



EUI Working Papers

LAW 2009/04

DEPARTMENT OF LAW

LE FONDEMENT NORMATIF DU PRINCIPE DE
PROPORTIONNALITÉ EN THÉORIE CONSTITUTIONNELLE

Luc B. Tremblay

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE
DEPARTMENT OF LAW

***LE FONDEMENT NORMATIF DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ
EN THÉORIE CONSTITUTIONNELLE***

LUC B. TREMBLAY

EUI Working Paper LAW 2009/04

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

The author(s)/editor(s) should inform the Law Department of the EUI if the paper is to be published elsewhere, and should also assume responsibility for any consequent obligation(s).

ISSN 1725-6739

© 2009 Luc B. Tremblay
Printed in Italy
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50014 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy
www.eui.eu
cadmus.eui.eu

Abstract

In many jurisdictions, the principle of proportionality is actually used by judges as basic standard in the process of judicial review of laws limiting constitutional rights. But what is the normative foundation of the principle of proportionality? The purpose of this text is to provide one answer to this question. In a first section, the author articulates the constitutive propositions for proportionality reasoning in constitutional adjudication. This «model of proportionality» does not presuppose a correct interpretive approach to constitutional text or a correct understanding of abstract political morality for the purposes of fixing the content of constitutional rights and the right balance of values. The analytical process is entirely contextual and pragmatic. In a second section, the author argues that the normative force of the principle of proportionality lies in two ethical or moral considerations: the moral principle of impartiality and the principle of legitimacy as unanimous acceptance of reasons justifying the exercise of power and coercion by the State. Although these considerations make the principle of proportionality very attractive from a normative point of view, the question whether they are sufficient for the purposes of judicial review is not answered.

Keywords

Legitimacy – judicial review – fundamental/human rights – pluralism – European law – German Constitutional Court

Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle

Luc B. Tremblay

Introduction

Dans ce texte, j'examine le fondement normatif d'une théorie plausible du contrôle judiciaire des lois qui portent atteinte aux libertés et aux droits fondamentaux garantis dans une constitution. Cette théorie fait du principe de proportionnalité le critère ultime de la validité constitutionnelle des restrictions aux droits constitutionnels. Elle postule que nulle restriction aux droits garantis n'est constitutionnellement valide, à moins qu'il puisse être démontré, conformément à la norme de la prépondérance des probabilités, que l'équilibre concret qu'elle établit entre les valeurs en conflit, dans le contexte factuel d'une affaire donnée, optimise chacune d'elles de manière proportionnelle. Contrairement aux principales théories qui lui font concurrence, telles que l'originalisme, le textualisme, les approches téléologiques, les théories procédurales ou le droit comme intégrité, cette théorie du contrôle judiciaire ne fait pas de la conformité des restrictions aux droits constitutionnels à un ordre normatif indépendant de valeurs substantielles un critère de validité constitutionnelle. Elle ne postule pas, par exemple, que l'équilibre entre les valeurs en conflit posé par une mesure gouvernementale doit être conforme à un équilibre de valeurs substantielles posé dans l'abstrait par une mesure idéale indépendante, telles que les normes de la constitution «correctement» interprétées ou les normes de morale politique «correctement» comprises. Cette théorie réduit entièrement le processus de contrôle judiciaire des lois restreignant les droits constitutionnels à l'application du principe de proportionnalité.

Je nommerai le modèle de contrôle judiciaire que postule cette théorie le «modèle de la proportionnalité». Mon objectif est de l'examiner d'un point de vue normatif. Je présupposerai donc, sans le démontrer, que le modèle de la proportionnalité convient à la pratique du contrôle judiciaire dans le monde – à tout le moins qu'il y convient suffisamment bien pour le prendre au sérieux en tant que modèle distinct du contrôle judiciaire.¹ La question qui m'intéresse est de savoir s'il existe des raisons normatives, éthiques ou morales, de réduire le processus de contrôle judiciaire des lois à affaire de proportionnalité entre les valeurs en conflit. En d'autres mots : « qu'est-ce qui confère, ou pourrait conférer, au modèle de la proportionnalité son fondement normatif et, par voie de conséquence, sa force normative? » A cette fin, il ne suffit évidemment pas de montrer que ce modèle de contrôle constitutionnel des lois convient à la pratique judiciaire ou découle d'une interprétation possible d'un texte constitutionnel donné. Il est nécessaire de le justifier du point de vue de la morale politique.

Je ferai deux choses. Premièrement, j'élaborerai les propositions constitutives du modèle de la proportionnalité (section I). Celles-ci montreront en quoi ce modèle de contrôle judiciaire se distingue des modèles concurrents les plus influents en théorie constitutionnelle. Deuxièmement, j'examinerai les considérations qui, selon moi, peuvent raisonnablement conférer au modèle de la proportionnalité son fondement normatif (section II). Je soutiendrai que ces considérations résident dans deux idées

¹ Sur l'importance prépondérante qu'a pris à travers le monde le principe de proportionnalité dans la pratique du contrôle judiciaire des lois qui portent atteintes aux droits constitutionnels, voir David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, part., p. 159-60; Wojciech Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in the Post-Communist States of Central and Eastern Europe* (2005); Alec Stone Sweet et Jud Mathews, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», à paraître dans *Columbia Journal of Transnational Law*, 47 (2008). En général, le modèle de la proportionnalité est approché d'un point de vue descriptif : il est censé représenter le processus de raisonnement constitutionnel tel qu'il se manifeste dans les décisions judiciaires qui évaluent la justification des restrictions aux droits constitutionnels garantis dans une ou plusieurs juridictions. Voir par exemple Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002 (cet ouvrage élabore «a general legal theory of the constitutional rights of the Basic Law», p. 5).

éthiques ou morales puissantes : l'idée d'impartialité morale et l'idée de légitimité politique fondée sur l'acceptation unanime des normes qui justifient le pouvoir et la coercition. À mon avis, ces deux idées pourraient expliquer l'attrait qu'exerce le modèle de la proportionnalité sur les juristes, notamment sur les juges, et ce même lorsque ces derniers sont incapables de le justifier par une référence explicite au texte constitutionnel ou à l'intention de ses auteurs. En tout état de cause, elles donnent du poids au modèle de la proportionnalité, tout particulièrement dans le cadre d'une société démocratique pluraliste et multiculturelle. La question de savoir si elles constituent une raison suffisante ne sera pas abordée dans ce texte.

Le modèle de la proportionnalité

On pourrait concevoir diverses versions d'un modèle de contrôle judiciaire fondé sur le principe de la proportionnalité. La version la plus influente réside probablement dans la jurisprudence constitutionnelle allemande.² Mais cette dernière n'est ni la seule, ni nécessairement la plus forte et la plus cohérente. Pour cette raison, je m'inspirerai principalement des travaux de Robert Alexy et de David Beatty.³ A cette fin, je formulerai les propositions constitutives du modèle de la proportionnalité sous la forme de ce qu'on peut nommer un «idéaltype».⁴ Chaque proposition pourra donc être ultérieurement spécifiée afin de mettre en lumière les distinctions qui caractérisent les diverses versions. De plus, chaque proposition pourrait être contestée, y compris par ceux qui postulent que le principe de proportionnalité joue ou devrait jouer un rôle prépondérant dans le processus de contrôle judiciaire. Néanmoins, l'idéaltype qui suit décrit adéquatement le modèle de processus de contrôle judiciaire que j'entends examiner.

L'idéaltype du modèle de la proportionnalité

Je formulerai l'idéaltype du modèle de la proportionnalité en sept propositions :

- 1/ Les normes constitutionnelles écrites et non écrites expriment un ensemble de valeurs concurrentes. Ces valeurs peuvent être des droits individuels ou collectifs, des intérêts individuels ou collectifs, des buts sociaux, des biens collectifs ou n'importe quel objet politique désirable.
- 2/ Les valeurs constitutionnelles concurrentes qu'elles expriment ont, dans l'abstrait, le même poids. Il n'y a donc aucun ordre de priorité, lexical ou autrement, entre les valeurs et, conséquemment, aucune valeur n'a de force spéciale par rapport à d'autres valeurs. Il s'ensuit que les droits individuels n'ont en principe aucune priorité normative sur les valeurs concurrentes, ni même sur les buts collectifs, le bien-être général ou les objectifs perfectionnistes. Formellement, cela découle du fait que toutes les normes constitutionnelles ont le même statut.
- 3/ Les normes constitutionnelles constituent des «exigences d'optimisation». Elles prescrivent que chaque valeur qu'elles expriment doit être réalisée le plus possible, compte tenu des possibilités juridiques et factuelles. Elles constituent ce qu'Alexy nomme des «principes».⁵ Il s'ensuit que chaque

² Voir en général, Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2d ed., Duke University Press, Durham, 1997. Voir aussi Dieter Grimm, «Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence», (2007) 57 *U. Toronto L.J.* 383.

³ Voir Alexy, supra note 1; Beatty, supra note 1.

⁴ Un idéaltype est une représentation mentale rationnelle, cohérente et abstraite d'une chose qui peut apparaître dans la réalité sous une forme confuse et incohérente. C'est une reconstruction conceptuelle d'une chose qui se manifeste sous une autre forme. Le concept d'idéaltype est emprunté à la sociologie wébérienne. Voir par exemple Max Weber, «'Objectivity' in Social Science and Social Policy», dans Max Weber, *The Methodology of the Social Sciences*, New York, Free Press, 1949. J'ai utilisé ce concept dans certains travaux antérieurs. Voir, par exemple, Luc B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997.

⁵ Alexy, supra note 1, p. 47.

institution tenue de trancher entre des revendications constitutionnelles concurrentes doit optimiser chaque valeur en conflit autant que possible, compte tenu du droit et des faits. Les normes constitutionnelles comprennent ainsi ce que nous pouvons nommer un «principe d'optimisation».⁶ Précisons qu'optimiser les valeurs en conflit ne consiste pas à les agréger les unes aux autres en vue de «maximiser» une valeur-maîtresse quantifiable à laquelle elles participeraient toutes. Optimiser les valeurs en conflit consiste plutôt à réaliser chacune d'elles autant que possible, compte tenu du droit et des faits, indépendamment du fait qu'elles puissent ou non partager une même propriété substantielle commune, tel que le bonheur, le bien-être ou la satisfaction des préférences. Le principe d'optimisation ne présuppose pas que toutes les valeurs puissent être réductibles à une valeur-maîtresse. Le modèle de la proportionnalité n'est pas une forme d'utilitarisme.⁷

4/ Le principe d'optimisation implique nécessairement que les valeurs en conflit soient harmonisées les unes aux autres. Puisque chaque valeur exprimée dans la constitution doit être réalisée autant que possible, compte tenu du droit et des faits, aucune ne peut être totalement réalisée au détriment de celles avec lesquelles elle est en conflit. Chaque valeur en conflit ne doit donc être limitée que dans la mesure où cela est requis afin de l'harmoniser avec les autres. Ce processus d'harmonisation dérive logiquement de la nature même des normes constitutionnelles conçues comme exigences d'optimisation.⁸

5/ Le processus d'harmonisation des valeurs en conflit doit nécessairement satisfaire à un critère de proportionnalité. Puisque les valeurs constitutionnelles en conflit doivent être harmonisées de manière à ce que chacune puisse atteindre son effet optimal, les limites imposées à une valeur donnée ne doivent pas être disproportionnées par rapport aux états de chose désirables que ces limites permettent de réaliser. Le critère de proportionnalité comporte trois aspects ou trois critères moyens-fins. (i) L'atteinte à une valeur constitutionnelle doit rationnellement contribuer à la réalisation d'une valeur constitutionnelle concurrente. Appliqué aux règles de droit qui portent atteinte aux droits constitutionnels, ce critère exige l'existence d'un «lien rationnel» entre les mesures gouvernementales qui restreignent un droit et l'objectif qu'elles visent. (ii) L'atteinte à une valeur constitutionnelle doit être nécessaire à la réalisation de la valeur concurrente qu'elle est censée servir. Appliqué aux règles de droit, ce critère exige que l'atteinte à un droit soit minimale : elle doit être la moins intrusive ou la moins draconienne, compte tenu de l'objectif que cherche à réaliser le gouvernement. (iii) L'atteinte à une valeur constitutionnelle doit être proportionnelle au sens strict : elle ne doit pas être excessive par rapport au bénéfice découlant de la valeur concurrente qu'elle contribue à réaliser. Appliqué aux règles de droit, ce critère exige que le coût, le fardeau, le sacrifice ou les effets préjudiciables qu'impose une mesure gouvernementale en portant atteinte à un droit garanti ne soient pas excessifs par rapport aux bénéfices, aux gains ou aux biens visés par l'objectif que l'atteinte permet de réaliser.

