'action des législateurs et/ou constituants nationaux, l'établissement d'une *hiérarchie matérielle* relève plutôt du droit prétorien.

11. Au Canada, cette *infériorité hiérarchique* des normes juridiques canadiennes (qu'elles soient de nature fédérale ou provinciale) a par ailleurs été très clairement établie au paragraphe 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 37, qui prévoit que : « 52 (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. » Dans le même sens, voir également : Henri BRUN, Guy TREMBLAY, Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 11-14 et 76.

15. Il nous semble donc clair que la remise en cause du postulat général consacré par la *Déclaration de Vienne* et, notamment, par la jurisprudence canadienne — selon lequel il n'existe pas de hiérarchie entre les droits et libertés fondamentaux supralégislatifs — concerne directement le sous-ensemble de la *hiérarchie formelle*. En effet, l'impact direct de ce postulat non hiérarchique est de permettre, théoriquement, que les décideurs saisis d'un litige opposant deux droits fondamentaux puissent faire prévaloir chacun de ces droits sur un autre en fonction de la trame factuelle et du contexte sous-tendant le litige, et ce, en toutes circonstances. Pour illustrer ce dernier énoncé à l'aide d'un exemple tiré d'une récente proposition du Conseil du statut de la femme québécois¹², émise dans la foulée des travaux de la Commission Bouchard-Taylor, l'établissement législatif d'une *hiérarchie formelle* favorisant le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes sur les dispositions protégeant les convictions religieuses aurait pour effet de « lier les mains » des décideurs saisis de litiges opposant ces deux droits fondamentaux, ces derniers n'ayant alors pas d'autre choix que de faire prévaloir le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes.

16. L'existence d'une *hiérarchie matérielle* entre deux groupes de droits et libertés fondamentaux, quant à elle, aura plutôt pour effet d'influer — à plus ou moins forte intensité — sur le caractère « théorique » de la liberté d'action qui est conférée à ces mêmes décideurs. En effet, plus les niveaux de la *hiérarchie matérielle* seront marqués et importants, plus la marge de manœuvre laissée aux décideurs sera réduite dans le cas de conflits entre certains droits fondamentaux. Les résultats des exercices de conciliation qui en résulteront seront, en quelque sorte, prédéterminés en faveur de l'un ou l'autre des droits fondamentaux impliqués. L'ampleur de

12. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté religieuse*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2007, p. 53-110.

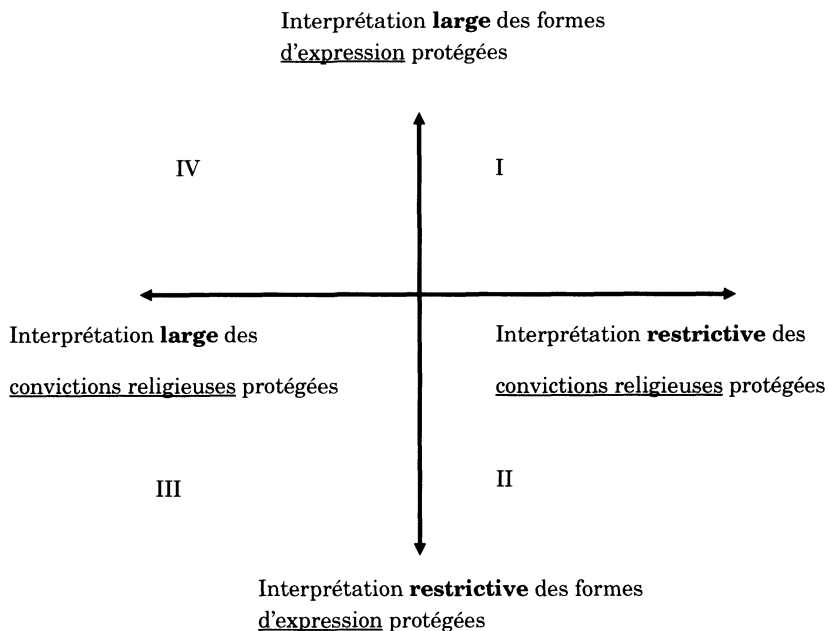
cette *prédétermination* nous semble être directement proportionnelle aux variations pouvant être décelées dans la portée conférée, respectivement, aux différents *objets de protection* consacrés par les différents textes juridiques sur les droits et libertés fondamentaux de la personne.

1.3 L'IDENTIFICATION D'UNE HIÉRARCHIE MATÉRIELLE ENTRE DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX : QUELQUES JALONS MÉTHODOLOGIQUES

17. L'identification et la qualification de la relation hiérarchique *matérielle* existant entre différents droits et libertés fondamentaux exigent une approche en deux temps. Le premier correspondra à l'évaluation qualitative (large/restrictive) de la portée conférée aux dispositions protégeant un *objet de protection* donné (par exemple, les *convictions religieuses*) par rapport, notamment, à l'ampleur maximale que ses caractéristiques épistémologiques pourraient permettre¹³. Le second temps sera quant à lui consacré à la comparaison des résultats de cette première analyse avec la portée d'application d'un ou plusieurs des *objets de protection* consacrés par les « autres droits et libertés fondamentaux ». Cette comparaison devra être focalisée, non pas simplement sur le résultat factuel des litiges opposant les deux ensembles de droits et libertés fondamentaux étudiés, mais plus largement sur les résultats d'une analyse comparative de leur portée (large/restrictive) respective. Illustrant cette théorie générale en fonction d'une comparaison fictive entre les dispositions protégeant les convictions religieuses (liberté de religion, interdiction de discriminer un individu sur la base de ses convictions religieuses) et l'expression (liberté d'expression), il serait possible de schématiser, le processus de détermination des différents modèles applicables à l'aide du graphique suivant :

13. Par exemple, quelle définition du concept « d'acte expressif » permettrait d'inclure la plus grande proportion d'actes ou quelle définition du concept de « convictions religieuses », d'inclure la plus large proportion de convictions individuelles?

L'identification d'une hiérarchie matérielle entre deux objets de protection consacrés par un même texte juridique sur les droits et libertés fondamentaux



18. La première étape consistera donc en une analyse axée sur la qualification de l'étendue qui est accordée aux différents dispositifs de protection du premier *objet de protection*, ici, les convictions religieuses. Il importera alors d'examiner les différents aspects permettant de déterminer la portée que les différentes instances judiciaires canadiennes ont conférés aux « convictions religieuses » en tant qu'objet de protection des *lois sur les droits fondamentaux* et de qualifier, par rapport à l'ampleur épistémologique potentielle du concept, leur générosité (quadrants IV et III) ou restrictivité (quadrants I et II).

19. La seconde étape permettra quant à elle de se rapprocher plus concrètement de la définition kelsénienne de « hiérarchie juridique », selon laquelle une norme sera considérée « hiérarchiquement supérieure » à une autre si la validité de la seconde dépend de l'existence de la première. Ramenée à sa

plus simple expression, la définition de Kelsen implique en effet que, dans le cas d'un conflit entre droits et libertés fondamentaux, le droit fondamental hiérarchiquement supérieur supplantera celui qui lui est inférieur. Or, d'un point de vue « hiérarchique », il est clair qu'une disparité systémique de traitement concernant la portée d'un droit ou d'une liberté fondamentale par rapport aux autres (interprétation plus ou moins restrictive/généreuse) aura pour effet de faciliter/rendre plus difficile « l'exclusion de ce droit par les autres » et aura donc, si cette disparité de traitement est généralisée, un impact direct sur sa « valeur hiérarchique ».

20. Précisons une fois de plus que l'identification de la « valeur hiérarchique » d'un droit fondamental par rapport aux autres, pour être valable, ne pourra résulter d'une simple analyse des résultats concrets sur lesquels ont débouché les différents litiges opposant les deux ensembles de droits et libertés comparés (par exemple, le plaignant ayant fondé son recours sur la liberté de religion l'a-t-il emporté sur le moyen de défense qui reposait sur la protection de la liberté d'expression d'autrui?). Bien au contraire, cette analyse devra être plus largement focalisée sur les différentes tendances systémiques propres à la détermination de l'objet de protection des « autres droits et libertés fondamentaux ».

21. C'est donc la détermination de la portée large ou restrictive des « autres droits et libertés fondamentaux » qui permettra d'identifier le « modèle juridique » grâce auquel il sera possible de qualifier le régime juridique étudié. La liberté d'expression prime-t-elle sur les dispositions protégeant les convictions religieuses, ou vice-versa? La portée initiale conférée à chacun des *objets de protection* analysés est-elle, au contraire, équivalente, réduisant ainsi d'autant l'ampleur de la *hiérarchie matérielle* entre ces deux *objets de protection* (quadrants IV et II)? Les réponses à de telles questions, nous le verrons au fil de la 2^e partie, varieront en fonction des variations systémiques propres à chacune des quatre grandes étapes sous-tendant la mise en œuvre des différents textes protégeant les droits et libertés fondamentaux, de l'applicabilité du texte juridique aux types de réparation offerts, en passant par les critères permettant d'affirmer la violation d'un droit ou la justification de cette violation.

2. L'IDENTIFICATION D'UNE HIÉRARCHIE JURIDIQUE MATÉRIELLE ENTRE DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX : UN PROCESSUS TRANSVERSAL

22. Sans qu'il soit possible de savoir s'il traite de *hiérarchie morale et politique* ou strictement *juridique*, le professeur Stéphane Bernatchez écrivait, dans un article paru en 2009, qu'il existait des « indices » permettant de croire que certains droits fondamentaux avaient une valeur hiérarchique supérieure à d'autres¹⁴. Ces « indices » se trouvent en fait disséminés à chacune des quatre grandes étapes propres à la mise en œuvre des textes juridiques protégeant les droits et libertés fondamentaux, soit dans l'ordre : 1) l'applicabilité du texte et les possibilités de dérogation; 2) la violation aux droits et l'incidente définition des *objets de protection*; 3) la justification des atteintes; et finalement 4) la réparation de ces mêmes atteintes.

23. Notre ambition actuelle, il importe de le souligner, est bien davantage liée à l'établissement d'une méthode générale permettant d'identifier les nombreux aspects des *hiérarchies juridiques matérielles* existant au sein des différents régimes juridiques, qu'à un déséquilibre hiérarchique entre deux *objets de protection* consacrés par un même texte juridique (comme par exemple la Charte canadienne)¹⁵. En conséquence, la

14. « Bien que tous les droits de la personne (ou de l'homme, en droit international) soient sur un même pied d'égalité et que partant, l'on doive leur accorder la même importance, cette égalité des droits est en réalité toute relative. En effet, certains droits prévus aux conventions internationales prévoient des limitations ou des dérogations, alors que d'autres n'en prévoient aucune. L'on retrouve cette même relativité en droit interne canadien.

