

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

Les valeurs de la communauté
et
la justification des restrictions aux droits et libertés de la personne

par
Marie-Élaine Guilbault

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
LL.M. en maîtrise option recherche

Février 2008



Université de **Montréal**
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

Les valeurs de la communauté

et

la justification des restrictions aux droits et libertés de la personne

Présenté par

Marie-Élaine GUILBAULT

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Jean Leclair
président-rapporteur

Luc Tremblay
directeur de recherche

Jean-François Gaudreault-Desbiens
membre du jury

Résumé

Il y a 150 ans, John Stuart Mill dénonçait l'emprise tyrannique de la morale publique sur la vie des individus et affirmait que le principe du préjudice à autrui constitue l'unique critère en vertu duquel l'État peut légitimement interférer avec la liberté individuelle.

Près d'un siècle plus tard, en réaction au rapport Wolfenden, Lord Devlin articulait une version de la thèse du moralisme juridique en faveur du maintien de l'interdiction criminelle des pratiques homosexuelles en privé entre adultes consentants. Cette thèse du moralisme juridique a fait l'objet de nombreuses critiques. Selon deux des plus influents philosophes et théoriciens du droit du XXe siècle, Herbert L.A. Hart et Ronald Dworkin, le rôle légitime des valeurs de la communauté, dans la justification de l'intervention coercitive de l'État dans la vie des individus, doit être déterminé du point de vue de la morale critique. Ces débats philosophiques ont profondément influencé le discours judiciaire au Canada.

La jurisprudence de la Cour suprême du Canada depuis l'avènement de la Charte témoigne de deux tendances dans l'interprétation et l'application du principe du préjudice lors de l'examen de la légitimité des objectifs législatifs à la première étape du test Oakes. Selon une première approche, qui légitimise souvent un activisme judiciaire, la justification des mesures attentatoires doit reposer sur la démonstration d'un préjudice aux valeurs officiellement reconnues. Selon une deuxième approche, qui préconise plutôt une attitude de déférence envers les choix moraux du législateur, la démonstration d'un préjudice n'est pas un prérequis : l'existence de considérations morales objectives suffit.

Mots clés : Morale publique, moralisme juridique, morale conventionnelle, morale critique, principe du préjudice, rapport Wolfenden, Charte, justification, droits, libertés.

Summary

150 years ago, John Stuart Mill denounced the tyrannical hold of public morality on the life of individuals and asserted that the principle of harm to others constituted the sole criterion under which the State may legitimately interfere with individual liberties.

A century later, in response to the Wolfenden report, Lord Devlin developed a version of the legal moralism thesis which supported the criminal prohibition of homosexual practices made in private between consenting adults. This thesis of legal moralism has been widely criticized. According to two of the most influential legal philosophers and theorists of the twentieth century, Herbert L.A. Hart and Ronald Dworkin, the legitimate role of community values in the justification of coercive intervention of the State in the lives of individuals must be determined according to the principles of critical morality. These philosophical debates have profoundly influenced the judicial discourse in Canada.

The Supreme Court of Canada decisions rendered since the entrenchment of the Charter show two trends in the interpretation and application of the harm principle in the examination of the legitimacy of the legislative objectives at the first stage of the Oakes test. According to the first trend, that often legitimizes judicial activism, the justification of an infringement must rely on the demonstration of a prejudice to values officially recognized. According to the second trend, which favours deference towards the legislator's moral choices, the harm principle is not a requisite: The existence of objective moral considerations suffices.

Keys words: Public morality, conventional morality, critical morality, harm principle, Wolfenden report, Charter, justification, rights, liberty.