Une mesure gouvernementale dont la restriction à une valeur constitutionnelle donnée ne contribue pas à l'objectif qu'elle est censée viser, n'est pas nécessaire à la réalisation de l'objectif ou est excessive par rapport au bénéfice qu'elle contribue à produire ne permet pas à la valeur sacrifiée d'atteindre son effet optimal, compte tenu des possibilités juridiques et factuelles. Il s'ensuit que le critère de proportionnalité dérive logiquement de la nature des normes constitutionnelles conçues comme des exigences d'optimisation. Corrélativement, l'application du critère de proportionnalité à une mesure

⁶ Le «principe d'optimisation», tel que je l'utilise ici, ne constitue pas un «principe» au sens qu'Alexy donne à ce concept : il ne constitue pas une exigence d'optimisation. Ce principe fonctionne plutôt comme une «règle»: «rules are norms which are always either fulfilled or not». Alexy, *supra* note 1, p. 48.

⁷ Notons que la distinction entre «optimiser» et «maximiser» peut être une simple affaire de terminologie. Voir, par exemple, Beatty, *supra* note 1, p. 73, 163 et 176.

⁸ Voir Alexy, *supra* note 1, p. 67, 401; Beatty, *supra* note 1, p. 46. Beatty n'utilise toutefois pas le mot «balancing» pour décrire le processus d'équilibrage et d'harmonisation. Il réserve ce terme pour les équilibre de type «utilitariste». Voir, *ibid*, p. 92.

gouvernementale implique logiquement que chaque valeur en conflit atteigne son effet optimal.⁹ Les normes constitutionnelles comprennent ainsi, non seulement un principe d'optimisation, mais aussi ce que nous pouvons nommer un «principe de proportionnalité».¹⁰

6/ L'application du principe de proportionnalité dans un cas concret doit être pragmatique et contextuelle. Elle doit se fonder exclusivement sur les faits empiriques probables et sur les conséquences probables que peut produire, une atteinte à une valeur constitutionnelle donnée dans le contexte factuel d'une affaire particulière. Elle ne doit donc se fonder ni sur une théorie normative, telle qu'une théorie de l'interprétation constitutionnelle ou une théorie de la justice qui fixerait dans l'abstrait une hiérarchie entre les valeurs constitutionnelles, la force ou le poids relatifs de ces valeurs ou un critère indépendant en vertu duquel la proportionnalité «correcte» devrait être établie, ni sur des considérations factuelles hypothétiques, telles que des conjectures plausibles en théorie mais improbables en fait.

7/ L'application pragmatique et contextuelle du principe de proportionnalité implique deux types de jugements de fait. Le premier type concerne les significations subjectives qu'une atteinte à une valeur donnée a réellement pour ceux qu'elle affecte le plus. Le second type de jugements de fait concerne le fondement empirique des diverses assertions avancées par les parties concernées à l'appui de leurs prétentions. Dans les deux cas, les jugements de fait concernent la crédibilité et la probabilité des assertions.

Ces sept propositions constituent l'idéaltype du modèle de la proportionnalité. Elles élaborent un modèle de contrôle judiciaire proprement distinct. En particulier, elles incarnent une conception distincte du processus de justification des restrictions aux droits constitutionnels garantis.

Quatre caractéristiques du modèle de la proportionnalité

Je voudrais maintenant mettre en lumière quatre caractéristiques du processus de contrôle judiciaire fondé sur le modèle de la proportionnalité. Ces dernières n'ont pas pour objet de décrire en détails l'opération du processus tel qu'il se déroule en pratique, mais de faire ressortir certains aspects qui la caractérisent.

Premièrement, la partie qui soutient qu'une restriction à un droit constitutionnel garanti est suffisamment justifiée doit montrer à la satisfaction de la cour, conformément à la norme de la prépondérance des probabilités, que la restriction en question équilibre les valeurs en conflit de sorte que chacune puisse atteindre son effet optimal dans le contexte factuel particulier de l'affaire. Le cas échéant, on pourrait dire que les valeurs qui sous-tendent l'objectif gouvernemental «justifient» l'atteinte au droit. Mais cela pourrait nous induire en erreur. Les valeurs qui sous-tendent l'objectif gouvernemental ne constituent pas en elles-mêmes ce qui justifie la restriction. Ce qui la justifie est simplement le fait que la mesure gouvernementale rencontre les exigences posées par le principe de proportionnalité. Par conséquent, une atteinte à un droit possède un fondement légitime dès lors qu'il puisse être démontré à la cour que l'atteinte au droit satisfait au critère de la proportionnalité.

Deuxièmement, l'objet principal des arguments juridiques est la justification des propositions empiriques avancées au soutien des prétentions concurrentes relatives à la proportionnalité des équilibres. Ces arguments n'ont pas pour objet principal la justification de l'interprétation «correcte» du texte constitutionnel ou de la «bonne» méthode d'interprétation constitutionnelle, ni la recherche des «bons» critères de déférence judiciaire, ni la clarification des catégories et des concepts juridiques formels ou des thèses doctrinales, ni la délimitation de la portée des précédents et l'évaluation de la force des raisonnements analogiques, ni la démonstration que certaines valeurs morales sont

⁹ Voir Alexy, supra note 1, p. 66-68.

¹⁰ Le principe de proportionnalité ne constitue pas un principe au sens d'Alexy: c'est plutôt une règle. Voir Alexy, supra note 1, p. 66-67 n. 84.

«objectives» ou qu'un certain équilibre entre les valeurs et les droits fondamentaux est «juste» et «bon». Ainsi, les questions épistémologiques relatives au sens véritable des valeurs ou des normes de la constitution ou de la morale politique ne sont pas pertinentes. Il s'ensuit que le contenu des textes constitutionnels peut être, non seulement très large, mais aussi très flexible : il peut varier selon les significations subjectives que les parties intéressées peuvent y donner dans une affaire particulière et selon les méthodes d'interprétation (telles que les méthodes téléologique, généreuse et progressive), les précédents et la doctrine auxquels les juges réfèrent librement d'une affaire à l'autre.¹¹

Troisièmement, le modèle de la proportionnalité implique une évaluation de la proportionnalité proprement dit (ou dans un sens étroit) entre les sacrifices qu'une mesure gouvernementale impose à une valeur donnée et les bénéfices qu'elle contribue à réaliser en favorisant une valeur concurrente. Les juges doivent donc mesurer et comparer les pertes et les gains qui découlent d'une restriction à un droit conformément à ce qu'on nomme généralement le processus d'« équilibrage » (ou de « *balancing* »). Ce processus comporte deux étapes. Les juges doivent d'abord mesurer l'intensité des interférences « concrètes » avec les valeurs constitutionnelles qui sont en cause dans un contexte donné.¹² Une interférence concrète désigne le degré réel auquel une mesure gouvernementale interfère avec la « dimension spécifique » de la valeur constitutionnelle qui est en cause dans le contexte d'une affaire donnée (par exemple, l'exposition publique d'une oeuvre d'art érotique dans un quartier habité par des religieux ultra-orthodoxes – et non pas la liberté d'expression conçue dans l'abstrait). L'interférence concrète est « négative » si elle pose un obstacle à la réalisation de la valeur et « positive » si elle contribue à lui donner effet. La mesure de l'intensité relative des interférences concrètes avec les valeurs constitutionnelles procède le long d'une échelle ordinale : par exemple, comme le propose Alexy, une échelle à trois degrés qui permet de déterminer si l'interférence est « mineure », « modérée » ou « sérieuse ».¹³ Les instruments de mesure sont pragmatiques et contextuels : ils incluent des considérations empiriques pertinentes dont les significations subjectives qu'ont les atteintes aux valeurs pour ceux qu'elles affectent.¹⁴

Les juges doivent ensuite comparer l'intensité relative des interférences « concrètes » avec les valeurs constitutionnelles dans un contexte donné afin de déterminer si la mesure gouvernementale satisfait au critère de la proportionnalité proprement dit. Une mesure satisfait au critère lorsque le degré réel auquel elle interfère avec une dimension spécifique d'un droit garanti n'est pas excessif par rapport au degré réel auquel elle contribue à la réalisation d'une valeur concurrente. Une restriction à un droit ne peut donc satisfaire au critère de la proportionnalité, à moins que le degré réel d'interférence avec la dimension spécifique pertinente du droit ne soit «égal» ou «inférieur» au degré réel auquel elle contribue à la réalisation de la dimension spécifique pertinente d'une valeur concurrente (par exemple, l'atteinte «modérée» à la liberté d'exposer une oeuvre d'art érotique dans un quartier habité par des religieux ultra-orthodoxe serait proportionnelle si elle permettait de réaliser de manière « modérée » ou «sérieuse » une valeur spécifique concurrente, disons la protection d'un mode de vie religieux).

L'intensité des interférences négatives ou positives concrètes avec les valeurs constitutionnelles fixe ce qu'on pourrait métaphoriquement nommer le « poids » des valeurs : plus l'interférence négative ou positive est intense, plus la valeur affectée a du « poids ». Le poids relatif des valeurs en conflit dans une affaire donnée n'est donc pas établi dans l'abstrait, *a priori*, en vertu d'une théorie constitutionnelle ou morale normative postulée comme vraie ou valable : il dérive des mesures

¹¹ Cette caractéristique constitue l'un des principaux thèmes de l'ouvrage de Beatty. Voir supra note 1.

¹² Voir, par exemple, Alexy, supra note 1, p. 405.

¹³ Alexy, supra note 1, p. 402-08. L'échelle pourrait être plus complexe. Cependant, dans aucun cas, la mesure n'est quantifiable mathématiquement par un nombre réel.

¹⁴ Voir, par exemple, Beatty, supra note 1, p. 92-93.

concrètes et contextuelles.¹⁵ Ainsi, lors de l'application du critère de la proportionnalité proprement dit, plus la valeur atteinte a du poids dans le contexte d'une affaire donnée, plus le poids des valeurs concurrentes doit être élevé.

Quatrièmement, il peut y avoir plusieurs façons d'optimiser les mêmes valeurs en conflit dans un même contexte factuel. Un gouvernement peut donc fixer à sa discrétion le degré d'interférence avec un droit garanti s'il compense cette perte par un gain proportionnel en termes de valeurs concurrentes.¹⁶ Il n'existe donc rien de tel qu'un point d'équilibre constituant le « bon » rapport de proportionnalité entre les valeurs. Il n'existe pas, par exemple, un seuil « correct » de sécurité en de ça duquel nulle société libre et démocratique ne devrait aller ou un « bon » degré de liberté d'expression que toute communauté politique devrait assurer à ses citoyens. Encore une fois, les rapports de proportionnalité ne sont pas évalués dans l'abstrait en vertu d'une théorie politique ou constitutionnelle normative : ils sont mesurés en contexte et dépendent des choix politiques. Il s'ensuit que les équilibres proportionnels entre les valeurs en conflit ne sont pas universels : ils sont changeants et particuliers à chaque communauté politique.¹⁷ Pour cette raison, les juges n'ont pas à déterminer si une mesure gouvernementale qui porte atteinte à un droit constitutionnel garanti est conforme à une mesure idéale qui fixerait dans l'abstrait et *a priori* le « bon » rapport de proportionnalité entre les valeurs mises en cause.