[...]

L'interprétation judiciaire de certains droits tend également à leur conférer un statut supérieur par rapport à d'autres. » : 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, p. 77, aux p. 86-87 et 91. Dans le même sens, voir également Mark CARTER, « An Analysis of the No Hierarchy of Constitutional Rights Doctrine », (2006) 12 (1) *Review of Constitutional Studies / Revue d'études constitutionnelles*, p. 19, p. 38.

15. Démonstration qu'un des coauteurs a par ailleurs déjà faite précédemment : voir Louis-Philippe LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, thèse de doctorat réalisée en cotutelle, Université Laval et Université d'Avignon, 2011.

présente section sera consacrée à l'énonciation de différents exemples¹⁶ justifiant en quoi le processus d'établissement/identification d'une *hiérarchie juridique matérielle* entre certains droits et libertés fondamentaux protégés par un même texte juridique se veut un processus « transversal », qui doit accorder une égale importance aux critères jurisprudentiels liés à chacune des quatre grandes étapes sous-tendant la mise en œuvre de ces mêmes textes juridiques.

2.1 L'APPLICABILITÉ DES LOIS SUR LES DROITS FONDAMENTAUX ET LA LATITUDE EN MATIÈRE DE DÉROGATION

24. Avant de pouvoir invoquer un quelconque droit fondamental, tout individu doit évidemment pouvoir préalablement démontrer qu'un texte juridique protégeant ce droit fondamental s'applique à sa situation particulière. Chacun des textes juridiques protégeant les droits et libertés fondamentaux a en effet été construit en fonction d'une certaine sphère d'applicabilité : certains s'appliquant uniquement aux acteurs gouvernementaux et d'autres à l'ensemble des activités (tant privées que publiques) survenant sur un territoire donné.

25. En quoi l'étude de la sphère d'applicabilité générale des différentes *lois sur les droits fondamentaux* est-elle susceptible de contribuer à une analyse visant à démontrer l'existence d'une quelconque hiérarchie entre les droits et libertés fondamentaux qu'elles protègent respectivement? Principalement en raison des disparités pouvant être identifiées quant à la latitude laissée aux différents législateurs pour déroger à l'application de certains ou tous les droits et libertés protégés, disparités liées tant à la possibilité de déroger qu'aux modalités exigées pour qu'une dérogation soit valable.

26. S'agissant du premier aspect, de nombreux textes juridiques prévoient expressément des limites à la possibilité de déroger à l'application de certains droits fondamentaux. Au niveau international, plusieurs dispositions, comme l'article

16. Principalement tirés des régimes canadien et international de protection des droits et libertés.

15 (2) de la *Convention européenne des droits de l'Homme*¹⁷, prévoient une forme de « noyau dur »¹⁸ de droits fondamentaux auquel les États ne peuvent déroger en aucune circonstance¹⁹. La situation est également la même en droit constitutionnel canadien, où la Charte canadienne ne permet aux gouvernements fédéral et provinciaux de déroger qu'aux droits protégés par les articles 2 et 7 à 15 de cette Charte²⁰.

27. Le second aspect pertinent, quant à lui, concerne les *lois sur les droits fondamentaux* qui réservent le statut *supralégislatif* à une seule portion du catalogue de droits et libertés fondamentaux protégés (telles que la Charte québécoise) ou les régimes juridiques qui se bornent à les protéger au sein de *lois ordinaires*, sans aucun statut supralégislatif particulier. Cet état de fait a ainsi pour conséquence d'abaisser l'ampleur des modalités exigées des législateurs s'ils entendent déroger valablement aux droits fondamentaux dépouillés de leur statut hiérarchiquement supérieur

17. « Article 15

Dérogação en cas d'état d'urgence

1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, [...] 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2 [droit à la vie], sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3 [interdiction de la torture], 4 § 1 [interdiction de l'esclavage] et 7 [non-rétroactivité des lois pénales] » [nos soulignés] : *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953), [En ligne]. <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/005.htm> (Page consultée le 14 octobre 2010) [ci-après la *Convention européenne des droits de l'Homme*].

18. Selon l'expression utilisée, notamment, par Frédéric SUDRE, *Le droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., 1995, p. 149.

19. Dans le même sens, voir également l'article 4 (2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 9-14 (entrée en vigueur : 23 mars 1976), [En ligne]. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/317ab54d16e0e6aac1256bdd0026bd27/deca71961fe80f9bc1256ea1003679f3/\\$FILE/G0440940.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/317ab54d16e0e6aac1256bdd0026bd27/deca71961fe80f9bc1256ea1003679f3/$FILE/G0440940.pdf) (Page consultée le 14 octobre 2010), et l'article 27 (2) de la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, 22 novembre 1969, Doc. off. OEA/Sér. A/16 (1970) no. 36, (entrée en vigueur : 18 juillet 1978), [En ligne]. <http://www.cidh.org/basicos/french/c.convention.htm> (Page consultée le 14 octobre 2010).

20. « 33 (1) Le 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. » : *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] [ci-après la Charte canadienne].

aux autres lois en vigueur au sein du régime juridique étudié. Pour reprendre le cas spécifique de la Charte québécoise, dont l'article 52 consacre le statut *supralégislatif* des seuls droits et libertés protégés au sein des articles 1 à 38 de la Charte, la Cour suprême du Canada a très clairement affirmé qu'une dérogation aux droits protégés par les articles 39 et suivants pouvait, pour être valable, ne pas être affirmée expressément par le législateur²¹.

28. Ces disparités découlant le plus souvent de dispositions intégrées au sein même des textes juridiques concernés, il importe tout d'abord d'expliquer en quoi elles ne seraient pas susceptibles d'établir, en elles-mêmes, un certain niveau *formel* de hiérarchie entre les droits et libertés auxquels on réserve un traitement différencié. Le fait est que les dispositions dérogatoires (telles que l'article 33 de la Charte canadienne ou 52 de la Charte québécoise) se bornent à établir les conditions de validité devant être respectées par les différents législateurs visés, qui entendraient déroger à l'application de certains droits et libertés. Or, à partir du moment où ces mêmes législateurs n'ont pas cru bon de se prévaloir de la possibilité de dérogation offerte par ces dispositions, elles ne produisent plus aucun effet *formel* sur le processus décisionnel des instances saisies d'un litige impliquant un conflit entre droits fondamentaux ou, autrement formulé, ne forcent aucunement ces instances à faire primer une catégorie de droit sur l'autre.

29. Pourtant, bien qu'il nous soit encore difficile d'évaluer l'impact réel découlant de l'établissement de telles distinctions au sein de différents textes juridiques protégeant les droits et libertés fondamentaux, il nous semble évident que celles-ci joueraient un rôle interprétatif important lors d'un potentiel conflit entre un droit fondamental faisant partie du « noyau dur » et un autre n'en faisant pas partie. L'intention du législateur (ou du constituant) s'étant toujours trouvée au cœur du processus d'interprétation judiciaire de la portée des différents textes juridiques, il nous semblerait invraisemblable (ou à tout le moins illégitime) qu'une instance néglige d'accorder l'importance nécessaire à des dispositions établissant expressément

21. *Béliveau St-Jacques c. FEESP*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 132.

des disparités aussi claires entre les droits et libertés protégés au sein de ces mêmes textes juridiques.

2.2 LES VARIATIONS QUANT À LA PORTÉE DES OBJETS DE PROTECTION CONSACRÉS PAR LES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

30. Une revue attentive du corpus jurisprudentiel lié à la mise en œuvre des différents textes juridiques protégeant les droits et libertés fondamentaux de la personne permettra, dans la très grande majorité des cas, d'identifier des variations importantes quant à l'ampleur de la portée conférée aux différents *objets de protection* consacrés par les dispositions de ces mêmes textes. *In concreto*, ces variations dépendront principalement de l'ampleur des limites intrinsèques que les tribunaux imposeront à ces différents *objets de protection*, limites se trouvant à exclure un éventail plus ou moins large d'activités qui, autrement, auraient été susceptibles d'être couvertes par les caractéristiques épistémologiques des droits et libertés fondamentaux.

31. Deux illustrations de telles variations ressortent très clairement, à notre avis, de l'état actuel du droit canadien en matière de protection des droits et libertés fondamentaux. Alors que la première (2.2.1) découle d'une comparaison entre les deux grands véhicules normatifs de protection des convictions religieuses (soit la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination fondée sur les convictions religieuses) et les dispositions protégeant la liberté d'expression au sein des différentes *lois sur les droits fondamentaux*, la seconde (2.2.2) porte quant à elle sur les variations de protection des « volets négatifs » des différents *objets de protection* consacrés par ces mêmes *lois*.

2.2.1 La portée de l'expression versus celle des convictions religieuses en droit canadien des droits de la personne : deux poids deux mesures

32. De prime abord, il faut convenir que les convictions religieuses et l'expression, en tant qu'*objets de protection* des *lois sur les droits fondamentaux* canadiennes, ont fait l'objet d'une

définition extrêmement large et généreuse. En effet, alors que les convictions religieuses protégées incluent toute conviction individuelle d'ordre spirituel ou métaphysique étant *sincèrement* détenue par un individu²² (sans que cet individu n'ait à démontrer un quelconque rattachement de cette conviction à un dogme religieux collectif²³), le seul élément qui doit être démontré pour qu'un acte puisse être considéré comme étant « expressif » au sens des dispositions protégeant la liberté d'expression est que l'individu qui a posé cet acte avait, ce faisant, l'intention de « transmettre une signification »²⁴.

33. Toutefois, les tribunaux canadiens ont choisi de limiter intrinsèquement la très large portée initiale de ces deux *objets de protection* en imposant, pour chacun d'eux, une série de limites intrinsèques fonctionnelles. L'ampleur de ces limites, nous le verrons au cours des paragraphes suivants, est

22. La définition jurisprudentielle de la « religion » protégée par les *lois sur les droits fondamentaux* canadiennes est fort bien résumée par les auteurs Henri Brun, Pierre Brun et Fannie Lafontaine : « La religion, essentiellement, est l'ensemble des croyances profondes qui se rattachent à la foi spirituelle de l'individu et qui sont liées à la façon dont celui-ci se définit et s'épanouit spirituellement. [...] La liberté de religion garantie par les chartes québécoise et canadienne a pour objet les croyances et les pratiques qui sincèrement, ont pour but la communication avec une entité divine ou encore entrent dans le cadre de la foi spirituelle, et cela indépendamment de l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif. C'est le caractère religieux ou spirituel de l'acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle. L'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des obligations religieuses » : Henri BRUN, Pierre BRUN, Fannie LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence, doctrine*, coll. Alter Ego, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 94, par. 2a/15 (référant aux arrêts *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 [ci-après l'arrêt *Amselem*]; *Multani*, précité, note 5, et *Ross*, précité, note 5).