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION.....	1
II. PREMIÈRE PARTIE : LE CONCEPT DE MORALE.....	5
A. La morale conventionnelle.....	8
B. La morale critique	18
1. Le point de vue moral	18
2. La morale découverte.....	24
3. La morale constructive et interprétative	28
a) La morale constructive.....	28
b) La morale interprétative.....	34
III. DEUXIÈME PARTIE : LE MORALISME JURIDIQUE	39
A. Le contexte historique.....	39
1. Le principe du préjudice de Mill.....	40
2. Le rapport Wolfenden.....	43
B. Le moralisme juridique de Patrick Devlin	45
1. La thèse conservatrice.....	46
2. La thèse de la désintégration	49
3. La morale publique	54
C. La réponse de Ronald Dworkin	60
D. La réplique de Hart.....	67
IV. TROISIÈME PARTIE : LES VALEURS DE LA COMMUNAUTÉ DANS LE TEST DE LÉGITIMITÉ DES OBJECTIFS LÉGISLATIFS.....	78
A. Les valeurs et les principes essentiels à la société canadienne.....	80
B. L'article premier de la Charte.....	82
1. Le test de légitimité des objectifs législatifs.....	85
2. La caractérisation de l'objectif législatif	86
3. Le critère de proportionnalité	88

C. Les conceptions particulières de la morale.....	89
D. Les conceptions fondamentales de la moralité.....	95
1. Les objectifs législatifs fondés sur le critère du préjudice aux valeurs de la Charte	96
a) Les valeurs de la Charte.....	96
b) L'arrêt <i>Butler</i>	99
c) L'arrêt <i>Little Sisters Book and Art Emporium</i>	103
d) L'arrêt <i>Labaye</i>	104
2. Les objectifs législatifs fondés sur des principes moraux	106
a) Le consensus moral.....	106
b) L'arrêt <i>Rodriguez</i>	117
c) L'arrêt <i>Malmo-Levine</i>	119
d) L'arrêt <i>Labaye</i>	122
V. CONCLUSION.....	126
VI. BIBLIOGRAPHIE	130
A. Jurisprudence.....	130
B. Doctrine.....	131
1. Monographies	131
2. Publications gouvernementales	135
3. Articles de revue.....	135

LES VALEURS DE LA COMMUNAUTÉ

ET

LA JUSTIFICATION DES RESTRICTIONS AUX DROITS ET LIBERTÉS

DE LA PERSONNE

I. INTRODUCTION

La question de la relation entre le droit et la morale est un vieux sujet controversé en philosophie du droit et en philosophie politique. De façon générale, les désaccords qu'elle engendre portent sur la place que doit -ou ne doit pas- occuper la morale dans notre définition du droit. Ce mémoire de maîtrise traite de l'un des multiples aspects de cette relation entre le droit et la morale soit, la thèse du moralisme juridique selon laquelle le droit peut être utilisé pour imposer les valeurs de la communauté. À l'ère de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*¹, les valeurs de la communauté, qui ne correspondent pas aux valeurs qui guident nos croyances relatives à ce qui est bien ou juste de faire ou de ne pas faire peuvent-elles encore jouer un rôle dans la justification des restrictions à nos droits et libertés? Dans l'affirmative, quels sont les critères de validité d'une justification aux

¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11)], (ci-après « Charte canadienne » ou « Charte »).

restrictions aux droits et libertés de la personne fondée sur ces valeurs de la communauté? Telles sont les questions auxquelles tente de répondre ce mémoire.

La première partie de ce texte a pour but de rappeler le cadre théorique sommaire à partir duquel le débat moderne et contemporain sur le moralisme juridique s'est construit. Pour ce faire, nous définirons en termes généraux le concept de morale. Il existe évidemment plusieurs acceptions du concept de morale et plusieurs lignes de clivage alimentent les débats actuels de la philosophie morale. Pour les fins de ce mémoire, nous distinguerons le concept de morale conventionnelle du concept de morale critique afin d'examiner la relation qu'ils entretiennent. Cette première partie entend clarifier les points de vue moraux à partir desquels la morale conventionnelle peut être évaluée et critiquée. L'entreprise cherchant à définir le concept de morale est difficile. Néanmoins, elle est importante car, comme nous le constaterons, la conception de la relation entre le droit et la morale, à laquelle un juge adhère explicitement ou implicitement dans ses jugements, dépend précisément et partiellement de sa compréhension de ces acceptions du concept de morale et de leur relation l'un par rapport à l'autre dans la réflexion morale.