Le fondement normatif du modèle de la proportionnalité

Nul ne contestera que le principe de proportionnalité joue un rôle de plus en plus important à travers le monde dans les processus de contrôle judiciaire des lois qui portent atteinte à des droits constitutionnellement garantis. Au Canada, par exemple, ce principe a été consacré dans l'affaire *Oakes*.¹⁸ On pourrait aussi admettre qu'il soit désirable que le principe de proportionnalité puisse constituer l'un des critères auxquels toutes restrictions aux droits constitutionnels garantis doivent satisfaire afin d'être reconnues valides par les tribunaux. Mais il est loin d'aller de soi que le processus de contrôle judiciaire des lois doive être réduit à l'application du principe de proportionnalité. Le modèle de la proportionnalité heurte de plein fouet plusieurs idées reçues en théorie constitutionnelle. Par exemple, il heurte l'idée qu'une Constitution a pour objet d'énoncer d'avance et dans l'abstrait les normes substantielles et procédurales qui doivent servir de mesure idéale aux fins du contrôle judiciaire de la validité des lois et l'idée que des droits constitutionnels garantis doivent avoir une certaine priorité normative par rapport au bien-être général et aux valeurs perfectionnistes.¹⁹ Il n'est pas évident non plus que ce modèle puisse être inféré de tous les textes constitutionnels censés le justifier ou de l'intention originale de ceux qui les ont rédigés et adoptés. De plus, il semble bien qu'aucune raison justificative persuasive n'a encore été donnée par les tribunaux qui l'appliquent.²⁰ Le modèle est accepté comme s'il allait de soi. Par conséquent, identifier ces

¹⁵ La version d'Alexy est décrite supra note 1, p. 52-53, 102-03, 405 f., 418 ff. Voir aussi Robert Alexy, «Balancing, Constitutional Review, and Representation», (2005) 4 I-CON 572, 574-77.

¹⁶ Alexy utilise le concept économique de «courbe d'indifférence» pour illustrer ce point : «Assume that x is in favour both of press freedom and national security, and that he is prepared to accept a certain increase in press freedom for a certain loss of national security and vice versa. The states of affairs which x will consider equally acceptable or indifferently can then be represented by points on a curve. ... As press freedom diminishes, so even greater gains in national security are necessary to balance any further loss of press freedom, and vice versa.» Alexy, supra note 1, p. 103-05, 402. «An indifference curve is a means of representing a relation of substitution between interests», *ibid.*, p. 103.

¹⁷ Voir, par exemple, Beatty, supra note 1, p. 167-68.

¹⁸ *R. v. Oakes*, [1986] R.C.S. 103.

¹⁹ Voir la critique de Mattias Kumm, «Political Liberalism and the Structure of Rights : On the Place and Limits of the Proportionality Requirement», dans George Pavlakos, dir., *Law, Rights, Discourse : the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, p. 131.

²⁰ Voir, par exemple, Grimm, supra note 2; Sweet et Mathews, supra note 1.

raisons, s'il en existe, constitue l'une des tâches les plus urgentes de la théorie constitutionnelle contemporaine.

Dans cette section, j'examine le modèle de la proportionnalité d'un point de vue normatif. La question qui m'intéresse est de savoir s'il existe des raisons normatives, éthiques ou morales, de réduire le processus de contrôle judiciaire des lois à une affaire d'application du principe de proportionnalité? Pour quels motifs devrions-nous accepter le modèle de la proportionnalité? Quelles valeurs ce modèle sert-il, s'il y en a? Quel est son fondement normatif, s'il en a un? Qu'est-ce qui peut expliquer la force normative du modèle de la proportionnalité, s'il en a une? J'avancerai que le fondement normatif du modèle de la proportionnalité réside dans deux idées éthiques ou morales puissantes : l'idée d'impartialité morale et l'idée de légitimité politique fondée sur l'acceptation unanime de la justification du pouvoir politique et de la coercition. Ces deux idées incarnent et expriment une position éthique fondamentalement «égalitariste». Elles confèrent une force normative au modèle de la proportionnalité et fournissent une raison de l'accepter dans le cadre d'une société démocratique pluraliste profondément divisée sur le sens des valeurs et des principes qui doivent justifier le pouvoir politique et la coercition. La question de savoir si cette raison est suffisante ne sera pas abordée dans ce texte.

Dans la mesure où les juges dans nos sociétés démocratiques admettent l'égalité morale de toutes les personnes humaines, ces deux idées pourraient contribuer à expliquer pourquoi ils ont de plus en plus recours au mode de raisonnement constitutionnel que propose le modèle de la proportionnalité. Ce modèle répond à certaines exigences éthiques et morales qui tendent à s'imposer de plus en plus dans nos sociétés démocratiques pluralistes. Il ne s'ensuit évidemment pas que tous les juges qui l'appliquent agissent consciemment en vue de se conformer aux exigences de l'impartialité morale et de la légitimité politique fondée sur l'acceptation unanime des justifications du pouvoir et de la coercition. Les rapports normatifs entre le modèle de la proportionnalité et l'égalitarisme pourraient s'établir d'une manière beaucoup plus indirecte et subtile, les juges ne pouvant échapper complètement à l'arrière-plan culturel et aux processus sociaux qui forgent les repères éthiques de la société.

L'impartialité morale

En général, le principe d'impartialité décrit un état d'esprit ou une attitude que devraient avoir ceux qui délibèrent en vue de prendre une décision ou de poser un jugement pratique. Les juristes le connaissent bien. Un juge ne doit pas favoriser les prétentions ou les intérêts d'une partie pour le seul motif qu'elle est une amie, un membre de la famille, un policier, un catholique ou un membre d'un cabinet prestigieux. Le juge doit administrer la justice conformément au droit et aux faits établis, tout en gardant l'esprit ouvert aux points de vue de toutes les parties intéressées. L'impartialité judiciaire constitue une condition essentielle de la primauté du droit et de ses vertus, telles que l'équité des procès et l'égalité devant le droit. Dans une certaine mesure, le modèle de la proportionnalité rencontre les exigences du principe juridique d'impartialité.²¹ Cependant, je soumets que le lien entre le modèle de la proportionnalité et le principe d'impartialité est beaucoup plus fondamental. D'une part, ce modèle satisfait aux exigences du principe moral d'impartialité et, d'autre part, il permet de le rendre effectif dans l'espace juridique et politique. Il s'ensuit que si nous adoptons le principe d'impartialité comme critère général de validité morale, le modèle de la proportionnalité pourrait être reconnu comme moralement valide, juste, justifié ou défendable.

²¹ Je laisse de côté la question de savoir s'il est compatible avec la primauté du droit, telle que conçue dans la tradition constitutionnelle occidentale. Voir, cependant, Beatty pour qui le principe de la proportionnalité, appliqué de manière pragmatique, constitue «the ultimate rule of law». *Supra* note 1.

Le principe moral d'impartialité constitue l'un des aspects distinctifs de ce que plusieurs philosophes nomment le « point de vue moral ».²² Il désigne le point de vue à partir duquel les dilemmes pratiques doivent être examinés afin que leur résolution soit authentiquement morale et posséder, par voie de conséquence, une force morale. Le principe énonce que toutes les décisions et tous les jugements « authentiquement moraux », y compris ceux qui établissent les standards en vertu desquels les décisions et les jugements pratiques doivent être fondés, doivent résulter d'un processus de délibération rationnelle dans lequel les revendications, les intérêts, les vues et les perspectives de chaque personne affectée par une décision ou un jugement pratique comptent également. L'impartialité morale requiert d'aller au-delà de tous les points de vue personnels, y compris notre propre point de vue, et d'adopter un point de vue impersonnel. Il ne serait donc pas conforme au principe d'impartialité de conférer plus de poids ou plus d'attention à la revendication d'une personne au détriment de celle d'une autre pour le seul motif que cette revendication nous semble intrinsèquement plus importante que l'autre ou que la personne qui l'énonce nous semble intrinsèquement supérieure à l'autre en vertu de certaines caractéristiques personnelles, telles que sa race, son sexe, sa religion, son emploi, son statut familial, sa beauté, ses opinions politiques, ou autres considérations partiales de ce type.²³

Le principe d'impartialité est «égalitariste» sous deux rapports et c'est en vertu de ces derniers qu'il est constitutif de décisions et de jugements pratiques authentiquement moraux. Premièrement, il exprime un aspect important du « principe abstrait d'égalité », principe selon lequel, dans un processus de délibération pratique, chaque personne humaine doit être traitée avec la même attention et le même respect.²⁴ Un processus de délibération qui conférerait d'avance plus de poids aux intérêts ou aux vues d'une personne au détriment d'une autre, pour le seul motif que l'agent qui délibère estime que la première est intrinsèquement supérieure à la seconde, ne traiterait pas les deux personnes avec la même attention et le même respect. Le principe abstrait d'égalité n'est pas un principe substantiel. C'est un principe purement « procédural » qui prescrit que, dans un processus de délibération morale, chaque personne humaine doit être traitée comme également importante. Il s'ensuit que les revendications, les intérêts, les vues et les perspectives de chacun doivent donc être considérés de manière impartiale. Ce n'est donc pas un principe de justice sociale qui conférerait à chacun, par exemple, un droit à la même part ou à une part équitable d'une ressource quelconque, tels que le revenu, l'emploi, le pouvoir ou l'éducation. Le principe abstrait d'égalité est plus fondamental : il est logiquement antérieur aux processus de délibération dont le but est de déterminer les principes de justice applicables à la distribution d'une ressource donnée.

Deuxièmement, et encore plus fondamentalement, le principe d'impartialité exprime un aspect important de « l'égalité morale de toutes les personnes humaines », idée selon laquelle toutes les personnes humaines possèdent le même statut moral en tant que sujets moraux. Puisque que toutes les personnes humaines ont le même statut en tant que sujets moraux, elles doivent compter également aux fins de la délibération morale : chaque personne a le droit d'être considérée comme également importante. L'égalité morale de toutes les personnes humaines constitue donc le fondement du principe abstrait d'égalité et, par voie de conséquence, du principe d'impartialité.

²² See, for example, Kurt Baier, *The Moral Point of View*, Ithaca, Cornell University Press, 1957.

²³ L'idée que la morale puisse être une affaire d'impartialité a une longue histoire. Elle a pris diverses formes en philosophie et dans les religions, telles que celle d'un principe d'universalisation et celle d'un principe de réciprocité (par exemple, la règle d'or).

²⁴ En philosophie du droit, ce principe est généralement associé aux travaux de Ronald Dworkin. Voir Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, chap. 12; *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1984, chap. 8; *Law's Empire*, London, Fontana, 1986; *Sovereign Virtue*, Cambridge, Harvard University Press, 2000. Cependant, il est partagé par plusieurs philosophes contemporains de la morale. Voir, en général, Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2002. On pourrait l'exprimer différemment : par exemple, « chaque personne doit compter et doit compter également » ou « chaque personne doit compter pour un et pas plus d'un ».