23. Cet état de fait fut notamment souligné par les coprésidents de la Commission Bouchard-Taylor dans leur rapport final : « L'essentiel pour la cour est que le demandeur croie sincèrement que sa religion lui prescrit une pratique ou un acte donné. Nul besoin que des représentants religieux autorisés ou des experts confirment l'existence du précepte invoqué pour qu'une demande d'accommodement fondée sur la liberté de religion soit prise en délibéré. Le critère retenu par la cour est celui de la sincérité de la croyance : le demandeur doit démontrer qu'il croit véritablement être tenu de se conformer au précepte religieux en cause. Il s'agit là de ce que la cour a appelé une "conception personnelle et subjective de la liberté de religion". » [nos soulignés] : Gérard BOUCHARD, Charles TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, rapport final de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, Québec, Gouvernement du Québec, 2008, p. 176. Dans le même sens, voir également : *Amselem*, *id.*, et L.-P. LAMPRON, *op. cit.*, note 15, Titre 1, Chapitre 1, section 1.1.

24. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, par. 41.

beaucoup plus large pour les dispositions protégeant l'expression que pour celles protégeant les convictions religieuses.

34. La seule limite intrinsèque qui fut imposée aux convictions religieuses individuelles est celle excluant de leur champ de protection les atteintes considérées comme étant « négligeables ou insignifiantes »²⁵ en regard de ces convictions. Jusqu'ici, les seuls cas où les tribunaux canadiens se sont permis de juger qu'une atteinte faite à une conviction religieuse donnée (ou la mise en exercice de celle-ci) ne pouvait être couverte par une des dispositions pertinentes des *lois sur les droits fondamentaux* protégeant la liberté de religion concernaient des litiges où le préjudice subi par le(s) titulaire(s) de cette conviction se limitait à l'imposition d'un certain fardeau financier ou administratif²⁶.

25. « L'alinéa 2a) n'oblige pas le législateur à n'entraver d'aucune manière la pratique religieuse. L'action législative ou administrative dont l'effet sur la religion est négligeable, voire insignifiant, ne constitue pas une violation de la liberté de religion. Je crois que cette conclusion découle obligatoirement de l'adoption d'une analyse de la Charte en fonction des effets. [...] Dire que toute loi qui a un effet sur la religion, si minime soit-il, viole la garantie conférée à la religion "limiterait radicalement la latitude opérationnelle du législateur" » : *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, par. 67-68. Dans le même sens, voir également les arrêts : *Amselem*, précité, note 22, *Multani*, précité, note 5, et *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37 [ci-après l'arrêt des *Huttérîtes*].

26. Ce sont d'ailleurs ces deux possibilités qui furent explicitement citées en guise d'illustration d'une atteinte « négligeable ou insignifiante » à une conviction religieuse par le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, par. 97 : « L'alinéa 2a) n'exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit-il, imposé par l'État relativement à la pratique d'une religion. Autrement, la Charte offrirait une protection contre une mesure législative laïque aussi inoffensive qu'une loi fiscale qui imposerait une taxe de vente modeste sur tous les produits, y compris ceux dont on se sert pour le culte religieux. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'invoquer l'article premier pour justifier une telle mesure législative. [...] Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État soit interdit par l'al. 2a), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant. » [nos soulignés] **Exemples de décisions ayant considéré un fardeau financier comme une « atteinte négligeable »** : *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, (1991) 78 D.L.R. (4th) 333 (C.A.); *R. c. Little*, 2008 NBCP 2 (confirmé en appel pour d'autres motifs : *Little c. R.*, 2009 NBCA 53), *Prior c. Canada*, [1988] 2 C.F. 371 (C.F.), et *O'Sullivan c. M.R.N.*, (1992) 1 C.F. 522). **Exemples de décisions ayant considéré un fardeau administratif comme une « atteinte négligeable »** : *Montreal Bible and Gospel Halls c. Dorval (Ville de)*, J.E. 93-1111 (C.S.); *Salvation Army, Canada East c. Ontario (Attorney General)*, (1992) 88 D.L.R. (4th) 238; *R. c. Jones*, précité, note 25 (opinion de la juge Wilson, dissidente).

35. Or, la Cour suprême du Canada a imposé des limites intrinsèques fonctionnelles beaucoup plus imposantes à l'expression en tant qu'*objet de protection des lois sur les droits fondamentaux*, lesquelles prirent principalement la forme d'exclusions : 1) des actes violents « qui se manifeste[nt] directement par un préjudice corporel »²⁷; et 2) d'actes expressifs posés dans certains lieux publics particuliers.

36. S'agissant d'abord de l'exclusion des actes de violence physique, il est évident que cette limite intrinsèque à la liberté d'expression repose directement sur *l'importance* accordée par les tribunaux canadiens à la protection du droit à l'intégrité physique des individus. Les racines de cette limitation seraient donc suffisantes, en elles-mêmes, pour établir la reconnaissance implicite d'une *hiérarchie matérielle* favorisant l'intégrité physique par rapport à l'expression en tant qu'*objets de protection des lois sur les droits fondamentaux* canadiennes. Pour autant, la mise en relation de l'exclusion des actes expressifs violents avec la jurisprudence dominante en matière de protection des *convictions religieuses* permet également d'identifier une importante variation susceptible de favoriser ce dernier *objet de protection*. En effet, qu'il nous soit permis de rappeler que la Cour suprême du Canada n'a jamais remis en question le raisonnement de la majorité dans l'arrêt *Children's Aid*²⁸, qui a choisi de ne pas imposer de limites intrinsèques aux dispositions protégeant les convictions religieuses lorsque l'exercice de ces dernières avait pour effet d'impliquer une atteinte au même droit fondamental (l'intégrité physique)²⁹, qui a pourtant servi de justificatif

27. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. De manière cohérente, la Cour suprême a reconnu que l'expulsion de ressortissants étrangers pour le motif qu'ils auraient participé à des « actes de violence » ou « des activités contribuant à la violence » n'avait pas pour effet de violer la liberté d'expression de ces ressortissants. Voir à cet égard : *Suresh c. (Canada) Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, [2002] 1 R.C.S. 3, et *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72 (répertoriés dans H. BRUN, P. BRUN, F. LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence, doctrine*, précité, note 22, p. 107-108).

28. *B. (R.) c. Children's Aid*, [1995] 1 R.C.S. 315.

29. Ce critère d'atteinte à l'intégrité physique des individus a pourtant bien failli être considéré comme une limite intrinsèque aux dispositions protégeant les convictions religieuses. En effet, dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid*, *id.*, la Cour suprême du Canada était saisie d'un litige dans le cadre duquel les parents d'un nouveau-né s'opposaient, au nom de leurs convictions religieuses (ils étaient Témoins

pour imposer la première limite intrinsèque aux dispositions protégeant la liberté d'expression au Canada.

37. Ainsi, bien qu'il nous semble clair que jamais le droit canadien n'admettra que le recours à un objet de protection des *lois sur les droits fondamentaux* — qu'il s'agisse de l'expression ou des convictions religieuses — puisse justifier une atteinte au droit à l'intégrité physique d'un autre individu³⁰, le simple fait de reporter l'exclusion à l'étape de la justification pour les litiges impliquant une revendication fondée sur les convictions religieuses témoigne clairement de l'écart des valeurs hiérarchiques qui sont accordées, concrètement, à l'expression et aux convictions religieuses en tant qu'*objets de protection*. Cette conclusion nous semble d'ailleurs être d'autant plus justifiée lorsque nous parcourons le passage de l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.* dans lequel la Cour suprême explique, en *obiter*, les fondements rationnels sous-jacents à l'exclusion des actes de violence physique du champ protégé par la liberté d'expression au Canada :

de Jéhovah) à ce que les membres du personnel médical puissent mettre en application leurs conclusions selon lesquelles l'état de santé du bébé exigeait qu'il reçoive une transfusion sanguine. Même si les cinq juges de la majorité en vinrent à la conclusion que la protection du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de l'enfant (Sheena) justifiait, en l'espèce, l'atteinte constatée à la liberté religieuse de ses parents, ils ne jugèrent pas pertinent — et jugèrent même dangereux — d'exclure intrinsèquement du champ de protection de l'alinéa 2a) de la Charte canadienne la prescription religieuse sur laquelle les parents se fondaient pour justifier leur refus : « Notre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion dans les cas où la constitutionnalité d'un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de soupeser les droits opposés dans le cadre de l'article premier de la Charte.

[...]

À mon avis, il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu. Non seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple que l'al. 2a) pour soupeser des droits opposés. » : *id.*, par. 109-110.

30. Voir à cet égard l'analyse menée par un des coauteurs du présent article dans : Louis-Philippe LAMPRON, « Convictions religieuses individuelles versus égalité entre les sexes : ambiguïtés du droit québécois et canadien », dans Paul EID *et al.* (dir.), *Appartenances religieuses, appartenances citoyennes : un équilibre en tension*, Québec, P.U.L., 2009, p. 207 (pages correspondant à la section 2.2.1.)

L'expression violente, exclue du champ de protection de l'al. 2b) à cause du mode d'expression choisi, offre une analogie utile. L'expression violente peut constituer un moyen d'expression politique et servir à favoriser l'épanouissement personnel de son auteur. Toutefois, elle n'est pas protégée par l'al. 2b) parce que la violence mine les valeurs que l'al. 2b) vise à protéger. La violence nuit au dialogue plutôt que de l'encourager. La violence nuit à l'épanouissement personnel de la victime plutôt que de le favoriser. Et la violence fait obstacle à la recherche de la vérité plutôt que de la faciliter.³¹ [nos soulignés]

38. Il nous semble en effet difficile d'expliquer pourquoi la Cour suprême a refusé d'appliquer un raisonnement similaire pour (tenter d') exclure intrinsèquement la *conviction religieuse préjudiciable* invoquée dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid*³², précité, note 28, autrement que par l'octroi de poids hiérarchiques distincts aux objets de protection de l'expression et des convictions religieuses.

39. La seconde limite intrinsèque fonctionnelle imposée aux dispositions protégeant la liberté d'expression, quant à elle, exclut du champ d'action de ces dispositions les actes expressifs dont la nature serait incompatible avec *la fonction historique ou réelle* du lieu public en question :

La question fondamentale quant à l'expression sur une propriété appartenant à l'État consiste à déterminer s'il s'agit d'un endroit public où l'on s'attendrait à ce que la liberté d'expression bénéficie d'une protection constitutionnelle parce que l'expression, dans ce lieu, ne va pas à l'encontre des objectifs que l'al. 2b) est censé favoriser, soit : (1) le débat démocratique; (2) la recherche de la vérité; et (3) l'épanouissement personnel. Pour trancher cette question, il faut examiner les facteurs suivants :

a) la fonction historique ou réelle de l'endroit;

b) les autres caractéristiques du lieu qui laissent croire que le fait de s'y exprimer minerait les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression.³³

31. *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141 [ci-après l'arrêt *Ville de Montréal*], par. 72.