La deuxième partie de ce mémoire examine la thèse du moralisme juridique. Dans le domaine du droit criminel, cette thèse vise à justifier la criminalisation de certains comportements, y compris les conduites qui ne causent pas ou peu de préjudice à autrui, parce que ces comportements sont contraires aux règles de conduite prescrites par la morale positive. La version du moralisme juridique qui nous intéresse est celle qui a été articulée par le magistrat britannique Lord Devlin au

tournant de la seconde moitié du XXe siècle en Angleterre dans le cadre des débats philosophiques soulevés par la libéralisation du droit criminel en matière de moralité sexuelle. La version du moralisme juridique de Lord Devlin repose sur deux types d'arguments: la thèse de la désintégration selon laquelle le droit peut être utilisé pour interdire des comportements ou des pratiques immorales dans le but de prévenir un préjudice à la société et la thèse conservatrice selon laquelle la société a le droit de suivre ses propres lumières. Après avoir brièvement décrit en quoi consistent ces deux thèses, nous examinerons les critiques de deux des plus influents philosophes et théoriciens du droit de l'après-deuxième guerre mondiale, Herbert L.A. Hart et Ronald Dworkin. Dans un premier temps, nous examinerons l'argumentation de Dworkin à l'encontre de la thèse conservatrice. Puis, nous examinerons la réponse de Hart, fondée sur la distinction fondamentale entre la morale positive et la morale critique à l'encontre de la thèse de la désintégration de Lord Devlin. L'objectif dans cette deuxième partie est de dégager quelques-uns des éléments du dialogue critique qu'ont entretenu Hart et Dworkin sur le rôle que peuvent jouer les valeurs de la communauté dans le processus d'évaluation et de justification des lois.

La troisième partie examine la jurisprudence canadienne afin de savoir si les objectifs poursuivis par le législateur au soutien d'une restriction à un droit ou une liberté garanti par la Charte peuvent encore reposer sur des valeurs partagées par les membres de notre société. Dans l'affirmative, il s'agira alors de déterminer si la nature ou le fondement de ces valeurs de la communauté est la morale conventionnelle ou la morale critique. Nous verrons alors que les critères de validité de ces considérations ou de ces jugements moraux que le législateur impose par le

pouvoir coercitif en violation des droits et libertés individuels découlent de la morale critique. Notre brève étude de la jurisprudence dévoilera l'existence d'au moins deux approches ou deux raisonnements critiques à l'analyse du caractère suffisamment important, urgent et réel des objectifs moraux défendus par le législateur sous l'article premier de la Charte. Ces deux approches qui s'opposent en matière de justification reposent sur des théories morales qui adhèrent à des conceptions différentes de la relation entre le droit et la morale. La première approche recouvre les juges qui adhèrent à une conception hartienne du concept de morale, reposant sur l'idée que les valeurs de la communauté prises en considération se résument au principe du préjudice aux valeurs individuelles d'autrui sous-tendant les droits et libertés de la personne expressément reconnus dans la Charte. La deuxième catégorie regroupe les juges qui valorisent une conception plus large de la morale. Celle-ci n'est alors pas restreinte à l'idée du préjudice et incorpore non seulement les valeurs individuelles que les Canadiens ont cherché à protéger et à promouvoir par la constitutionnalisation de droits et des libertés mais également les autres valeurs de la communauté faisant appel à l'idée de consensus.