Le fondement de cette idée réside dans le fait que toutes les personnes humaines possèdent, en tant que telles, certaines caractéristiques communes moralement pertinentes. Une caractéristique humaine est moralement pertinente si c'est en vertu de celle-ci que les jugements moraux doivent être faits -- jugements sur la manière de traiter les autres, par exemple. Bien que la nature exacte de ces caractéristiques puisse faire l'objet de controverses, la philosophie morale tend à reconnaître l'universalité de certaines capacités, dont les suivantes : la capacité de sentir la peine et de souffrir, la capacité de sentir de l'affection envers autrui, la capacité d'avoir des intentions conscientes et de réaliser des buts volontairement choisis, la capacité de former des conceptions intelligibles de ce qui donne de la valeur à la vie et d'agir rationnellement en conséquence.²⁵ Il importe peu, pour le moment, de les spécifier définitivement. Il suffit de reconnaître que certaines caractéristiques humaines moralement pertinentes puissent appartenir à toutes les personnes simplement en vertu du fait qu'elles sont des personnes humaines et, en conséquence, qu'elles possèdent la même valeur intrinsèque, indépendamment de qui en est le titulaire. Il s'ensuit que l'idée d'égalité morale des personnes humaines considère ces dernières d'un point de vue universel qui les détache des caractéristiques personnelles variables, contingentes, plurielles et inégales qui font d'elles les individus concrets qu'elles sont par ailleurs. Néanmoins, elle peut avoir un fondement empirique pour le motif que les caractéristiques humaines moralement pertinentes, telles que les capacités de souffrir ou de former des intentions conscientes, peuvent se vérifier empiriquement. En d'autres mots, l'égalité morale de toutes les personnes humaines n'a pas à dépendre d'une conception théologique ou métaphysique de l'égalité « naturelle » des êtres humains, de la « dignité humaine » ou de la « valeur intrinsèque de chaque individu ».

L'idée d'égalité morale de toutes les personnes humaines semble logiquement indépassable. Bien entendu, s'il y avait quelque raison de croire qu'il n'existe pas de caractéristiques humaines universelles moralement pertinentes ou que les caractéristiques humaines universelles moralement pertinentes ont un poids différent selon qui en est le titulaire, alors toutes les personnes humaines ne seraient pas moralement égales en tant que sujet moraux. Mais il ne semble pas exister de telles raisons. Prenons par exemple les capacités humaines mentionnées plus haut. Les capacités de souffrir ou de sentir de l'affection pour autrui sont universelles : elles sont également distribuées chez les personnes humaines, peu importe qu'elle soit Africaine, femme, anglicane, athlète ou handicapée.²⁶ De plus, on ne peut rationnellement conférer une valeur ou un poids différent aux diverses capacités des individus en fonction de caractéristiques non universelles. Conférer moins de poids à la capacité de souffrir de Pauline qu'à celle de Paul pour la seule raison qu'elle est noire, lesbienne, avocate, ivrogne ou qu'elle parle le mandarin serait totalement arbitraire.²⁷ De même, le fait que Pauline donne un sens religieux à sa vie n'est pas une raison de valoriser sa capacité de former une conception de la vie bonne différemment de celle de Paul pour qui une vie épicurienne est plus satisfaisante. Ni la valeur de la conception de la vie religieuse ou épicurienne, ni celle des facteurs qui ont permis de la développer ne sont en cause. Ce qui compte est la valeur de la capacité elle-même. Les caractéristiques humaines non universelles (la couleur de la peau, les conceptions du bien, par exemple) ne constituent donc pas une raison de moduler le poids des caractéristiques universelles moralement pertinentes. Elles ne constituent pas plus une raison de prétendre qu'il n'existe pas de caractéristiques humaines universelles moralement pertinentes. Elles ne constituent donc pas une raison de prétendre que les personnes humaines sont moralement inégales.

²⁵ Voir, par exemple, les arguments persuasifs avancés par Bernard Williams dans «The Idea of Equality». Bernard Williams, *Problems of the Self*, Cambridge University Press, 1973.

²⁶ Je ne discute pas de la question de savoir si, et dans l'affirmative dans quelle mesure, cette assertion s'applique aux enfants non encore nés, aux enfants et aux « incapables » en général.

²⁷ Ce serait comme la décision de « some Caligulan ruler who decided to execute everyone whose name contained three 'R' ». Williams, supra note 25, p. 113.

On pourrait vouloir opposer à ce qui précède quelque principe ou théorie au soutien de la proposition selon laquelle les caractéristiques humaines universelles n'ont pas la même valeur selon qui en est le titulaire. Par exemple, on pourrait soutenir que la capacité de souffrir n'a pas le même poids selon que l'on soit un terroriste ou un travailleur social en vertu d'une théorie qui implique que le premier est moins « utile » que le second à la maximisation du bien-être général. Mais ce ne serait pas valable. Nul principe ou théorie avancé au soutien de l'inégalité morale des personnes humaines n'est rationnellement acceptable, à moins d'être justifié en des termes qui reconnaissent ultimement l'égalité morale de toutes les personnes humaines. Par exemple, si le principe ou la théorie affirmait simplement, sans aucune justification, quelque standard en vertu duquel le poids relatif des caractéristiques humaines devrait être évalué, il serait arbitraire. Ainsi, un principe ou une théorie qui affirmerait sans justification que l'utilité constitue le standard correct en vertu duquel le poids relatif des caractéristiques humaines universelles devrait être évalué serait arbitraire. Par contre, si le principe ou la théorie avançait quelque raison ultime autre que l'égalité morale des personnes humaines pour justifier le standard en vertu duquel le poids relatif des caractéristiques humaines devrait être évalué, alors il serait circulaire. Par exemple, une théorie qui affirmerait que l'utilité constitue le standard correct d'évaluation en raison du fait que le plaisir ou la satisfaction des préférences constitue le bien suprême privilégierait les vues ou les intérêts des personnes qui croient que le bien suprême réside dans le plaisir ou la satisfaction des préférences au détriment des personnes qui ne le croient pas. Elle présupposerait donc que les vues ou les intérêts des « utilitaristes » doivent recevoir plus de poids ou d'attention que ceux des non utilitaristes. D'où la circularité : les raisons avancées au soutien du standard d'évaluation présupposeraient précisément ce que le standard devrait établir, notamment l'inégalité morale des personnes humaines. Pour ces raisons, il semble que tout standard avancé au soutien de l'inégalité morale des personnes devrait pouvoir être ultimement justifié en des termes qui postulent l'égalité morale fondamentale de toutes les personnes humaines. Autrement, la théorie ou le principe serait soit arbitraire soit circulaire.

Le principe moral d'impartialité est bien connu en philosophie politique et juridique contemporaine. Il indique le « point de vue » à partir duquel les principes fondamentaux d'un ordre politique et juridique doivent être déterminés afin de constituer des principes de la morale politique et, en conséquence, posséder une certaine force ou autorité morale. Il constitue ainsi le critère de validité morale des principes politiques substantiels (normes constitutionnelles, lois, politiques sociales, institutions) d'un ordre politique acceptable. Afin d'opérationnaliser correctement le principe d'impartialité, les philosophes ont conçu divers types de processus délibératifs et élaboré en conséquence diverses théories politiques normatives « égalitaristes ».²⁸ Je reviendrai sur ce point à la prochaine sous-section. Pour l'instant, il suffit de rappeler que ces théories normatives demeurent limitées sur un plan pratique. D'une part, elles ne s'accordent pas sur les principes politiques substantiels que valide le principe d'impartialité. Non seulement elles ne s'accordent pas sur les exigences de l'impartialité, mais même lorsqu'elles conçoivent le processus dans les mêmes termes, elles n'en tirent pas nécessairement les mêmes conclusions. D'autre part, ces théories sont fondamentalement abstraites et hypothétiques. Non seulement l'évaluation impartiale du poids relatif des prétentions, des intérêts et des vues de chacun procède dans l'abstrait, mais les faits pertinents qui comptent à cette fin sont généralement hypothétiques. Il peut donc y avoir un écart entre le contenu des théories politiques normatives et ce qui résulterait d'une délibération impartiale qui tiendrait compte des revendications, des intérêts et des vues particulières de chaque personne concrète, tels qu'ils se manifestent dans le monde réel dans un contexte factuel donné. Pour ces raisons, imposer les principes politiques substantiels de l'une ou l'autre de ces théories à toute la communauté par le pouvoir coercitif de l'État pourrait heurter le principe moral d'impartialité et, par le fait même, le droit de chacun au même respect et à la même attention : on privilégierait les vues politiques, morales ou philosophiques particulières de certaines

²⁸ Les théories de la morale politique plausibles devraient donc être égalitaristes. Voir, par exemple, les ouvrages de Dworkin et Kymlicka, supra note 24. Voir aussi Thomas Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, chap. 8.

personnes, notamment celles d'un théoricien ou d'un groupe de théoriciens, au détriment de celles qui ne les partagent pas.²⁹

Ce qui vient d'être dit est particulièrement pertinent aux fins de la théorie constitutionnelle. Une institution judiciaire qui imposerait à toute la communauté l'une ou l'autre de ces théories politiques abstraites controversées par le biais du processus d'interprétation constitutionnelle pourrait heurter le principe moral d'impartialité.³⁰ Par exemple, une cour de justice qui élaborerait les principes constitutionnels fondamentaux dans le cadre d'une procédure utilitariste privilégierait le point de vue politique, moral ou philosophique particulier de certaines personnes au détriment de celles pour qui la justice constitutionnelle ne doit pas être une simple affaire de calcul d'utilités. Une cour qui interpréterait le droit à la liberté comme interdisant ou incluant le droit à l'avortement sur la base d'une théorie politique particulière pourrait imposer les vues politiques, morales ou philosophiques particulières de certaines personnes à celles qui ne les partagent pas. On pourrait élargir ces conséquences : imposer les vues constitutionnelles particulières d'un groupe de personnes données à tous les autres, que ce soit les vues constitutionnelles controversées des juges eux-mêmes, des auteurs de la Constitution, de la majorité des citoyens ou d'un groupe dominant de la société, pourrait constituer une négation du droit de chacun d'être traité avec la même attention et le même respect et, par conséquent, du statut moral égal de chaque personne.

Le modèle de la proportionnalité satisfait aux exigences du principe moral d'impartialité. Il constitue une procédure moralement impartiale, tant en elle-même que dans ses applications pratiques. Tout d'abord, le modèle est moralement impartial en lui-même. Il ne présuppose, ni ne privilégie aucune conception philosophique, morale ou religieuse de la vie bonne, aucune théorie ou conception substantielle de la justice politique ni aucune théorie substantielle de la constitution. Le modèle ne présuppose pas, par exemple, que le plaisir est plus fondamental au bonheur humain que la contemplation, que les droits libéraux doivent avoir une priorité normative sur le bien-être général ou que la sécurité publique est plus importante que la liberté de religion ou que l'intégration des immigrants. Il ne présuppose pas plus que le sens véritable de la Constitution réside dans l'intention originale de ses auteurs, dans le «but» des dispositions ou dans les valeurs contemporaines de la majorité; il ne présuppose même pas que la Constitution puisse avoir un sens véritable. Du point de vue de ce modèle, toutes les conceptions de la vie bonne, toutes les théories politiques substantielles de la justice et toutes les théories constitutionnelles normatives ont en principe le même statut et, conséquemment, toutes les valeurs qu'elles expriment (droits, intérêts, buts, biens) ont le même poids abstrait. Son objet est purement procédural : les juges doivent uniquement vérifier si les mesures gouvernementales qui portent atteintes aux droits constitutionnels garantis dans un contexte donné optimisent les intérêts et les valeurs en conflit conformément au principe de proportionnalité, en tenant compte du point de vue subjectif de ceux qui sont affectés par les mesures. Le modèle de la proportionnalité ne présuppose donc pas que certaines personnes ont le droit à plus d'attention et de considération que les autres, ni que les vues substantielles des uns sur ce que constitue la «vraie» ou la «meilleure» Constitution puissent être imposées aux autres par le pouvoir judiciaire.

On pourrait objecter que le modèle de la proportionnalité n'est pas impartial en lui-même pour le motif que l'impartialité morale à laquelle je réfère incarne au moins une valeur éthique particulière, l'égalité

²⁹ Cela ne signifie pas que ces difficultés soient insurmontables. Mais dans l'état actuel des choses, sanctionner par la force une théorie politique particulière, aussi impartiale que puisse être la procédure qui la justifie, demeure problématique pour quiconque prend au sérieux l'égalité morale de toutes les personnes humaines et le principe abstrait d'égalité.