32. Précité, note 28.

33. *Ville de Montréal*, précité, note 31, par. 74.

40. Cette limite intrinsèque distingue donc avantageusement les dispositions protégeant les convictions religieuses de celles protégeant la liberté d'expression puisque le recours aux premières — protégeant tant les « convictions » que les « manifestations de ces convictions », faut-il le rappeler³⁴ — n'est pas soumis au respect de telles « limites territoriales ». Pour illustrer cet écart, prenons comme exemple une institution à vocation « ordinaire » (par opposition aux institutions à vocation religieuse pouvant être visées par l'article 20 de la Charte québécoise) qui voudrait s'inspirer des règles qui régissent actuellement les membres de la fonction publique française³⁵ et qui, au nom du principe de la laïcité (ou d'une quelconque « neutralité religieuse »), interdirait toute forme d'expression religieuse de la part des individus qui y travaillent, lorsqu'ils sont présents sur les lieux de travail. Alors qu'un recours en vertu de la liberté d'expression permettrait, en principe, d'analyser la fonction historique de l'institution en question au stade initial de l'analyse (pour tenter de démontrer, par exemple, que le passé laïque de l'institution en question doit avoir pour effet d'exclure intrinsèquement les actes expressifs visés du champ de protection offert par la liberté d'expression³⁶), il ne serait

34. « Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. » : R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 [ci-après l'arrêt *Big M Drug Mart*], par. 94. Voir aussi : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, précité, note 3, par. 57-58.

35. En effet, le principe constitutionnel de laïcité française a été interprété comme retirant à l'ensemble des fonctionnaires publics français le droit de manifester leurs convictions religieuses lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs fonctions. À ce sujet, voir notamment : CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Rapport public : un siècle de laïcité*, Paris, La documentation française, 2004, p. 47-49, et Conseil d'État, 3 mai 2000, *Avis Dlle Marteaux*, RFD adm 2001, p. 146, note R. Schwartz.

36. Appliquant le test établi dans l'arrêt *Ville de Montréal*, précité, note 31, et plus spécifiquement le critère de la fonction historique du « lieu public » concerné par le litige dont ils étaient saisis (soit les espaces publicitaires disponibles sur les autobus publics), les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Greater Vancouver* rendu en 2009, fournissent une série très intéressante d'indices quant à la mise en œuvre de ce même critère, laquelle dépend finalement en grande partie de l'usage qui a été fait du (ou des) lieu(x) concerné(s) dans le passé : « Le fait que l'expression publique y a été permise ou qu'elle l'est actuellement est un bon indice de sa protection constitutionnelle.

[...]

pas possible que de tels arguments soient examinés au stade initial de litiges intentés en vertu des volets « passifs » ou « actifs » de la protection octroyée aux convictions religieuses en vertu des *lois sur les droits fondamentaux*.

41. Ainsi, pour tout paradoxal que cet énoncé puisse paraître, il appert clairement que l'expression religieuse (lorsqu'elle découle de convictions religieuses protégées par les *lois sur les droits fondamentaux*) jouit d'une protection beaucoup plus « étanche » en vertu des dispositions protégeant les convictions religieuses que celles protégeant l'expression au sens large.

2.2.2 L'inconstante protection accordée aux « volets négatifs » des *objets de protection* en droit canadien des droits de la personne

42. Un des éléments « systémiques » liés à la détermination de la portée conférée aux différents *objets de protection* des textes juridiques protégeant les droits et libertés fondamentaux tient à la mesure dans laquelle les tribunaux admettent que les deux facettes (positive et négative) de ces objets de protection soient également protégées. Ainsi, les dispositions protégeant les convictions religieuses sous-entendent également la protection des convictions *areligieuses* (ou, selon leur appréhension populaire, athées); le droit à l'expression sous-entend celui de ne pas s'exprimer; le droit à l'intégrité physique, celui de disposer de son propre corps; le droit de s'associer, celui de ne pas s'associer, etc.

43. Or, l'analyse des différents régimes juridiques en matière de protection des droits et libertés fondamentaux tend à démontrer que la facette négative des différents *objets de protection* ne jouit pas d'un degré de protection constant pour tous les droits et libertés consacrés au sein de ces régimes. Alors que certains *objets de protection* voient leurs deux

La question est de savoir si la fonction historique ou réelle ou quelque autre caractéristique de l'espace ou du lieu est incompatible avec l'expression ou permet de conclure que l'expression dans cet espace ou dans ce lieu minerait les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. L'une des avenues possibles pour trancher est celle de considérer la pratique antérieure ou actuelle. » [nos soulignés] : *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants* — Section Colombie-Britannique, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 41-42.

facettes être initialement protégées, la facette négative de certains autres est intrinsèquement limitée ou, carrément, exclue de leur définition juridique.

44. Pour reprendre une fois encore l'exemple du droit canadien, ces disparités peuvent être très facilement illustrées par l'analyse des libertés d'expression et de religion, d'un côté, et de la liberté d'association et du droit à la vie, de l'autre. En effet, alors que le droit de ne pas s'exprimer a été jugé être le corollaire de la liberté d'expression³⁷, et le droit de ne pas croire, celui de la liberté de religion³⁸, les volets négatifs de la liberté d'association et du droit à la vie ont été très fortement limités.

45. S'agissant d'abord du volet négatif de la liberté d'association, il fut d'abord reconnu formellement par une très mince majorité de quatre juges sur sept de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lavigne*³⁹, rendu en 1991, la protection (quasi) constitutionnelle de droit de non-association sous l'égide des dispositions protégeant la liberté d'association. Cette reconnaissance ne fait désormais plus aucun doute depuis que cette même Cour a rendu l'arrêt *Advance Cutting & Coring Ltd.* en 2001⁴⁰. En effet, huit des neuf juges qui rendirent le jugement confirmèrent l'approche initiée par la

37. Voir notamment à cet égard : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

38. La Cour suprême avait notamment établi le principe suivant à propos de la *liberté de conscience et de religion* dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, note 34, par. 41 : « Historiquement, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la Charte. La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses. » [nos soulignés]

39. *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 [ci-après l'arrêt *Lavigne*]. Tel que l'écrivait fort justement la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, par. 56, la juge McLachlin ne s'était effectivement prononcée — dans l'arrêt *Lavigne*, précité — sur l'existence du droit de non-association que dans le cadre d'un modeste *obiter dictum*.

40. Sur les neuf juges qui rendirent cet arrêt, seule la juge L'Heureux-Dubé conclut que la liberté d'association ne protégeait pas les individus contre les associations forcées et, donc, ne leur permettait pas d'invoquer la protection des *lois sur les droits fondamentaux* canadiennes pour se dissocier d'associations auxquelles ils refusaient de faire partie ou, plus largement, d'être associés : *Advance Cutting, id.*, par. 53-86.

majorité de l'arrêt *Lavigne* et conclurent que la protection de la liberté d'association impliquait également la protection de la liberté de non-association⁴¹... mais uniquement dans une certaine mesure. Bien que ne s'entendant pas sur les critères précis permettant d'inclure/exclure la revendication d'un individu voulant bénéficier de sa liberté de non-association, ces juges étaient tous d'accord sur le fait que, comme le résume le juge LeBel dans ses motifs, le raisonnement sous-tendant la reconnaissance du droit de non-association « accepte la présence d'un fondement démocratique capable de justifier l'imposition de limites internes à ce droit »⁴². Pour sept des huit juges à s'être prononcés directement sur la question, l'existence d'une certaine « pression idéologique » exercée par l'association à laquelle un individu s'estime « forcé » d'appartenir doit être démontrée pour que cet individu puisse effectivement bénéficier, *prima facie*, de son droit (quasi) constitutionnel de ne pas faire partie (et donc de « s'extirper ») de cette association⁴³.

41. Le quatuor mené par le juge Bastarache (par. 1 à 3), ainsi que le juge Iacobucci (par. 281), allait en effet dans le sens de ce que le trio mené par le juge LeBel établissait au paragraphe 191 de l'arrêt, soit que : « Compte tenu de la nature individuelle du droit, [...] la liberté négative de refuser de s'associer apparaît donc comme une composante nécessaire du droit constitutionnel de sauvegarder la liberté de choix indispensable pour l'accomplissement personnel. » : *id.*

42. *Advance Cutting*, *id.*, par. 207. Cette citation est par ailleurs reprise à titre de résumé de l'arrêt *Advance Cutting* (sous la section intitulée : *Le droit de ne pas s'associer*) dans l'ouvrage : H. BRUN *et al.*, *op. cit.*, note 27, p. 160, par. 2d/513.

43. Les dissensions des juges de la Cour suprême sur la portée de la « pression idéologique » devant être imposée à un individu par une association pour que celui-ci puisse jouir d'un droit de « non-association » ont été fort bien résumées par le professeur Ken Norman dans l'extrait suivant : « [1] *Justice LeBel*, for Gonthier and Arbour JJ., endorsed the freedom of non-association only where the situation was one of forced *ideological conformity*. Merely being required to join a union did not amount to such a case. [...] [2] *Justice Bastarache*, carrying McLachlin C.J.C., Major and Binnie JJ., took a broad view of the freedom of non-association entailing a contextual inquiry which takes into account the true nature of unions as fundamental institutions in Canadian democracy holding political views. To force a person to become a member of a union translates into the existence of ideological conformity. [...] On the footing that *ideological conformity* was imposed by forcing a person to become a union member, Bastarache J. found a violation of section 2d) which was not justified under section 1. However, he left the door open for an expanded framework of analysis governed by core liberty interests [...] [3] *Justice Iacobucci* rejected the narrow test of *ideological conformity* and advanced a broader contextualized view of freedom of non-association which led him to find a violation of section 2d). » : Ken NORMAN, « Freedom of Association », dans G.-A. BEAUDOUIN, E. MENDES (dir.), *op. cit.*, note 3, p. 325, p. 346-347.