II. PREMIÈRE PARTIE : LE CONCEPT DE MORALE

Dans un texte publié il y a une cinquantaine d'années, le philosophe américain Kurt Baier écrivait: « [...] [I]f there is to be moral progress there must be at least some who subject the morality of their group to rational scrutiny and attempts to reform it where it is found wanting. »² Selon Baier, une décision morale juste doit reposer sur les meilleures raisons à l'appui d'une ligne de conduite plutôt qu'une autre. Par conséquent, le juge, le législateur ou le simple particulier, qui doit répondre à une véritable question morale, doit la considérer et la résoudre d'un point de vue moral, c'est-à-dire en appliquant un certain nombre de tests compliqués à la résolution du problème moral. À cette fin, la délibération morale procède en deux étapes. La première étape requiert l'identification des règles qui font partie de la morale positive ou conventionnelle d'un groupe donné : « Our first question, then, is whether the planned line of conduct is forbidden by a moral rule of the group, and this involves the further question, when we would say of a rule that it belongs to the morality of a given group. »³ La deuxième étape de la réflexion morale exige une évaluation critique des règles de la morale conventionnelle du groupe à la lumière de normes ou de principes établis du point de vue moral. L'ensemble de ces normes forme ce qu'il convient de nommer la morale critique. Elle résulte d'un « effort théorique de rationalisation des concepts et des arguments de la philosophie morale moderne, dont

² Kurt BAIER, « The Point of View of Morality », (1954) 32 *The Australasian Journal of Philosophy* 104, p. 121.

³ *Id.*, 107.

Kant, avec les utilitaristes, aurait été le premier exemple »⁴. La thèse de Baier avait pour objet de repousser les positions sceptiques en éthique qui réduisaient les jugements moraux à des questions de goûts, d'expression de sentiments, d'opinions ou d'attitudes⁵. Selon lui, les philosophes « usually come to hold such sceptical views because they have had before their minds questions which are not genuinely moral questions or, when they were genuinely moral, because their investigations of the ways in which we ordinarily go about answering moral questions were comparatively superficial »⁶.

Le but de cette première partie est de clarifier ces deux acceptions du concept de morale⁷ élaborées en philosophie morale⁸. Dans un premier sens, la morale

⁴ Catherine AUDARD, « Les deux niveaux de la réflexion morale : J.S. Mill et R. Hare », dans Jean-Yves GOFFI (dir.), *Hare et la philosophie morale : actes du colloque*, Grenoble, Université Pierre Mendès France, 2004, p. 37-51, p. 37.

⁵ K. BAIER, *loc cit.*, note 2, p. 104 :

« Consider sceptical views such as these : that the answer to moral questions are the unupportable deliverances of our moral sense or intuition or flair, deliverances which unfortunately vary from age to age, from class to class, and even from person to person; or that they are merely the expressions of personal tastes, opinions, feelings or attitudes; or that they are the announcements of personal decisions, affirmations, choices or proposals. »

⁶ *Id.*

⁷ Le terme « morale » vient du latin *mores* qui signifie « mœurs ». Dans la culture grecque, ce sont les termes *ethikos* qui signifie « morale » et *ethos* qui signifie « mœurs » qui étaient utilisés, d'où le terme « éthique » dans la langue française. En français, les termes « morale » et « éthique » ont plusieurs acceptions et sont souvent confondus. On distingue parfois les deux concepts, pour désigner, d'une part, les règles de conduite qui concernent les individus eux-mêmes des règles de conduite qui régissent leurs rapports avec autrui (éthique). Pour les fins de ce mémoire, le terme « morale » sera utilisé pour désigner l'ensemble des règles de conduite.

⁸ La philosophie morale est une branche de la philosophie qui s'intéresse aux critères qui permettent de juger si une action est bonne ou mauvaise ainsi que les motifs et les conséquences d'un acte. On distingue la méta-éthique, la philosophie morale normative et la philosophie morale pratique. La méta-éthique désigne l'analyse des concepts éthiques de base, de leurs présupposés épistémologiques et de leur signification dans le but de dégager des vérités universelles, de discuter de la volonté de Dieu, de situer le rôle de la raison dans le jugement éthique. Elle est « au-dessus » de l'éthique (« méta » en grec) car elle n'a pas pour objet de poser des normes morales mais de les analyser. Elle s'intéresse par

désigne l'ensemble des principes, des valeurs et des idéaux généraux⁹, des règles ou des modèles de conduite plus spécifiques ainsi que des opinions et des jugements d'un groupe donné¹⁰. On parle ainsi d'un code moral particulier. Par exemple, lorsqu'il est question d'un ensemble d'interdits qui viseraient particulièrement le sexe, on discute alors de la moralité sexuelle d'un groupe donné. Nous nommerons cette première acception de la morale, la morale conventionnelle. Dans un second sens, le terme « morale » désigne ce qu'il est convenu d'appeler la morale critique, c'est-à-dire l'ensemble des principes ou des critères en vertu desquels la morale conventionnelle peut être évaluée et critiquée.