³⁰ Les juristes connaissent bien ces difficultés. Ils postulent généralement qu'il est «arbitraire» pour les juges d'imposer une théorie de la justice particulière à toute la communauté politique. Toutefois, l'arbitraire ne réside pas dans le fait que les théories de la justice soient dénuées de raison; il réside dans le fait qu'il ne semble pas y avoir de méta-principe ou de méta-procédure autorisant les juges à privilégier les vues politiques, morales ou philosophiques particulières de certains citoyens et à les imposer à tous les autres.

morale de chaque personne humaine. Pour cette raison, il ne conférerait pas la même considération aux vues des égalitaristes et à celles des non égalitaristes. Mais deux réponses doivent être données. La première est que le principe moral d'impartialité constitue un critère de validité morale. Il ne présuppose pas que le modèle de la proportionnalité soit lui-même logiquement fondé sur le principe moral d'impartialité ou sur la valeur d'égalité qu'il exprime (bien qu'on puisse raisonnablement croire que pour plusieurs juges l'attrait du modèle réside précisément dans cette connexion normative). Afin d'établir sa validité morale, il est suffisant de montrer que le modèle peut être validé par le principe d'impartialité morale. Le modèle lui-même pourrait donc être impartial entre les égalitaristes et les non égalitaristes. La seconde réponse est que la valeur d'égalité qui sous-tend le principe moral d'impartialité est constitutive de la morale : c'est pourquoi l'impartialité constitue un critère de validité morale. Appliquer un critère d'impartialité plus élevé ou plus abstrait que l'impartialité fondée sur l'égalité morale de toutes les personnes humaines, un critère qui permettrait d'adjuger entre les vues de ceux qui conçoivent l'égalité comme constitutive de la morale et les vues de ceux qui le nient, nous ferait sortir du champ de la réflexion morale.

Deuxièmement, le modèle de la proportionnalité est moralement impartial dans ses applications pratiques. D'une part, l'évaluation du poids relatif des valeurs et des intérêts en conflit est fonction des faits concrets prouvés, tels qu'ils se manifestent en contexte, incluant les significations subjectives qu'ils ont pour chaque partie intéressée. Le poids n'est donc pas déterminé *a priori* par une quelconque mesure idéale dérivée d'une conception substantielle abstraite de la morale politique ou du droit constitutionnel.³¹ D'autre part, la comparaison du poids relatif des intérêts et des valeurs en conflit conformément aux trois éléments du principe de proportionnalité implique que les prétentions et les intérêts de chacun sont traités avec le même respect et la même considération. Par exemple, une mesure gouvernementale sacrifiant les intérêts d'une personne dans un contexte où le sacrifice ne contribue pas « rationnellement » à la réalisation concrète de quelque bénéfice ou objectif gouvernemental spécifique, que le sacrifice n'est pas « nécessaire » (ou « raisonnablement nécessaire ») à cette fin, ou que le sacrifice est « excessif » par rapport au bénéfice concret qu'il contribue à produire, ne traiterait pas chacun avec la même attention et le même respect. Elle conférerait plus de poids aux intérêts de ceux qui bénéficient de la mesure qu'à ceux de la personne dont on sacrifie les intérêts. En pratique, cela signifie qu'elle privilégierait les personnes dont les intérêts, en contexte, ont le moins de poids. Par conséquent, les critères du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité dans un sens étroit contribuent directement à promouvoir l'impartialité morale des mesures gouvernementales.

Le modèle de la proportionnalité est donc moralement impartial, tant en lui-même que dans ses applications pratiques. Il constitue une procédure qui permet aux juges d'opérationnaliser le principe moral d'impartialité et de le rendre effectif en contexte, tant dans l'espace juridique que politique. Pour cette raison, si nous utilisons le principe moral d'impartialité (ou le principe abstrait d'égalité qui le sous-tend) comme critère général de la validité morale d'une théorie normative du contrôle judiciaire, le modèle de la proportionnalité serait moralement valide.

La légitimité politique

Le fait que le modèle de la proportionnalité soit moralement impartial, tant en lui-même que dans ses applications pratiques, rend compte de sa validité sur un plan moral. Cela pourrait contribuer à expliquer pourquoi tant de juges dans les sociétés démocratiques contemporaines tendent à reconnaître le principe de proportionnalité comme fondamental, voire ultime, aux fins du processus de décision constitutionnelle. Cela étant dit, il ne s'ensuit pas que les tribunaux puissent légitimement l'appliquer, notamment au détriment de considérations juridiques plus formelles, tels que le texte de la Constitution, l'intention des constituants, les précédents ou les décisions politiques prises à la majorité.

³¹ Voir, par exemple, Beatty, supra note 1, p. 168, 172-76.

Le seul fait qu'une norme puisse être moralement justifiée n'implique pas que les juges aient l'autorité morale de l'imposer à toute la communauté; tout dépend du standard reconnu en vertu duquel les conditions de la légitimité du contrôle judiciaire doivent être établies. Or, en vertu de la théorie constitutionnelle dominante, il ne semble pas que les tribunaux puissent légitimement contrôler la validité des lois sur la base du modèle de la proportionnalité.

Comme on sait, en théorie constitutionnelle, il est généralement admis que les conditions de la légitimité du contrôle judiciaire doivent être déterminées à la lumière du principe démocratique. Puisque le concept de démocratie est contesté, aucun consensus sur la nature de ces conditions n'a véritablement émergé. Toutefois, deux conceptions ont dominées les réflexions : le majoritarisme et la démocratie constitutionnelle de type libéral. En vertu du majoritarisme, les choix politiques qui expriment la volonté de la majorité de la population ou de ses représentants élus doivent en principe avoir priorité, même sur les droits individuels incompatibles qui ne rencontrent pas cette condition. La légitimité politique du contrôle judiciaire des lois dépend donc de sa compatibilité avec la théorie majoritariste jugée la plus solide. En vertu de la démocratie constitutionnelle de type libéral, ce sont les principes enchâssés dans la Constitution, dont un ensemble de droits fondamentaux, qui ont en principe priorité sur certains types de choix politiques majoritaires incompatibles. La légitimité du contrôle judiciaire des lois est donc conditionnée par un ensemble de principes qui confèrent aux principes et aux droits constitutionnels une certaine priorité normative par rapport à des intérêts ou valeurs concurrents. De plus, en pratique, il existe de bonnes raisons de penser que, pour les auteurs des chartes constitutionnelles des droits dans le monde, ces dernières avaient pour objet de sanctionner la priorité normative de certains intérêts individuels ou collectifs par rapport à des objectifs sociaux concurrents décidés à la majorité, tels que la perfection ou le bien-être général. Or, le modèle de la proportionnalité semble se situer au-delà des paramètres traditionnels de la théorie constitutionnelle. En vertu de ce modèle, ni l'expression de la volonté de la majorité, ni les droits constitutionnels enchâssés n'ont en principe de priorité normative l'un par rapport à l'autre : ces deux types de considération doivent être optimisés en contexte, conformément au principe de proportionnalité. Par conséquent, si l'on pose le majoritarisme ou la démocratie constitutionnelle de type libéral comme standard fondamental de la légitimité morale, comme on le fait généralement en théorie constitutionnelle, le contrôle judiciaire des lois fondé sur le modèle de la proportionnalité n'apparaît pas légitime, du moins pas immédiatement. S'ensuit-il qu'il ne le soit pas? Pas nécessairement, car comme on l'a dit tout dépend du standard moral et politique en vertu duquel les conditions de la légitimité doivent être établies.

Dans cette sous-section, je ferai trois choses. Premièrement, je soutiendrai que les conditions de la légitimité politique pourraient découler d'un standard normatif plus fondamental et philosophiquement plus abstrait que ceux que présuppose traditionnellement la théorie constitutionnelle. Ce standard postule que la légitimité concerne la justification de l'exercice du pouvoir public et la coercition en termes de raisons que peuvent accepter tous ceux qui y sont soumis. Je le nommerai le standard de « la légitimité comme acceptation unanime ». Deuxièmement, je soutiendrai que les critères d'une acceptation unanime résident ultimement dans le principe de proportionnalité. Troisièmement, je montrerai que le processus de contrôle judiciaire des lois fondé sur le modèle de la proportionnalité pourrait puiser sa légitimité dans le fait qu'il contribue directement à maintenir la légitimité morale et politique de l'ordre juridique fondée sur le standard de l'acceptation unanime.

L'idée que la légitimité politique puisse être une affaire d'acceptation unanime est bien connue en philosophie politique. Elle postule que l'exercice du pouvoir public et la coercition doivent être justifiés en termes de raisons que peuvent accepter tous ceux qui y sont soumis. Ces raisons peuvent prendre diverses formes, tel qu'un ensemble de normes juridiques, d'institutions politiques et de procédures décisionnelles. Si on ne peut donner une telle justification, ne fut-ce qu'à une seule personne, alors le système politique est illégitime, au moins en ce qui la concerne. Chaque personne possède ainsi une forme de « veto moral » relativement à tous les types d'organisation politique

auxquels elle peut être soumise, y compris les arrangements politiques de type libéral et démocratique. Il s'ensuit que la légitimité comme acceptation unanime constitue un standard plus fondamental et philosophiquement plus abstrait que les standards de légitimité que présuppose traditionnellement la théorie constitutionnelle.

Le standard de la légitimité comme acceptation unanime est très exigeant et nul ne peut garantir qu'il puisse être rencontré en pratique. Cependant, il semble bien que ce soit là le «bon» standard, dès lors que l'on se donne pour but de trouver un fondement moral à la légitimité politique. Le fondement et la force normative de ce standard résident dans les rapports étroits qu'il entretient avec le principe moral d'impartialité. Tout comme la recherche de normes valides d'un point de vue moral exige un processus de délibération pratique impartiale, la recherche d'un système politique légitime d'un point de vue moral doit procéder dans le cadre d'une délibération pratique impartiale. Le principe d'impartialité agit donc comme un critère de légitimité morale du système politique. Les rapports normatifs qui unissent un système politique légitime au principe moral d'impartialité font de la légitimité politique un concept moral et expliquent pourquoi un tel système possède une certaine force normative. Il s'ensuit qu'un système politique légitime est fondamentalement égalitariste : il présuppose l'égalité morale de toutes les personnes humaines et postule le droit de chacun d'être traité avec la même attention et le même respect au niveau le plus fondamental dans le processus de détermination des principes, des normes et des institutions politiques qui justifient l'usage du pouvoir et de la force collective. Ainsi, lorsqu'un système politique est moralement légitime, nulle personne ne peut raisonnablement prétendre qu'elle n'est pas traitée avec le même respect et la même attention que les autres citoyens. À l'inverse, lorsqu'un système politique est moralement illégitime, au moins certaines personnes peuvent raisonnablement prétendre qu'elles n'ont pas été considérées avec le même respect et la même attention que d'autres personnes.

Découvrir les conditions de la légitimité consiste donc à trouver le moyen de justifier un système politique aux yeux de tous ceux qui y sont nécessairement soumis.³² En philosophie politique, les réponses les plus influentes procèdent de la tradition du « contrat social ».³³ Selon cette tradition, le « contrat » représente un moyen d'établir des principes, des normes et des institutions politiques que les parties peuvent raisonnablement accepter comme fondement du pouvoir et de la coercition. La procédure contractuelle prend la forme d'une délibération pratique dans laquelle des arrangements politiques concurrents sont examinés à la lumière des prétentions, des intérêts et des vues de chaque partie et sa conclusion prend la forme d'un accord unanime. En ce sens, la légitimité politique est une affaire d'acceptation unanime. Mais l'unanimité n'est pas la raison d'être du contrat. L'unanimité constitue un critère du caractère acceptable des termes du contrat pour chaque individu qui y consent. En ce sens, l'acceptation unanime est un critère de légitimité politique fondé sur le principe moral d'impartialité. La raison d'être de la procédure contractuelle est de trouver une justification de l'exercice du pouvoir et de la coercition en des termes qui puissent être acceptés par chaque personne qui y est soumise.³⁴

³² J'emprunte cette formulation à Thomas Nagel qui écrivait que «the task of discovering the conditions of legitimacy is traditionally conceived as that of finding a way to justify a political system to everyone who is required to live under it». Thomas Nagel, *Equality and Partiality*, New York, Oxford University Press, 1991, p. 30.