46. Le volet négatif du droit à la vie, quant à lui, s'est vu reconnaître un très faible degré de protection par les tribunaux canadiens. À cet égard, la décision *Nancy B.*, rendue par la Cour supérieure du Québec en 1993, constitue sans doute une parfaite illustration de la limite au-delà de laquelle la jurisprudence canadienne n'a jamais voulu s'aventurer en ce qui concerne la reconnaissance (quasi) constitutionnelle du pendant négatif au droit à la vie, pendant négatif semblant avoir été circonscrit non pas au droit de se donner la mort volontairement et sans aide extérieure, mais plutôt au droit de se laisser mourir dans les cas où une maladie ou affection physique quelconque risque de mettre fin à notre existence. Les faits qui menèrent la Cour supérieure à rendre cette décision concernaient une dame qui, atteinte d'une maladie dégénérative (« paralysie motrice causée par le syndrome de Guillain Barré »)⁴⁴ et maintenue en vie à l'aide d'un respirateur artificiel, demandait aux médecins de débrancher ce respirateur sans le support duquel il était clair qu'elle ne pourrait survivre⁴⁵. M^{me} B. réclamait en fait la cessation des traitements qui lui étaient administrés, conformément au droit qui est conféré à tous les individus, au Québec, en vertu de l'article 11 du *Code civil du Québec*⁴⁶. Les motifs fournis par l'honorable juge Jacques Dufour pour justifier sa décision de permettre au personnel médical de débrancher le respirateur artificiel de M^{me} Nancy B. sont extrêmement éclairants :

Ce que demande Nancy B., invoquant le principe de l'autonomie de sa volonté et son droit à l'autodétermination, c'est que l'on cesse de lui appliquer le traitement de soutien respiratoire pour que la nature suive son cours, c'est qu'on la libère de l'esclavage d'une machine, sa vie dut-elle en dépendre. Pour

44. *Nancy B. c. L'Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.) [ci-après la décision *Nancy B.*], p. 3 du jugement intégral.

45. « Depuis près de deux ans et demi, dès le début de sa maladie, soit en juin 1989, Nancy B. fut intubée et mise sur respirateur. La preuve est à l'effet que ce traitement de soutien respiratoire est devenu essentiel à sa vie, ses muscles respiratoires étant atrophiés. Cette technique médicale prolonge la vie de cette dernière bien au-delà du temps qui lui était compté, eût-elle été laissée à ses propres forces naturelles. » : *id.*, p. 4 du jugement intégral.

46. « 11. Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examen, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention. » : *Code civil du Québec*, L. Q. 1991, c. 64.

que cela soit fait, incapable de le réaliser elle-même, il faut l'aide d'un tiers. Là et alors c'est la maladie qui suivra son cours naturel.

[...]

Peut-on qualifier de déraisonnable la conduite d'un médecin qui interrompt le traitement de soutien respiratoire de son patient, à sa demande libre et éclairée, pour permettre à la nature de suivre son cours? Ou peut-on affirmer qu'une telle conduite dénote une insouciance déréglée et téméraire? Je ne le crois pas. Les articles 222 à 241 du Code criminel traitent des différentes formes d'homicide. Ce que je viens d'exposer suffit pour conclure que la personne qui aura à faire cesser le traitement de soutien respiratoire à Nancy B. pour permettre à la nature de suivre son cours ne commettra en aucune façon les crimes prévus à ces articles. Il en serait ainsi de l'aide au suicide prévue à l'article 241.

J'ajouterais cependant que l'homicide et le suicide ne sont pas des morts naturelles, tandis que dans le présent cas, si la fin de la demanderesse survenait après la cessation du traitement de soutien respiratoire voulue par elle, ce serait le fait de la nature qui suivrait son cours.⁴⁷

47. S'il se limite à la seule possibilité de « laisser la nature suivre son cours » et n'inclut pas la possibilité de poser un

47. *Nancy B.*, précité, note 44, p. 15 et 19-20 du jugement intégral. La Cour suprême a par la suite confirmé que le droit canadien reconnaissait le droit d'un individu de se laisser mourir : « Les tribunaux canadiens ont reconnu aux patients le droit en common law de refuser un traitement médical ou d'exiger qu'un traitement, une fois commencé, soit interrompu (*Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119). Ce droit a été expressément reconnu même si l'interruption ou le refus du traitement risquent d'entraîner la mort (*Nancy B.* [...] et *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.)).

[...]

Toutefois, qu'on soit d'accord ou non pour maintenir la distinction entre la mesure active et la mesure passive, il n'en demeure pas moins que, en vertu de notre common law, le médecin n'a d'autre choix que de suivre les instructions de son patient qui lui demande d'interrompre le traitement. Continuer à traiter le patient quand ce dernier a retiré son consentement à subir le traitement constitue un acte de violence (*Ciarlariello* et *Nancy B.*, précités). Le médecin n'est donc pas tenu de faire un choix qui entraînera la mort du patient, comme ce serait le cas s'il choisissait d'apporter son aide au suicide ou de pratiquer l'euthanasie active. » : *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, par. 156 et 171.

acte concret qui serait la cause effective du décès d'un individu (que cet acte soit posé par l'individu lui-même (suicide) ou par autrui (euthanasie)), il faut alors conclure que le pendant négatif du droit à la vie jouit d'une portée extrêmement limitée au Canada.

2.2.3 La renonciation aux droits et libertés fondamentaux : interdite pour certains et permise pour d'autres?

48. Si tous les droits fondamentaux jouissent d'une même valeur hiérarchique au sein des différents régimes juridiques ayant choisi de les mettre en œuvre et, la plupart du temps, de leur conférer un statut *supralégislatif*, les critères permettant aux individus de renoncer à la protection qui leur est offerte par ces droits fondamentaux devrait clairement être uniforme. Or, tout comme l'élément voué à la reconnaissance des volets négatifs des différents *objets de protection* consacrés par les textes juridiques sur les droits et libertés fondamentaux, la question de la renonciation aux droits constitue également une constante systémique, dont la teneur est susceptible de varier d'un *objet de protection* à un autre au sein de ces mêmes régimes juridiques. Ces variations quant à la possibilité et conditions de renonciation aux droits fondamentaux sont regroupées en trois niveaux distincts, dont les deux extrêmes vont d'une forme de « noyau dur », pour lequel toute renonciation sera interdite, aux droits pour lesquels la jurisprudence reconnaît la validité d'une renonciation implicite. Le niveau médian, quant à lui, regroupe les droits fondamentaux pour lesquels on ne permettra la renonciation que si elle a été expressément formulée par le titulaire du droit. L'illustration de ces trois niveaux qualitatifs en matière de renonciation aux droits peut, une fois encore, être tirée du droit canadien des droits de la personne et plus spécifiquement d'une analyse de l'arrêt *Amselem*, rendu en 2004 par la Cour suprême du Canada.

49. De prime abord, l'arrêt *Amselem* permet sans contredit d'affirmer l'existence, en droit canadien, des deux principales catégories de droits fondamentaux qui peuvent être établies en fonction de la constante systémique de la renonciation, à savoir celle des droits auxquels il sera interdit de renoncer et

celle des droits auxquels les titulaires pourront renoncer. Pour rappeler brièvement le contexte factuel du litige : dans le but de démontrer que l'interdiction de construire quoi que ce soit sur le balcon des condominiums — interdiction prévue dans le contrat de copropriété — ne portait pas atteinte à la liberté de religion d'un des copropriétaires qui voulait construire une *souccah* sur son balcon (Monsieur Amselem : l'intimé), le syndicat des copropriétaires d'unités de condominiums (l'appelant) avait notamment allégué que l'intimé avait renoncé à cet aspect de sa liberté de religion en signant le contrat de copropriété. La Cour était notamment appelée à décider si un individu avait pu valablement renoncer à sa liberté de religion en signant une déclaration de copropriété. Ne reculant devant aucune incohérence structurelle, la majorité de la Cour suprême trouva le moyen d'esquiver le cœur de la question en traitant exclusivement des conditions de forme pour qu'une telle renonciation puisse être valable :

Le juge Dalphond [de la Cour d'appel du Québec] a conclu — conclusion que reprend l'intimé — que les appelants ont soit renoncé à leur droit à la liberté de religion, soit implicitement accepté les conditions du règlement en signant la déclaration de copropriété et qu'ils doivent respecter les dispositions contestées du règlement.

[...]

La question de savoir si quelqu'un peut renoncer à un droit constitutionnel comme la liberté de religion soulève encore des interrogations.

Je n'ai toutefois pas à me pencher sur cette question dans le présent pourvoi, car même à supposer qu'il soit théoriquement possible à une personne de renoncer légitimement à son droit à la liberté de religion, je suis d'avis que les faits de l'espèce ne permettent pas d'accueillir un argument fondé sur la renonciation — ou un argument analogue — [...]⁴⁸ [nos soulignés]

48. *Amselem*, précité, note 22, par. 91-93. Le lecteur notera également que la majorité réaffirme sa non-décision quant à la potentielle validité d'une renonciation à la liberté de religion au Canada au paragraphe 100 de l'arrêt, où elle affirme très clairement que la validité d'une telle renonciation ne doit être envisagée que comme une simple « possibilité ».

50. Ceci étant, dans un contexte où la jurisprudence a clairement reconnu qu'il est possible de renoncer à certains droits fondamentaux au Canada (comme le droit à la vie privée ou au respect du secret professionnel)⁴⁹, il nous semble difficile de voir, dans cette simple *hésitation* du plus haut tribunal canadien à reconnaître cette même possibilité pour les convictions religieuses, autre chose qu'une reconnaissance claire de l'existence d'au moins un « palier hiérarchique » entre droits fondamentaux de nature constitutionnelle : les droits auxquels les justiciables ne peuvent renoncer devant nécessairement être considérés comme étant juridiquement « plus importants » que ceux auxquels on leur permet de renoncer. En effet, qu'il s'agisse de l'une ou l'autre des techniques interprétatives auxquelles ont eu recours, jusqu'ici, les tribunaux canadiens pour justifier leur décision de permettre — ou non — de renoncer à certains droits et libertés fondamentaux au Canada⁵⁰, les conséquences hiérarchiques entre les deux groupes de droits et libertés qu'on catégorise ainsi nous semblent incontestables.

51. L'arrêt *Amselem* nous permet également d'identifier la troisième « variation » systémique liée cette fois aux conditions exigées pour qu'une renonciation à un droit fondamental soit valable en droit canadien. En effet, le raisonnement de la majorité dans cet arrêt constitue indiscutablement un apport majeur en matière de renonciation aux droits fondamentaux protégés par l'une ou l'autre des *lois sur les droits fondamentaux* canadiennes, et ce, pour la simple et bonne raison qu'il établit les conditions de forme qui devront être respectées pour qu'un individu puisse renoncer valablement à l'un ou

49. Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés fondamentaux », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Droit public et administratif*, vol. 7, *Collection de droit 2010-2011*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 19, à la p. 80.