³³ En général, les théories contractualistes postulent que l'exercice du pouvoir et la coercition sont illégitimes, à moins qu'ils puissent être justifiés sur la base de principes que tous ceux qui y sont sujets peuvent raisonnablement accepter dans certaines conditions hypothétiques d'égalité, de liberté et d'indépendance. Cela vaut autant pour les théories «hobbesiennes» que «kantienne». Voir, par exemple, David Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford, Oxford University Press, 1986; James Buchanan, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, University of Chicago Press, 1975; John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971; Thomas M. Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

³⁴ Dans la tradition libérale et démocratique contemporaine, ces idées peuvent être associées aux concepts de «justification publique» et de «raison publique». Sur ces concepts, voir, par exemple, John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993; Amy Gutmann et Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Mass., London, Belknap Press of Harvard University Press, 1996; Joshua Cohen, «Procedure and Substance in

L'idée qu'un « contrat » puisse fonder la légitimité d'un système politique est bien connue dans la tradition démocratique; elle est même devenue l'un des traits distinctifs des théories libérales contemporaines.³⁵ Néanmoins, il existe plusieurs versions de la forme que doit prendre la procédure contractuelle afin de légitimer ce qui fait l'objet de l'accord unanime.³⁶ Les versions les plus influentes n'exigent qu'un accord hypothétique. La version contemporaine la plus célèbre est probablement celle que John Rawls a nommé la « position originelle ».³⁷ Cependant, les versions contractuelles hypothétiques prètent flanc à l'objection générale que nous avons mentionnée à la sous-section précédente : il peut y avoir un écart entre le contenu des théories politiques normatives qu'elles justifient et le contenu des jugements impartiaux qui auraient tenu compte des revendications, des intérêts et des vues particulières de chaque personne concrète, tels qu'ils se manifestent dans le monde réel dans un contexte factuel donné. La position originelle est particulièrement vulnérable : les personnes qui participent au processus de détermination des principes de justice sont soumises à une contrainte particulière. Elles doivent délibérer derrière un « voile de l'ignorance » -- elles ne doivent connaître ni la position particulière qu'ils occupent dans la société réelle, ni les intérêts, ni les valeurs ou ni les points de vue qui sont véritablement les leurs. Or, bien que cette contrainte ait pour objet de garantir l'impartialité de la délibération, elle a pour effet de priver les participants d'information pertinente à la formation d'un jugement éclairé sur le caractère acceptable des principes auxquels ils seront soumis dans la société politique réelle. Il s'ensuit que les principes de justice choisis dans la position originelle pourraient en pratique se révéler inacceptables aux yeux de ceux à qui on voudrait les imposer.

Il existe toutefois une version du contractualisme qui lève le voile de l'ignorance tout en faisant intervenir le principe d'impartialité au niveau le plus fondamental dans la recherche d'un système politique légitime.³⁸ Cette version étend aux conditions de la légitimité politique les principes du contractualisme élaboré par le philosophe Thomas Scanlon aux fins de la théorie morale.³⁹ L'idée générale est que les principes et les institutions d'un régime politique légitime sont ceux que « nul ne

(Contd.)

Deliberative Democracy», dans S. Benhabib, dir. *Democracy and Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1996;

³⁵ Selon John Rawls, par exemple, le «liberal principle of legitimacy» énonce que l'exercice du pouvoir politique n'est admissible «only when it is exercised in accordance with a constitution the essentials of which all citizens as free and equal may reasonably be expected to endorse in the light of principles and ideals acceptable to their common human reason». Voir Rawls, *ibid*, 137. Jeremy Waldron a soutenu que le libéralisme est fondé sur une certaine conception de la justification des arrangements sociaux : «all aspects of the social world should either be made acceptable or be capable of being made acceptable to every last individual». Jeremy Waldron, *Liberal Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, 36-37. Il ajoute qu'un «social and political order is illegitimate unless it is rooted in the consent of all those who have to live under it; the consent or agreement of these people is a condition of its being morally permissible to enforce that order against them», *ibid.*, 50. Voir aussi Nagel, *supra* note 32, p. 158: «Liberalism ... holds that the legitimate exercise of political power must be justified on ... grounds which belong in some sense to a common or public domain».

³⁶ See, for example, Kim Lane Scheppele and Jeremy Waldron, «Contractarian Methods in Political and Legal Evaluation», *Yale Journal of Law & Humanities*, 195, 204-06.

³⁷ Voir Rawls, *supra* note 33, p. 12-13.

³⁸ Ce niveau fondamental correspond à ce que Brian Barry a nommé un «deuxième niveau» d'impartialité. À ce niveau, les «principles and rules that are capable of forming the basis of free agreement among people seeking agreement on reasonable terms» sont évalués et choisis. Brian Barry, *Justice as Impartiality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 11. Le principe d'impartialité agit ici «as a test to be applied to the moral and legal rules of a society: one which asks about their acceptability among free and equal people». *Ibid.*, p. 194. Ce niveau fondamental doit être distingué d'un «premier niveau» d'impartialité, celui des maximes ou des prescriptions qui imposent un comportement impartial dans nos vies personnelles ou nos fonctions institutionnelles. *Ibid.*, p. 11. La relation entre les deux niveaux est déterminée au second niveau. Elle dépend de «what would rules and principles capable of attracting general agreement require in the way of impartial behaviour». *Ibid.*, p. 12.

³⁹ Voir Scanlon, *supra* note 33.

peut raisonnablement rejeter » comme justification de l'exercice du pouvoir et de la coercition, lorsque chacun s'est donné comme but de trouver des principes politiques communs.⁴⁰ Ils doivent être tels que tous doivent pouvoir raisonnablement les accepter : ils doivent être mutuellement acceptables. L'unanimité recherchée demeure hypothétique mais, comme le soutient Thomas Nagel, l'unanimité en est une "which could be achieved among persons in many respects as they are, provided they were also reasonable and committed within reason to modifying their claims, requirements, and motives in a direction which makes a common framework of justification possible". Il ne s'agit donc pas d'une unanimité réelle entre des personnes qui ont n'importe quels motifs ; ces dernières doivent viser la conclusion d'un accord sur « a common framework of justification ». Mais ce n'est pas non plus une unanimité idéale that simply follows from there being a single right answer which everyone ought to accept because it is independently right». ⁴¹ La délibération impartiale doit tenir compte des caractéristiques, des intérêts et des points de vue des personnes réelles, autant que faire se peut. Elle doit tenir compte des particularités concrètes de chaque personne prise séparément.⁴²

Selon cette version du contractualisme, l'idée même du « contrat » comme mécanisme de justification de l'autorité politique devient purement métaphorique : on pourrait l'abandonner sans rien changer à sa substance. Elle n'est utilisée que pour rendre compte du caractère impartial du processus de délibération en vertu duquel les principes d'un système politique légitime sont établis. Le cœur véritable de cette version réside dans l'idée de « rejet raisonnable » : un système politique légitime est tel que « nul ne peut raisonnablement rejeter » ses principes et ses institutions comme justification de l'exercice du pouvoir et de la coercition dans un contexte où chacun s'est donné comme but de trouver des principes et des institutions politiques communs. Mais pour que l'idée de « rejet raisonnable » puisse être utilisée comme critère de légitimité d'un régime politique, elle doit posséder une certaine substance; elle doit avoir un contenu normatif permettant de distinguer les rejets « raisonnables » de ceux qui ne le sont pas. Existents-ils des critères généraux d'un « rejet raisonnable »? Des critères tels que nul ne puisse raisonnablement s'y opposer? Selon moi, la réponse est affirmative. Ces critères résident dans le principe de proportionnalité.

Un arrangement politique qui ne satisfait pas au principe de proportionnalité peut être raisonnablement rejeté par ceux qu'il désavantage le plus. J'y vois au moins deux raisons. La première est qu'un tel arrangement politique ne satisfait pas au principe moral d'impartialité. Cette raison n'est pas nécessairement circulaire. Il devrait être admis qu'une personne puisse raisonnablement s'objecter à un arrangement politique qui ne résulte pas d'une délibération impartiale. Puisqu'un tel arrangement résulte d'un processus dans lequel elle n'est pas traitée avec la même attention et le même respect que les autres, cette personne a une bonne raison de croire que le système politique ne lui confère pas tous les avantages auxquels elle aurait droit si l'arrangement résultait d'une délibération impartiale. De plus, ceux dont les revendications, les intérêts et les vues reçoivent plus de poids que celui auquel ils auraient droit en vertu d'une délibération impartiale ne peuvent raisonnablement s'attendre à ce que le système politique soit acceptable pour ceux qui ne sont pas traités avec la même attention et le même respect (bien entendu, cela n'empêche pas ces derniers de l'accepter pour des motifs qui sont les leurs). Par ailleurs, une personne ne peut raisonnablement s'objecter à un système politique qui résulte d'une délibération impartiale. Cela signifierait qu'une personne pourrait raisonnablement s'opposer à un système politique pour le motif qu'il présuppose l'égalité morale de toutes les personnes. Ce ne

⁴⁰ Voir, par exemple, Nagel, supra note 32, p. 38-39; Barry, supra note 38. Selon Thomas M. Scanlon, les jugements moraux sont des «judgments about what would be permitted by principles that could not reasonably be rejected, by people who were moved to find principles for the general regulation of behaviour that others, similarly motivated, could not reasonably reject». Voir Scanlon, supra note 33, p. 4. Voir aussi Thomas M. Scanlon, «Contractualism and Utilitarianism», in Amartya Sen and Bernard Williams, eds, *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 103, at 110.

⁴¹ Nagel, supra note 32, p. 33-34.

⁴² Thomas Nagel a exprimé cette idée en rappelant que chacun d'entre nous étions à la fois partiaux envers nous-mêmes, impartiaux entre tous et respectueux de la partialité de tous. Ibid.

serait pas acceptable : le système qui résulterait d'une telle prémisse inégalitaire pourrait être raisonnablement rejeté par tous ceux dont le statut moral est conçu comme inférieur.

Or, un arrangement politique qui ne satisfait pas au critère de proportionnalité ne peut résulter d'une délibération impartiale. Par exemple, un système politique dont les principes constitutionnels admettent la validité de lois qui imposent à certaines personnes des fardeaux inutiles ou des sacrifices qui ne contribuent en rien à quelque objectif social ou à quelque intérêt concurrent résulte nécessairement d'un processus de délibération qui accorde moins de poids ou d'importance aux personnes qui subissent les fardeaux et les sacrifices qu'à ceux qui le subissent pas. Il en est de même d'un système politique dont les principes admettent la validité de lois qui imposent à certaines personnes des fardeaux ou des sacrifices non nécessaires en vue de réaliser quelque avantage ou bien concurrent. La délibération qui justifie un tel système confère plus de poids aux revendications, aux intérêts ou aux vues des personnes qui sont avantagés ou qui bénéficient du bien qu'à ceux des personnes qu'il désavantage. Enfin, un système politique dont les principes reconnaissent la validité de lois qui imposent à certaines personnes des fardeaux ou des sacrifices excessifs, en comparaison des avantages, des gains ou des bénéfices réels que ces fardeaux ou sacrifices contribuent à réaliser, ne résulte pas d'un processus de délibération impartial. Un tel processus accorde plus de poids aux revendications, aux intérêts ou aux vues des personnes qui bénéficient de ces lois qu'à ceux des personnes qui subissent les fardeaux et les sacrifices excessifs. Par conséquent, là où le système politique ne satisfait pas aux critères du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité dans un sens étroit, les personnes désavantagées ont une raison de s'objecter à l'arrangement politique qui justifie cet état de chose : cet arrangement ne résulte pas d'une délibération impartiale.