50. Seul auteur à s'être intéressé à la question de manière approfondie au Canada, l'avocat québécois Maxime Lamothe a identifié quatre grandes méthodes interprétatives, qu'il a baptisées : « L'analyse fondée sur la notion de dignité humaine » [...], « L'analyse fondée sur la nature du droit ou de la liberté » [...], « L'analyse fondée sur la notion d'ordre public » [...] et « L'analyse fondée sur la dimension individuelle ou collective du droit ou de la liberté » : Maxime LAMOTHE, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 24-44.

l'autre des droits et libertés de nature constitutionnelle auxquels le droit canadien permet de renoncer :

... de par sa nature même, la renonciation à un droit doit pour être valable avoir un caractère volontaire et avoir été exprimée librement et en pleine connaissance de ses conséquences et effets véritables.

[...]

Suivant notre jurisprudence, dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par exemple, le juge La Forest a précisé que, dans les cas où le titulaire du droit en cause n'avait pas d'autre choix que de renoncer à celui-ci, il est impossible d'affirmer qu'il y a vraiment renoncé.

[...]

Dans les circonstances du présent pourvoi, les appelants n'avaient pas d'autre choix que de signer la déclaration de copropriété s'ils voulaient habiter au Sanctuaire. [...] À mon avis, comme les appelants n'avaient pas réellement de choix, il serait erroné de conclure qu'ils ont valablement et volontairement renoncé à leur droit à la liberté de religion.

[...]

Troisièmement, il est permis de penser 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 explicites. Non seulement une interdiction générale prohibant toute construction, interdiction comme celle prévue par la déclaration de copropriété, serait-elle insuffisante pour justifier un tribunal de conclure à l'existence d'une renonciation, mais on peut également soutenir qu'il en serait de même pour tout document ne mentionnant pas expressément le droit garanti par la Charte qui est visé.⁵¹ [nos soulignés]

52. Or, même s'il ressort clairement de l'analyse des critères établis par la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt

51. *Amselem*, précité, note 22, par. 96-97, 98 et 100.

Amselem qu'une éventuelle renonciation à l'une ou l'autre des dispositions protégeant les convictions religieuses doit nécessairement être *expressément* formulée pour être considérée comme valide, l'état actuel de la jurisprudence canadienne permet vraisemblablement aux individus de renoncer implicitement à certains autres droits fondamentaux, dont le droit à la vie privée⁵².

53. Ce fut notamment le cas dans l'affaire *Journal de Québec c. Beaulieu-Marquis*, ayant fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec en 2002, et qui impliquait la diffusion d'une photographie de deux jeunes hommes, prise dans le cadre d'une entrevue avec un journaliste, mais sans que ceux-ci aient consentis explicitement à la diffusion de la photo. Ayant à se prononcer sur la validité de la plainte des individus photographiés, qui alléguaient avoir subi une atteinte au volet « droit à l'image » de leur droit à la vie privée, la Cour d'appel considère que le fait d'avoir consenti à se faire prendre en photographie par un journaliste impliquait implicitement un consentement à sa diffusion. Considérant le contexte particulier dans lequel les photos avaient été prises, la Cour d'appel a jugé que les journalistes étaient tout à fait en droit de les diffuser, et ce, même s'ils ne s'étaient pas

52. Le droit à la vie privée et les autres « droits fondamentaux » pour lesquels les tribunaux ont jugé qu'une renonciation implicite était valable ont d'ailleurs fait l'objet d'une très intéressante analyse aux pages 140-169 de l'ouvrage de Maxime LAMOTHE, *op. cit.*, note 50. À cet égard, il nous semble que l'affirmation introductive de l'auteur, selon laquelle « ... cette forme de manifestation [expresse] n'a pas été jugée essentielle en droit canadien pour conclure à la validité de la renonciation » (p. 140), se trouve en fait à nous conforter dans notre position selon laquelle il existe plusieurs niveaux hiérarchiques au sein de l'ensemble des droits et libertés de nature constitutionnelle au Canada, la possibilité ou l'impossibilité de renoncer à l'un ou l'autre des différents objets de protection constituant sans aucun doute un indice témoignant de la prévalence ou subordination de cet objet de protection par rapport aux autres droits protégés. En effet, pour justifier son affirmation introductive, l'auteur se contente d'énumérer les cas où une renonciation implicite a été reconnue comme valable, sans s'attarder outre mesure sur les cas où la jurisprudence affirme clairement, comme ce fut le cas pour la liberté de religion dans l'arrêt *Amselem*, précité, note 22, que la renonciation à un droit fondamental donné *doit* être formulée de manière expresse. Dans sa thèse de doctorat, l'auteur Alain-Robert Nadeau affirme par ailleurs très clairement que le droit canadien reconnaît la possibilité qu'un individu renonce implicitement à son droit à la vie privée : Alain-Robert NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 15.

expressément enquis de cette possibilité auprès des deux jeunes hommes⁵³.

2.3 LA DÉTERMINATION DES CRITÈRES PERMETTANT DE JUSTIFIER UNE ATTEINTE À UN DROIT FONDAMENTAL

54. Bien évidemment, le résultat factuel des différents litiges dans le cadre desquels les instances décisionnelles compétentes ont été appelées à concilier deux droits fondamentaux produisant, en apparence, des effets opposés devront être pris en considération dans toute étude visant à identifier une *hiérarchie juridique matérielle* entre deux ou plusieurs droits fondamentaux protégés par un même texte juridique. L'existence d'un déséquilibre global des résultats favorisant l'un ou l'autre des droits fondamentaux étudiés constituera sans l'ombre d'un doute un argument susceptible de militer en faveur de l'existence d'une certaine hiérarchie en faveur de ce droit fondamental.

55. Toutefois, le caractère très casuistique des analyses menées à l'étape de la justification des atteintes aux droits

53. *Journal de Québec (Le) c. Beaulieu-Marquis*, précité, [2002] R.R.A. 797 (C.A.), par. 29-30 et 38-39. Dans le même sens, voir également l'arrêt *Clavet c. Sourour*, 2009 QCCA 942, dans lequel le raisonnement de la Cour d'appel est identique à celui suivi dans l'arrêt *Journal de Québec*, précité au sein de la même note, et ce, même si la Cour y conclut en l'inexistence d'une renonciation tacite au droit à la vie privée. Il s'agissait en l'espèce d'une employée du Centre international des femmes du Québec [ci-après le CIFQ] qui, en tant que responsable de l'accueil des invités à une fête de Noël, a accepté de se faire photographier en compagnie d'un député du Bloc québécois, Monsieur Roger Clavet, qui avait été invité à cette fête. Cette photographie s'est par la suite retrouvée sur un dépliant publicitaire visant à mousser les réalisations dudit député Clavet. L'employée du CIFQ, M^{me} Sourour, a poursuivi le député pour atteinte à son droit à l'image, alléguant que jamais elle n'avait accepté que cette photographie soit utilisée de la manière qu'elle l'avait été. S'est donc posée la question de la renonciation implicite au droit à la vie privée, que la Cour d'appel a résolu en ces termes : « Dans ce type de soirée, il est d'usage que les gens qui y participent prennent des photos en souvenir de l'événement. Lorsqu'une personne accepte d'être prise en photo, elle ne peut s'attendre à voir cette dernière publiée à 45 000 exemplaires et distribuée dans tous les foyers d'une circonscription électorale.

Une photo prise dans un tel contexte l'est généralement pour un usage restreint et personnel. On ne peut prendre excuse qu'il s'agit d'une soirée à laquelle sont conviées plusieurs personnes pour soutenir que M^{me} Sourour, en tant qu'employée du CIFQ, est devenue, l'espace de quelques heures, un personnage public et qu'elle a perdu le droit d'exercer un contrôle sur l'usage fait de son image. Le consentement donné ne visait que la prise de la photo pour une utilisation privée et ne comportait pas une autorisation à la publier comme elle l'a été. » [nos soulignés] : (par. 39-40).

fondamentaux (où les instances sont généralement invitées à trancher le conflit de droits eu égard au contexte particulier du litige), jouté au très petit nombre de décisions où ces instances décisionnelles jugèrent qu'effectivement, les litiges impliquaient un conflit irréconciliable entre deux droits fondamentaux, ont pour effet de limiter grandement l'impact de ces mêmes analyses dans le processus d'identification de détermination d'une *hiérarchie juridique matérielle* entre deux ou plusieurs droits fondamentaux protégés par un même texte juridique. En bout de course, les résultats factuels des analyses jurisprudentielles, même lorsqu'elles portent directement sur des conflits entre droits fondamentaux, sont bien davantage susceptibles de fournir des arguments liés à une *hiérarchie morale ou politique* entre droits fondamentaux, plutôt qu'à une quelconque hiérarchie juridique.

56. L'étape de la justification est malgré tout susceptible de fournir des éléments importants permettant d'identifier deux ou plusieurs niveaux hiérarchiques au sein de l'éventail des activités protégées par l'entremise, respectivement, des différents *objets de protection* consacrés par les textes juridiques sur les droits et libertés fondamentaux. En effet, il n'est pas rare de retrouver, au sein des différents *corpus* jurisprudentiels occidentaux, certains énoncés de principe clairs où les instances décisionnelles affirment très clairement qu'une atteinte à un même droit fondamental peut mener à un degré de justification facilité (ou aggravé) en fonction du type d'activité protégée qui est concernée par le litige. Autrement formulé, tout dépendant du type d'activité protégée en cause, les tribunaux se réservent parfois le droit d'exiger une preuve plus ou moins exigeante pour la justification d'une atteinte à un droit fondamental donné.

57. Cette variation dans l'intensité des critères de justification d'une atteinte à un droit fondamental donné se trouve parfaitement illustrée par la jurisprudence canadienne rendue en matière de protection de l'expression, au sein de laquelle la Cour suprême du Canada a établi trois grandes catégories d'activités pour lesquelles il convenait d'appliquer des critères de justification différents. Tel qu'il ressort très clairement d'un passage de l'arrêt *RJR Macdonald*, prononcé en 1995, ces trois catégories ont été définies en fonction de

leur proximité/éloignement par rapport à trois grandes valeurs constituant le « cœur » de la liberté d'expression en droit canadien⁵⁴:

Dans une série d'arrêts sur la liberté d'expression rendus depuis *Edmonton Journal*, [1989] 1 R.C.S. 1326 notre Cour a reconnu que, selon sa nature, l'expression pourra bénéficier de divers degrés de protection constitutionnelle. [nos soulignés]

[...]

Bien que la liberté d'expression constitue indubitablement une valeur fondamentale, il existe d'autres valeurs fondamentales qui méritent aussi d'être protégées et examinées par les tribunaux. [...] Dans l'arrêt *Keegstra* [...] le juge en chef Dickson a identifié ces valeurs fondamentales ou se trouvant au « cœur » d'une garantie comme incluant la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique. Lorsque les mesures gouvernementales menacent ces valeurs, notre Cour a pris soin d'en faire un examen rigoureux. Toutefois, lorsque la forme d'expression menacée s'écarte beaucoup de l'« esprit même » de la garantie, notre Cour a statué que les restrictions à cette expression sont moins difficiles à justifier. Comme le juge en chef Dickson l'a fait remarquer dans *Keegstra*, précité, à la p. 760 :

À mon avis, toutefois, l'analyse en vertu de l'article premier d'une restriction imposée à l'al. 2b) doit tenir compte de la nature de l'activité expressive que l'État cherche à restreindre. Si nous devons veiller à ne pas juger l'expression en fonction de sa popularité, il est tout aussi néfaste pour les valeurs inhérentes à la liberté d'expression, et pour les autres valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique, de considérer que toutes les sortes

54. « Nous avons déjà parlé de la nature des principes et des valeurs qui sous-tendent la protection vigilante de la liberté d'expression dans une société comme la nôtre. Cette Cour les a également examinés dans l'arrêt *Ford* [...] et ils peuvent se résumer ainsi : (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné » : *Irwin Toy*, précité, note 24, par. 53.

d'expressions revêtent la même importance au regard des principes qui sont au cœur de l'al. 2b).

Dans les cas où l'expression en question s'écarte beaucoup des valeurs au « cœur » de la liberté d'expression, notre Cour a appliqué une norme de justification moins sévère.⁵⁵ [nos soulignés]

58. Sur la foi de cet énoncé de principe général établi par la Cour suprême du Canada et de l'ensemble de ceux qui ont suivi dans le cadre de litiges impliquant différentes formes d'actes expressifs particuliers, il nous semble aujourd'hui possible de diviser en trois grandes catégories le méta-ensemble des actes expressifs protégés par la liberté d'expression au Canada, catégories pour lesquelles le processus de justification en vertu des dispositions limitatives sera plus ou moins sévèrement appliqué, tout dépendant de leur éloignement ou proximité avec les trois valeurs au cœur de la liberté d'expression au Canada. Se retrouvent donc sur ce spectre d'intensité : 1) les actes expressifs dont l'objectif est directement en lien avec l'une ou l'autre des trois valeurs constituant le « cœur » des dispositions protégeant la liberté d'expression au Canada (comme par exemple l'expression politique⁵⁶, journalistique ou

55. *RJR MacDonald*, précité, note 37, par. 71-73. Le fait qu'il soit plus facile de justifier les atteintes à certaines formes d'expression protégées par les *lois sur les droits fondamentaux* canadiennes — et l'impact potentiellement *hiérarchisant* de cette possibilité — a par ailleurs été noté (et brièvement analysé) par le professeur Stéphane Bernatchez, de l'Université de Sherbrooke : S. BERNATCHEZ, *loc. cit.*, note 14, aux p. 91-92.

56. « La publicité faite par les tiers est une forme d'expression politique. Qu'elle soit partisane ou qu'elle s'attache à un enjeu donné, la publicité électorale des tiers enrichit le débat politique (Rapport Lortie, *op. cit.*, p. 352). En tant que telle, elle constitue un aspect fondamental de la liberté d'expression garantie par la Charte et commande un haut degré de protection constitutionnelle. Comme l'a expliqué le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 763-764 : Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b), et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous. » [nos soulignés] : *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 84. Dans le même sens, voir également : *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 19 et 29, et *Thomson Newspaper Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 94, de même que H. BRUN, G. TREMBLAY, E. BROUILLET, *op. cit.*, note 11, p. 1060-1061.

pouvant plus largement être associée à l'exercice de la « liberté de presse »⁵⁷, artistique⁵⁸ ou syndicale⁵⁹); 2) les actes expressifs dont l'objectif n'est pas directement en lien avec le cœur de la

57. Pensons notamment à ce classique extrait rédigé par la juge McLachlin dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, par. 65 : « Les valeurs sur lesquelles se fonde la liberté de la presse, comme la liberté d'expression, comprennent la recherche de la vérité. La presse favorise cette recherche en présentant des reportages sur des faits et des opinions et en offrant ses commentaires sur des événements et des idées — activités essentielles au fonctionnement de notre démocratie, qui est fondée sur les reportages et les échanges d'idées faits en toute liberté. La presse agit en tant que représentante du public en surveillant les institutions gouvernementales, juridiques et sociales et en faisant des reportages sur celles-ci [...]. La liberté de la presse est importante également pour la participation au sein de la collectivité et l'accomplissement personnel. On n'a qu'à penser au rôle du journal d'une collectivité pour faciliter la participation au sein de celle-ci ou à celui des publications sur les arts, les sports et les politiques d'intérêt public pour se rendre compte de l'importance de la liberté de la presse dans la réalisation de ces objectifs. Nous voyons ainsi que les valeurs identifiées dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, comme étant essentielles à la libre expression sont à la base également de la garantie de la liberté de la presse et des autres médias.» Dans le même sens, voir également les deux sections consacrées à la protection spécifique de la liberté de la presse (en vertu de la Charte canadienne et de la Charte québécoise, dans l'ouvrage : H. BRUN *et al.*, *op. cit.*, note 27, p. 136-145 (par. 2b/278-2b/333) et p. 799- 803 (par. 3/29-3/49)).

58. « L'affaire *Collège royal* ([1990] 2 R.C.S. 232) traitait de limites imposées par une province à la liberté des dentistes d'avoir recours à la publicité pour communiquer des renseignements à des patients réels et éventuels. Dans ces circonstances, notre Cour a conclu que l'expression ainsi réglementée était de telle nature que sa restriction se situait en deçà d'une atteinte des plus graves à la liberté d'expression, étant donné que la restriction ne touchait ni la participation au processus politique ni la possibilité pour un particulier de s'épanouir sur les plans spirituel ou artistique.

[...]

Au cœur de la liberté d'expression se trouve le besoin d'assurer la découverte de la vérité et la réalisation du bien commun, tant dans les entreprises scientifiques et artistiques que dans la poursuite de la meilleure orientation à donner à nos affaires politiques.» [nos soulignés et caractères gras] : R. c. *Keegstra*, précité, note 27, par. 84 et 87. Dans le même sens, voir également : *Aubry c. Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 55.

59. Voir notamment l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, par. 20, concernant spécifiquement le cas du piquetage comme forme « d'expression syndicale » : « Le piquetage, je le répète, comporte toujours un élément d'expression. Le syndicat informe le grand public qu'il est impliqué dans un conflit de travail,

liberté d'expression protégée au Canada (comme l'expression commerciale⁶⁰); et finalement 3) les actes expressifs « socialement indésirables » ou directement opposés aux « valeurs fondamentales qui sous-tendent la liberté d'expression »⁶¹

qu'il cherche à imposer sa volonté à l'entreprise qui fait l'objet du piquetage et qu'il demande aux membres du public de l'aider en respectant la ligne de piquetage. Cette forme d'expression sera évidemment toujours accompagnée d'actes de la part des piqueteurs, mais ce ne sont pas tous leurs actes qui auront pour effet de changer la nature de l'ensemble de l'opération et de la soustraire à la protection accordée à la liberté d'expression par la Charte. Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale. » [nos soulignés]. Dans le même sens, voir également : *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Montréal (Communauté urbaine de) c. Fraternité des policiers et policières de la Communauté urbaine de Montréal*, [1995] R.J.Q. 2549 (C.A.); *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156; *T.U.A.C., section locale 1518 c. K-Mart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083.

60. « Bien qu'il ait été clairement établi que l'expression commerciale n'échappe pas à la portée de l'al. 2b), le fait que l'expression soit commerciale n'est pas nécessairement sans importance du point de vue constitutionnel. La réglementation de la publicité peut porter atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la Charte, mais cela ne met pas fin à l'examen. La question supplémentaire de savoir si la violation peut être justifiée aux termes de l'article premier de la Charte doit être examinée.

[...]

L'expression qui est restreinte par ce règlement est celle de dentistes qui désirent communiquer des renseignements à des patients réels ou éventuels. Dans la plupart des cas, leur raison d'agir ainsi est principalement d'ordre économique. À l'inverse, s'ils sont empêchés d'agir ainsi, la perte qu'ils subissent est simplement une perte de bénéfice et non une perte d'occasion de participer au processus politique ou au "marché des idées", ou de réaliser un épanouissement personnel sur le plan spirituel ou artistique: voir Irwin Toy, précité, à la p. 976. Cela laisse entendre qu'il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b). » : *Rocket c. College Royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232. Dans le même sens, voir aussi : *R. c. Ratelle*, [1994] R.J.Q. 1485 (C.A.).

61. *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 181.

(comme la diffamation⁶², la propagande haineuse⁶³ ou la pornographie juvénile⁶⁴).

59. Bien qu'elle ne remette pas en cause, en elle-même, le postulat général de non-hiérarchie entre les droits et libertés fondamentaux protégés par un même texte juridique (lequel ne va quand même pas jusqu'à exiger que toutes les activités protégées par un même *objet de protection* soient considérées de manière équivalente), l'identification de paliers hiérarchiques au sein de l'éventail des activités protégées par un même *objet de protection* constitue malgré tout une étape préliminaire incontournable avant d'évaluer qualitativement la valeur hiérarchique des droits les uns par rapport aux autres. En effet, l'existence de distinctions hiérarchiques généralisées au sein d'un régime juridique donné entre les activités jugées être en lien avec le « cœur » d'un *objet de protection* et celles qui y sont rattachées de manière plus « périphérique » permettront de conclure en l'existence d'un déséquilibre hiérarchique entre droits fondamentaux, déséquilibre favorisant

62. « Pour décider s'il y a atteinte minimale, il faut déterminer si les art. 298 à 300 [qui criminalisent certains actes diffamatoires] du *Code* restreignent le moins possible la liberté d'expression (*Oakes*, précité). À ce stade, il est particulièrement important de garder à l'esprit la valeur négligeable de l'expression diffamatoire. Cela réduit sensiblement l'obligation de l'intimée de démontrer que la disposition ne porte qu'une atteinte minimale. » : R. c. *Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 57.

63. « Compte tenu toutefois de l'énergie inégalee avec laquelle la propagande haineuse répudie et mine les valeurs démocratiques, et conteste notamment l'idée que le respect égal et la dignité égale pour tous les citoyens sont requis pour assurer une participation réelle au processus politique, je ne puis voir la protection de cette expression comme faisant partie intégrante de l'idéal démocratique qui forme un élément tellement fondamental de la raison d'être de l'al. 2b). Cette conclusion, ainsi que mes observations concernant la faiblesse du lien entre les communications relevant du par. 319 (2) et les autres valeurs constituant l'essence de la garantie de la liberté d'expression, m'amènent à exprimer mon désaccord avec l'opinion du juge McLachlin selon laquelle l'expression en cause dans le présent pourvoi commande la plus grande protection constitutionnelle. À mon avis, la propagande haineuse ne devrait pas peser très lourd dans l'analyse fondée sur l'article premier. » : R. c. *Keegstra*, précité, note 27, p. du R.C.S. 92, (j. en chef Dickson pour la majorité).