La deuxième raison est qu'un arrangement politique qui ne satisfait pas au principe de proportionnalité peut être raisonnablement rejeté au mérite par les personnes qu'il désavantage, dès lors qu'il existe un arrangement politique de rechange moins désavantageux pour qui il est le plus désavantageux. Ainsi, une personne à qui un système politique impose un fardeau inutile, c'est-à-dire, un fardeau qui ne contribue en rien à quelque valeur ou intérêt d'autrui, a une bonne raison de rejeter ce système au profit d'un système politique de rechange qui satisfait au principe de proportionnalité. Nul ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une personne accepte un fardeau inutile lorsqu'il existe une solution de rechange qui ne contrevient pas au principe de proportionnalité. Il en va de même d'un système politique qui impose à certaines personnes un fardeau non nécessaire, compte tenu des revendications, des intérêts et des vues d'autres personnes que ce fardeau est censé promouvoir. Les personnes désavantagées ont une bonne raison de s'objecter au système et d'opter pour un arrangement de rechange qui n'impose aux individus que des fardeaux nécessaires. Encore une fois, nul ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une personne accepte un fardeau non nécessaire lorsqu'il existe une solution de rechange compatible avec le principe de proportionnalité. Enfin, une personne peut raisonnablement s'objecter à un arrangement politique dont les principes exigent d'elle un sacrifice excessif de ses revendications, ses intérêts ou ses vues en comparaison de quelque arrangement politique de rechange possible, à la condition que l'arrangement de rechange soit tel que nul ne puisse raisonnablement le rejeter. Cela signifie que l'arrangement de rechange ne doit imposer de sacrifice excessif à nulle autre personne, en comparaison de tout autre arrangement possible que nul ne puisse raisonnablement rejeter. Il s'ensuit qu'un système politique légitime doit nécessairement équilibrer les sacrifices et les fardeaux qu'il exige des uns et des autres conformément au principe de proportionnalité dans un sens strict : il ne doit exiger des uns un sacrifice ou un fardeau disproportionné en comparaison des sacrifices et des fardeaux qu'il exige de tous les autres. Ses principes doivent exiger le plus petit sacrifice possible de ceux de qui ils exigent le plus grand sacrifice, de sorte que tout autre arrangement de rechange exige de quelqu'un un plus grand sacrifice que ces principes n'en imposent à quiconque. On ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une personne accepte un arrangement politique qui exige d'elle un grand sacrifice en comparaison du sacrifice exigé des autres, lorsqu'il existe un arrangement politique de rechange qui exige un plus petit sacrifice des personnes de qui il exige le plus grand sacrifice. Cela ne signifie pas qu'une personne ne

puisse pas accepter, disons par altruisme, les fardeaux inutiles, non nécessaires ou excessifs; mais il n'est pas déraisonnable de les rejeter. Inversement, il ne semble pas qu'une personne puisse raisonnablement s'objecter à un système politique qui satisfait au critère de proportionnalité : en vertu d'un tel arrangement, chacun peut raisonnablement croire que ses revendications, ses intérêts et ses vues sont optimisés et, en conséquence, qu'elle s'en tire aussi bien qu'elle peut raisonnablement espérer, compte tenu des attentes semblables de tous les autres.

Le principe de proportionnalité constitue donc un critère général d'un « rejet raisonnable » et, par le fait même, de l'impartialité du processus de délibération justifiant le choix des principes et des institutions politiques. Ce critère est abstrait, formel et procédural : il n'indique pas quel est le contenu des principes et des institutions d'un système politique légitime. Il permet uniquement de distinguer les objections « raisonnables » de celles qui ne le sont pas à quelque principe et institution politique plausible, en tenant compte autant que possible des particularités concrètes de chaque personne, prise séparément. On pourrait dire que ce critère général d'un rejet raisonnable est tel que « nul ne peut raisonnablement le rejeter », dès lors que la légitimité politique est conçue comme une affaire d'impartialité et d'acceptation unanime.

En général, les théories politiques fondées sur cette version du contractualisme postulent une structure politique correspondant à une démocratie constitutionnelle de type libéral.⁴³ Elles postulent, par exemple, une certaine hiérarchie entre les intérêts et les valeurs concurrentes, confèrent à certains droits et libertés une priorité normative sur le bien être général et sur les objectifs perfectionnistes concurrents, établissent une séparation entre les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires, affirment la séparation entre les Églises et l'État, articulent une conception de la justice sociale et indiquent les critères de validité des lois adoptées à la majorité des représentants élus. Bien que ces théories soient censées être telles que nul ne puisse raisonnablement les rejeter, elles s'avèrent contestées en fait, non seulement par les théoriciens libéraux eux-mêmes, mais par l'ensemble des citoyens qui n'acceptent pas le libéralisme ou la démocratie libérale comme expression fondamentale de la société politique dans laquelle ils veulent vivre. Il est vrai que les théoriciens tentent d'inclure du mieux possible les particularités de chaque personne prise séparément, telles qu'ils les imaginent en chair et en os; mais la délibération demeure abstraite et hypothétique. Elle ne va pas au-delà des faits que le théoricien introduit dans le processus de délibération. Ainsi, lorsqu'une personne réelle s'objecte à un système politique libéral ou à l'un de ses principes de base, il est toujours possible de poser cette question : « pourquoi l'objection ne constituerait-elle pas une objection raisonnable? ». Un théoricien pourrait répondre que le système ou le principe politique proposé satisfait au critère de proportionnalité : « il est tel que chaque personne pourrait l'accepter ». Mais comment établir la probabilité de cette réponse lorsque la personne dont on est censé prendre en compte le point de vue et les particularités réelles objecte de bonne foi que le système n'accorde pas suffisamment de poids à ses revendications, ses intérêts ou ses vues ou que le sacrifice qu'on exige d'elle est excessif en comparaison de quelque autre principe ou système politique possible? La seule façon de l'établir est de sortir de la délibération hypothétique et de vérifier sur le terrain ce qu'il en est, à l'aune du principe de proportionnalité. Le cas échéant, nul ne peut garantir que le système politique que nul ne puisse raisonnablement rejeter correspondrait à une démocratie constitutionnelle de type libéral ou à la conception libérale particulière promue par quelque philosophe.

Il n'est pas facile d'établir dans l'abstrait le contenu des principes fondamentaux d'une constitution qui satisferait au critère de proportionnalité, car tout dépend des contextes, des individus et des groupes culturels qui composent la société réelle. Pour ma part, je tends à penser que dans le cadre d'une société pluraliste qui se caractérise par une diversité de visions religieuses, morales ou philosophiques et un multiculturalisme de fait, il est hautement probable que les principes et les institutions politiques que nul ne puisse raisonnablement rejeter soient eux-mêmes pluralistes et multiculturels, conférant dans l'abstrait un statut égal à des valeurs, des intérêts et des points de vue concurrents radicalement

⁴³ Voir, par exemple, Nagel, supra note 32; Barry, supra note 38.

distincts.⁴⁴ Pour cette même raison, les normes d'une constitution légitime devraient afficher un pluralisme de valeurs, d'intérêts et de vues, par opposition à une vision cohérente et universelle de la société juste, conception que d'aucuns qualifierait de « moniste », et créer des institutions gouvernementales dont l'objet serait de les optimiser autant que possible. Elles établiraient des compromis, des équilibres et des accommodements plutôt que l'uniformité constitutionnelle. Une constitution légitime pourrait établir, par exemple, des institutions majoritaires pour répondre aux intérêts et aux vues de la majorité, des institutions particulières pour répondre aux intérêts et aux vues des minorités, telles que les chartes des droits et le contrôle judiciaire, des gouvernements locaux, des institutions fédérales, des juridictions particulières et des droits spéciaux pour des groupes spécifiques. Elle pourrait même prévoir la résolution des conflits d'intérêts et de valeurs par divers types de compromis et d'accommodements conformes au principe de proportionnalité, telles que des exemptions et des accommodements raisonnables en faveur de certains groupes, plutôt que l'application formelle et uniforme de principes abstraits conférant une priorité normative à l'un des intérêts ou à un seul des points de vue. Mais ce n'est qu'une hypothèse qui demanderait à être vérifiée empiriquement.

Il peut exister divers moyens de vérifier ce qu'il en est empiriquement.⁴⁵ Pour nos fins, il suffit de reconnaître que le processus de contrôle judiciaire des lois fondé sur le modèle de la proportionnalité en est un. Ce processus permet de vérifier en contexte, en écoutant le point de vue de toutes les personnes réellement concernées par l'impact d'une norme juridique, si les objections avancées par quelque personne à l'encontre du système juridique, de l'un de ses principes ou de ses normes sont raisonnables. En invalidant les lois qui ne satisfont pas au principe de proportionnalité, le contrôle judiciaire contribue donc à maintenir dans les faits la légitimité du système politique.

Je soumets que la légitimité du processus de contrôle judiciaire des lois fondé sur le modèle de la proportionnalité réside dans cette fonction particulière.⁴⁶ Les raisons sont les suivantes. D'une part, comme toutes institutions politiques, le pouvoir judiciaire est tenu d'agir d'une manière légitime, autant que faire se peut. D'autre part, les juges n'ont aucune légitimité inhérente. Leur légitimité est soumise à deux conditions. Premièrement, elle est conditionnée par la primauté du droit : les normes qu'ils appliquent doivent être, en un certain sens, juridiques. Deuxièmement, elle est conditionnée par la légitimité du droit que les juges reconnaissent comme ayant primauté : le droit ne peut conférer aux juges plus de légitimité qu'il n'en a lui-même et le seul fait qu'une norme soit juridiquement valide ne suffit pas à établir sa légitimité sur le plan moral. Il s'ensuit que les décisions judiciaires fondées sur des normes invalides en droit ou sur des normes juridiques dépourvues de légitimité morale sont elles-mêmes dénuées de légitimité. Puisque les juges sont tenus d'agir d'une manière légitime, ils doivent s'assurer que les normes qu'ils reconnaissent comme raison de décider sont, non seulement valides en droit, mais aussi légitimes. Cela présuppose nécessairement la reconnaissance de quelque critère de légitimité du droit. Mais quoi qu'il puisse être, les normes juridiques qui ne satisfont pas à ce critère sont invalides sur un plan moral et dénuées de force normative. Par conséquent, les tribunaux ne sont pas moralement tenus de les appliquer. Les juges peuvent donc les ignorer ou encore, là où c'est

⁴⁴ Certes, on pourrait avancer que certaines versions contemporaines du libéralisme, le libéralisme politique par exemple, sont précisément conçues pour répondre au pluralisme et au multiculturalisme de fait. Cependant, une personne dont la vision du monde est non libérale (disons une personne religieuse ultra-orthodoxe) pourrait avoir une raison de rejeter au moins certains de ses principes, lorsque leur application exige d'elle un trop grand sacrifice de ses intérêts ou une trop grande incompatibilité avec sa vision du monde en comparaison de quelque système politique de rechange. Voir la discussion éclairante dans Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995, chap. 8.

⁴⁵ Les structures institutionnelles proposées par les théories « dialogiques », telles que les théories de la démocratie délibérative, par exemple, constituent de tels moyens.