64. « Il est clair que la possession de pornographie juvénile n'apporte rien à la recherche de la vérité.

[...]

La possession de pornographie juvénile n'a aucune valeur sociale; elle n'a qu'un lien tenu avec la valeur d'épanouissement personnel qui sous-tend le droit à la liberté d'expression. À ce titre, elle ne justifie qu'une protection atténuée. Il y a donc lieu de faire preuve de plus de retenue à l'égard de la décision du législateur de l'interdire. » [nos soulignés] : R. c. *Sharpe*, précité, note 61, par. 183 et 186.

les activités auxquelles on aura associé le plus lourd fardeau de justification. Autrement formulé, si la distinction hiérarchique entre l'expression politique et l'expression diffamatoire ne remet pas en cause le postulat de non-hiérarchie entre droits fondamentaux (les deux types d'activités étant protégées par un même *objet de protection*, soit l'*expression*), une distinction hiérarchique entre l'expression politique et la mise en œuvre de convictions religieuses susceptibles de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui sera quant à elle de nature à démontrer l'existence d'une *hiérarchie juridique matérielle* entre certains aspects de deux droits fondamentaux protégés par un même texte juridique.

2.4 L'AMPLEUR DES RÉPARATIONS OFFERTES EN CAS DE VIOLATION AUX DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

60. La détermination de la réparation constitue l'ultime étape propre à la mise en œuvre des textes juridiques protégeant les droits fondamentaux, l'étape à laquelle n'ont droit que les individus qui ont pu démontrer avoir subi une atteinte injustifiable à un des droits fondamentaux qui leur étaient conférés par ces textes. La perspective d'obtenir une « juste réparation » constitue en fait l'une des principales raisons susceptibles de pousser un individu à intenter un recours judiciaire, cette « juste réparation » pouvant notamment prendre la forme d'ordonnances préventives, restitutives, compensatoires ou, lorsque les caractéristiques de l'atteinte le permettent, punitives et exemplaires.

61. Toutefois, comme ce fut le cas pour chacune des trois grandes étapes précédentes, il est possible d'identifier d'importantes variations systémiques rattachées aux différents *objets de protection* invoqués par les individus qui tentent de faire sanctionner la violation injustifiée d'un de leurs droits fondamentaux. D'un point de vue comparatif, certaines instances décisionnelles (dont la Cour suprême du Canada) ont en effet grandement restreint les possibilités de réparation offertes en cas de violation à certains droits et libertés fondamentaux particuliers.

62. L'illustration la plus criante d'une telle restriction en droit canadien concerne sans l'ombre d'un doute les droits économiques et sociaux protégés par la Charte québécoise et dont la violation, conformément aux principes établis dans l'arrêt *Gosselin*, ne peut donner lieu qu'à des ordonnances « déclaratoires »⁶⁵. Autrement dit, tout tribunal saisi d'un litige à l'issue duquel il conclut en l'existence d'une violation injustifiée à l'un des droits protégés par les articles 39 et suivants de la Charte québécoise⁶⁶ peut donc constater cette violation et émettre une *déclaration* à cet effet, mais il ne peut en forcer le respect par le biais d'une ordonnance officiellement contraignante pour l'individu ou l'institution qui a commis la violation.

63. Dans le même sens, on peut également penser au droit à la vie, pour lequel les tribunaux canadiens refusent, sauf exceptions⁶⁷, d'offrir une compensation pour les cas où il y a eu atteinte directe à ce droit fondamental et donc, *mort d'homme*. La vie ne pouvant évidemment pas être restituée à un individu qui en a été privé, la nature fondamentale de cet *objet de protection* n'aurait-elle normalement pas dû pousser la jurisprudence canadienne à permettre aux ayants-droits de la victime d'obtenir, en guise de réparation « convenable et juste » pour l'atteinte au droit fondamental, une certaine

65. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 89, 92 et 96.

66. À l'exception, peut-être, de l'article 48 de la Charte québécoise, que la Cour suprême semble considérer comme une disposition particulière au sein de l'ensemble des « droits économiques et sociaux » : *id.*, par. 92.

67. Soit les cas où l'atteinte directe au droit à la vie résulte d'un acte intentionnel, délibéré ou de mauvaise foi. Voir notamment à cet égard le résumé fourni par le professeur Christian Brunelle : « Dans une décision issue de l'Ontario, mais dont les principes sont éminemment applicables en droit québécois, la Cour suprême du Canada s'explique ainsi sur la raison d'être des dommages-intérêts punitifs : *On peut accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque la mauvaise conduite du défendeur est si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de la dignité de la cour. Les dommages-intérêts punitifs n'ont aucun lien avec ce que le demandeur est fondé à recevoir au titre d'une compensation. Ils visent non pas à compenser le demandeur, mais à punir le défendeur. [...] Ils revêtent le caractère d'une amende destinée à dissuader le défendeur et les autres d'agir ainsi* [référence à l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130] » [nos soulignés] : C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 49, à la p. 92.

forme de compensation⁶⁸? D'un strict point de vue théorique et sans égard à la légitimité des arguments pragmatiques ayant été formulés pour justifier une telle restriction à l'éventail des réparations offertes⁶⁹, il est toutefois indéniable que le choix de la Cour suprême se résume purement et simplement à l'interdiction de toute forme de réparation pour une atteinte directe (et non malicieuse) au droit fondamental que représente le droit à la vie.

64. Ces variations systémiques liées à l'étape de la réparation, lorsqu'elles existent au sein d'un régime juridique donné, constituent sans contredit un marqueur hiérarchique important, puisqu'elles se trouvent à accroître (ou limiter, le cas échéant) la portée effective des différents droits et libertés fondamentaux visés par ces mêmes variations.

CONCLUSION

65. L'hypothèse selon laquelle la nature particulière des droits et libertés fondamentaux implique, le plus souvent, l'établissement de *hiérarchies juridiques matérielles* au sein des nombreux régimes juridiques qui composent la société internationale sous-entend, pour être vérifiée de manière exhaustive, la réalisation d'un très vaste programme de recherche. En effet, la démonstration qu'un *objet de protection*

68. Ne serait-ce qu'en application du principe général, plusieurs fois réaffirmé par la Cour suprême et en vertu duquel la protection effective des droits et libertés fondamentaux individuels implique nécessairement l'obligation de fournir une réparation suffisante (ou raisonnable) en cas de violation : « Or, qu'arrive-t-il en cas de violation ou de négation de ces droits et libertés? C'est au par. 24(1) qu'on trouve la réponse : toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la Charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Les droits et libertés sont garantis par la Charte et les tribunaux sont tenus de fournir un redressement en cas de violation. » [nos soulignés] : *B.C.G.E.U.*, précité, note 59, par. 24. Dans le même sens, voir également : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, par. 50 : « Quand une personne peut démontrer qu'elle a été victime d'une atteinte à un droit garanti par la Charte, il est indispensable pour assurer la sanction de cette violation de la Constitution que la personne en question puisse s'adresser au tribunal compétent afin d'obtenir réparation. Créer un droit sans prévoir de redressement heurte de front l'un des objets de la Charte qui permet assurément aux tribunaux d'accorder une réparation en cas de violation de la Constitution. » [nos soulignés].

69. Voir notamment *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, par. 60-77.

particulier jouit d'un statut préférentiel par rapport aux autres *objets* protégés au sein d'un régime juridique donné⁷⁰, pour toute importante qu'elle puisse être quant à la nécessaire réinterprétation *bidimensionnelle* du postulat général de non-hiérarchie (*formelle* et non *matérielle*) entre les différents droits et libertés fondamentaux, n'en constitue que le point de départ.

66. À partir du moment où l'existence d'un déséquilibre hiérarchique entre deux droits fondamentaux protégés par un même texte juridique est démontrée (ce qui correspond, *grosso modo*, à l'identification d'une *hiérarchie juridique matérielle*), le point focal de l'analyse devra se déplacer vers la *caractérisation* des différents niveaux composant la *hiérarchie matérielle* entre droits et libertés fondamentaux. Ce processus de caractérisation, qui constitue à notre avis le cœur des recherches qui devraient être menées dans le futur en ce qui concerne la question de la *hiérarchisation* des droits et libertés fondamentaux, ne pourra résulter que d'un entrecroisement complexe du résultat de nombreuses analyses comparatives « sectorielles » menées entre certains *objets de protection* spécifiques. Ces analyses, pour fournir le matériel suffisant à cet entrecroisement de données, devront non seulement être axées sur la détermination de la valeur hiérarchique des *objets de protection* étudiés les uns par rapport aux autres, mais également de celle des différentes activités protégées par ces mêmes *objets de protection*. En effet, au sein de régimes juridiques donnés, une même analyse pourrait fort bien mener, par exemple, à la conclusion que les dispositions protégeant l'expression, sans être *globalement* supérieures à celles protégeant la religion, protègent néanmoins certaines activités qui, elles, primeront en cas de conflit avec l'exercice d'activités religieuses jouissant d'un plus faible degré de protection *supralégislative*.

70. Comme nous le soulignons un peu plus haut, cette démonstration a par ailleurs déjà été faite par un des coauteurs du présent article à propos des dispositions protégeant les convictions religieuses au sein des *lois sur les droits fondamentaux* canadiennes, dispositions qui jouissent d'un statut préférentiel par rapport aux autres *objets de protection* de nature constitutionnelle au Canada : L.-P. LAMPRON, *op. cit.*, note 15.

67. En peu de mots comme en cent, nous croyons fermement que le phénomène de la *hiérarchisation matérielle* entre droits et libertés fondamentaux constituera un objet d'étude particulièrement porteur au cours des prochaines années en ce qui concerne le domaine de la théorie des *droits et libertés fondamentaux*. Si tant est que le passé soit garant de l'avenir, les futurs développements liés à l'analyse de ce nouvel objet d'études en droit ne risquent certainement pas de passer inaperçus!

Louis-Philippe Lampron
Faculté de droit de l'Université Laval
Pavillon Charles-De Koninck
1030, av. des Sciences-Humaines, bur. 2127
Québec (Québec) G1V 0A6
Tél. : 418 656-2131, poste 2717
Télec. : 418 656-7230
Louis-Philippe.Lampron@fd.ulaval.ca

Eugénie Brouillet
Faculté de droit de l'Université Laval
Pavillon Charles-De Koninck, bur. 5137B
1030, av. des Sciences-Humaines
Québec (Québec) G1V 0A6
Tél. : 418 656-2131, poste 3584
Télec. : 418 656-7230
Eugenie.Brouillet@fd.ulaval.ca