⁴⁶ J'ai abordé cette question en détails dans une série d'articles dont Luc B. Tremblay, « General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law », (2003) 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 525. Ce qui suit ne constitue qu'un très bref résumé de la thèse défendue dans ces articles.

possible, les interpréter en des termes qui leurs confèrent une certaine légitimité -- comme on sait, les normes juridiques sont formellement assez malléables : il arrive souvent que leur signification d'origine soit élargie, restreinte, écartée, tombée en désuétude, radicalement transformée, voire même complètement renversée.⁴⁷

Le fondement de la légitimité du contrôle judiciaire des lois réside dans ce devoir général qui incombe aux tribunaux d'agir autant que possible de manière légitime. Ce devoir leur impose de vérifier si les normes législatives qu'on leur demande d'appliquer dans un cas donné sont valides en droit et moralement légitimes. Lorsque les normes constitutionnelles sont elles-mêmes reconnues comme légitimes, il est suffisant de vérifier si les normes législatives sont constitutionnellement valides. Mais si, en vertu de quelque critère de légitimité, les normes constitutionnelles qu'on leur demande d'appliquer (voire dans les cas extrême l'ordre constitutionnel en entier) étaient douteuses sur un plan moral, alors le contrôle de la constitutionnalité des lois ne serait pas suffisant. Les juges devraient vérifier si les normes constitutionnelles mêmes satisfont au critère de légitimité. Si elles n'y satisfaisaient pas, alors les juges pourraient tenter de les interpréter en des termes qui leurs confèreraient une certaine légitimité. Là où une telle interprétation serait impossible, ils pourraient les ignorer ou les remplacer par des normes constitutionnelles qui contribuent à maintenir la légitimité de l'ordre constitutionnel. Comme on sait, en théorie constitutionnelle, les conditions de la légitimité du contrôle judiciaire des lois ont été généralement déterminées à la lumière d'un critère démocratique, le majoritarisme ou la démocratie constitutionnelle de type libéral. Il s'en est suivi que non seulement la validité et la légitimité des lois ont été généralement jugées à l'aune de ce critère, mais que les normes constitutionnelles elles-mêmes ont été généralement élaborées et interprétées par les juges de manière à s'y conformer autant que possible.

Si l'on pose comme principe que la légitimité politique est une affaire d'impartialité et d'acceptation unanime soumise au critère du rejet raisonnable, alors les juges peuvent, et doivent, vérifier si les normes juridiques qu'on leur demande d'appliquer dans une affaire donnée satisfont au critère de proportionnalité. Si elles n'y satisfont pas, alors les juges peuvent tenter de les interpréter en des termes qui les rendent conforme au critère et, là où une telle interprétation est impossible, ils peuvent les ignorer ou les remplacer par des normes qui y satisfont. Autrement, ils pourraient sanctionner des normes juridiques douteuses sur un plan moral et saper leur propre légitimité. Pour ces raisons, le processus de contrôle judiciaire des lois fondé sur le modèle de la proportionnalité consiste à vérifier, non seulement si les normes législatives qu'on demande aux tribunaux d'appliquer dans un cas donné sont constitutionnellement valides, mais si elles sont légitimes à la lumière du principe de proportionnalité. Bien entendu, si les normes constitutionnelles pouvaient établir d'avance et dans l'abstrait les bons rapports de proportionnalité entre les valeurs en conflit, il suffirait de vérifier si les normes législatives sont constitutionnellement valides; ce qui reviendrait à vérifier si les rapports de proportionnalité qu'elles établissent sont conformes à ceux établis par les normes constitutionnelles. Mais l'idée qu'il puisse exister dans l'abstrait des équilibres entre les valeurs et les intérêts concurrents pouvant servir de mesure idéale aux fins du contrôle judiciaire des lois est étranger au modèle de la proportionnalité. Pour cette raison, le processus de contrôle judiciaire n'a pas pour principal objet d'établir le contenu des normes constitutionnelles légitimes : il a pour objet de vérifier en contexte si les lois elles-mêmes satisfont au critère de proportionnalité.

Cela étant dit, il existe une corrélation étroite entre les équilibres de valeurs ou d'intérêts posés par les lois reconnus comme valides et le contenu des normes constitutionnelles. Les valeurs et les intérêts que doivent optimiser les lois sont des valeurs et des intérêts « constitutionnels »; les équilibres de

⁴⁷ Les constitutions des démocraties contemporaines peuvent en témoigner : bien qu'elles aient généralement pour objet de constituer une forme particulière d'État libéral, leurs normes, notamment leur charte des droits, sont formulées en termes si abstraits et si généraux qu'elles confèrent une grande latitude aux institutions tenues de les interpréter et de les appliquer. Elles peuvent donc être comprises en des termes très différents de ceux auxquels pensaient les auteurs de ces constitutions en la rédigeant.

valeurs ou d'intérêts que prescrivent les lois sont des équilibres d'ordre constitutionnel. Il s'ensuit que reconnaître la validité d'une loi qui équilibre les valeurs et les intérêts d'une certaine manière implique que l'ordre constitutionnel qui l'autorise est légitime, du moins dans la mesure où cet équilibre est concerné. Les lois qui optimisent en contexte les valeurs ou les intérêts concurrents conformément au principe de la proportionnalité donnent à chaque personne qu'elles affectent une raison de penser qu'elle s'en tire aussi bien qu'elle peut raisonnablement le souhaiter dans l'ordre constitutionnel qui les autorisent, compte tenu des attentes similaires de tous les autres. De telles lois contribuent donc à rendre l'ordre constitutionnel raisonnablement acceptable aux yeux de tous ceux qui doivent s'y soumettre. Inversement, le fait qu'un équilibre sanctionné par la loi soit disproportionné constitue une raison de penser que l'ordre constitutionnel qui l'autorise n'est pas acceptable aux yeux de chacun. Le contrôle judiciaire des lois fondé sur le modèle de la proportionnalité constitue donc un moyen de maintenir un ordre constitutionnel que nul ne peut raisonnablement rejeter. Pour cette raison, la forme même de la Constitution importe peu : elle pourrait formellement instituer une démocratie libérale, comme c'est actuellement le cas dans la plupart des pays où le principe de proportionnalité est appliqué. Ses institutions, ses principes et ses normes, mêmes celles dont l'objet était de conférer une priorité normative aux droits fondamentaux, peuvent toujours être interprétés par les juges comme exigeant l'application du modèle de la proportionnalité.

Le processus de contrôle judiciaire des lois fondé sur le modèle de proportionnalité constitue donc un moyen pour les juges de contribuer au maintien de la légitimité du droit dans son ensemble, notamment du droit constitutionnel. Par le fait même, c'est un moyen de contribuer au maintien de leur propre légitimité. Pour ces raisons, le standard de légitimité politique fondé sur l'acceptation unanime des raisons qui justifient le pouvoir politique et la coercition constitue une raison de reconnaître la légitimité du contrôle judiciaire des lois fondé sur le modèle de la proportionnalité.

Conclusion

Mon premier objectif, dans ce texte, était de formuler les propositions constitutives d'un modèle distinct de processus de contrôle judiciaire des lois qui portent atteintes à des droits constitutionnels garantis. Puisque ce modèle réduit le processus de contrôle judiciaire à une application contextuelle et pragmatique du principe de proportionnalité, je l'ai nommé le «modèle de la proportionnalité». Ce modèle se distingue des principaux modèles de contrôle judiciaire qui lui font concurrence en ce qu'il ne postule pas que les équilibres entre les intérêts et les valeurs établis par les lois doivent être conformes à des équilibres d'intérêts et de valeurs posés dans l'abstrait par des normes supra-législatives substantielles qui servent de mesure idéale indépendante, telles que les normes de la constitution «correctement» interprétées ou les normes de morale politique «correctement» comprises. Mon second objectif était d'examiner la force du modèle de la proportionnalité d'un point de vue normatif. Selon moi, un tel examen est nécessaire puisque le modèle n'est pas immédiatement compatible avec les principes fondamentaux des démocraties constitutionnelles de type libéral et que les tribunaux qui semblent y adhérer n'ont à ce jour produit aucune raison justificative convaincante en sa faveur. J'ai soutenu que le fondement et la force normative du modèle de la proportionnalité résidaient dans deux considérations éthiques et morales : le principe moral d'impartialité et l'idée de légitimité politique fondée sur l'acceptation unanime des raisons qui justifient le pouvoir et la coercition. L'argumentation présente une certaine complexité, mais elle conduit à la conclusion que ces deux considérations constituent des raisons normatives puissantes d'accepter le modèle de la proportionnalité aux fins du processus de contrôle judiciaire des lois qui portent atteintes aux droits constitutionnels garantis.

Il ne s'ensuit pas que ces considérations constituent des raisons suffisantes de l'accepter. La théorie constitutionnelle doit encore répondre à un ensemble de questions normatives, épistémologiques, empiriques et pragmatiques avant de conclure à la supériorité du modèle. J'en mentionne quelques-

unes, non pas pour y répondre, mais pour illustrer le travail qu'il reste à faire. Le modèle de la proportionnalité découle-t-il de la meilleure interprétation du principe d'impartialité morale? Comment réconcilier le principe abstrait d'égalité avec le fait que conférer le même poids aux revendications, aux intérêts et aux vues de chacun, indépendamment de leur contenu et de leur motivation, puisse impliquer que, dans certains contextes, les revendications déraisonnables, inéquitables ou égoïstes des uns, disons celles du raciste, du nazi ou de l'homophobe, puissent l'emporter sur les positions raisonnables, équitables ou altruistes des autres, ou encore que certains droits jugés «fondamentaux», tels que le droit à la vie ou le droit à la protection contre la torture, puissent être totalement niés? Par ailleurs, est-il possible de fonder des jugements évaluatifs uniquement sur la base de faits empiriques? La détermination d'un «fait» ne présuppose-t-elle pas toujours un cadre normatif? Quelle est l'ontologie des «faits» censés servir de fondement aux jugements évaluatifs? Peut-on comparer des faits aussi différents que les états d'esprit des personnes affectées par les lois, les conséquences sociales produites par les lois et les significations sociales complexes et changeantes d'arrière-plan? Comment peut-on réconcilier le modèle de la proportionnalité avec l'ensemble des obstacles épistémologiques qui s'opposent à la connaissance de l'impact concret d'une mesure gouvernementale donnée sur les intérêts des uns et des autres, sur les valeurs constitutionnelles et sur le bien de la société en général? Sur un autre plan, quelle est la valeur descriptive du modèle? Représente-t-il adéquatement la pratique constitutionnelle des pays où il est censé s'appliquer? N'est-il rien de plus qu'une construction théorique parmi d'autres, pas plus significative en droit qu'un modèle fondé sur l'éthique marxiste perfectionniste ou sur l'éthique thomiste du bien suprême?

Selon moi, les défenseurs du modèle de la proportionnalité peuvent répondre adéquatement à la plupart de ces questions. Là où ils ne le peuvent pas, j'ai des raisons de croire que les modèles concurrents de contrôle judiciaire ne le peuvent pas non plus. Cela étant dit, il demeure des questions d'ordre pragmatique auxquelles il est bien difficile de répondre. Ces questions réfèrent, dans une certaine mesure, à l'opposition entre le juste et le bien. Même en supposant qu'une société qui sanctionnerait à long terme le modèle de la proportionnalité serait plus juste, serait-elle globalement «meilleure» qu'une société qui s'en tiendrait aux principes d'une démocratie constitutionnelle de type libéral? Ses citoyens seraient-ils plus heureux, plus épanouis, plus ouverts, plus tolérants les uns envers les autres? La société serait-elle plus sophistiquée, plus agréable à vivre, plus enrichissante pour chaque individu? L'intégration et les liens sociaux seraient-ils mieux réussis? Les délibérations publiques seraient-elles aussi riches? La société serait-elle stable ou serait-elle destinée à la fragmentation? Bref, une société dont les arrangements politiques étaient évalués à l'aune du principe de proportionnalité produirait-elle à long terme plus de bien que de mal, à tout le moins, autant de bien qu'une société fondée sur les principes d'une démocratie constitutionnelle de type libéral? D'un certain point de vue, ces questions semblent absurdes et incohérentes (comment peut-on faire une telle comparaison sans renoncer aux postulats de base du modèle de la proportionnalité?); d'un autre point de vue, elles semblent révéler un préjugé favorable aux valeurs qui sous-tendent les démocraties constitutionnelles de type libéral. Pourtant, on ne peut s'empêcher de se les poser. Si le principe d'impartialité et l'égalitarisme qu'il incarne constituent des valeurs indéniables, elles ne sont peut-être pas les seules considérations normatives fondamentales qui devraient guider les tribunaux.