Dans la pensée libérale moderne, cette distinction entre ces deux niveaux de raisonnement moral semble essentielle pour affronter les conflits et les dilemmes moraux que nous expérimentons dans notre réalité quotidienne. Car, d'un point de vue libéral, un raisonnement moral qui repose uniquement sur une conception particulière de la morale conventionnelle mène au point de vue relativiste selon lequel

exemple à la nature des normes morales en tant que normes, aux fondements de ces normes, à la structure des arguments moraux, aux caractéristiques des propositions morales, etc. La philosophie morale normative vise à établir des principes directeurs ou normes éthiques ou morales permettant de définir ce qui est juste ou non, bien ou mal à des fins d'évaluation et de prise de décision. Quant à la philosophie morale pratique, cette discipline s'intéresse à l'application de l'éthique ou de la morale à des questions pratiques telles que la consommation de marijuana, la pornographie ou l'euthanasie.

⁹ Des exemples de principes, valeurs ou idéaux de la morale positive peuvent inclure le principe du préjudice, la valeur de l'autonomie et les principes constitutionnels non écrits tel que le principe démocratique. Voir Wilfrid J. WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review : The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 223 et suiv.

¹⁰ *Id.*, la croyance selon laquelle les unions de même sexe sont immorales est un exemple de jugement moral qui fait partie de cette catégorie de la morale conventionnelle.

¹¹ Comme nous le verrons plus loin, ce qui constitue ce point de départ ou ce premier niveau de la réflexion morale comprend ce que Rawls estime être nos jugements bien pesés les plus fermes. Ce sont des normes qui, à son avis, occupent une place stratégique, encore que non fondationnelle, dans nos raisonnements moraux et dans nos conceptions de ce qu'est la justification de nos croyances morales.

il n'y aurait pas d'autorité ni de norme morale au-delà des valeurs morales acceptées par un groupe social donné. Par conséquent, les diverses formes de morales conventionnelles ne pourraient être ordonnées selon des principes de la morale critique. En ce sens, tous les codes conventionnels de la morale se vaudraient.

A. LA MORALE CONVENTIONNELLE

La clarification du concept de morale conventionnelle comporte sa part de difficultés. La principale difficulté réside dans le fait que les règles et les obligations morales d'une communauté sont des faits sociaux analogues aux autres séries de faits du même genre. Ces règles de conduite forment un système de régulation sociale au même titre par exemple que le système juridique, la moralité religieuse de la communauté et les autres systèmes de normes comme les règles de l'étiquette, la tradition, les conventions ou les usages. Il importe donc, dans un premier temps, de distinguer les principes et les règles de conduite, qui appartiennent à la morale de la communauté, des principes et règles juridiques, d'une part, et des règles et des prescriptions religieuses, d'autre part. Si une règle donnée appartient à la morale de la communauté, il convient ensuite, dans un deuxième temps, de distinguer celles qui font partie de la morale conventionnelle de celles qui ont une portée plus limitée, s'étendant uniquement à un domaine particulier du comportement (l'habillement, l'étiquette, les règles du bon langage ou des bonnes manières par exemple). Cependant, comme le souligne Baier, « [t]hat a rule belongs to the law of the group can be ascertained by a comparatively precise method, namely, by ascertaining

whether the rule is a valid part of its legal system »¹². De même, qu'une règle « belongs to the religion of the group can usually be determined by finding out whether it is contained in any of the sacred books »¹³. Mais qu'une règle « belongs to the mores of the group cannot be determined in any of these comparatively precise and specific ways [...] »¹⁴.

La contribution importante d'Herbert L. A. Hart à cet effort de théorisation du concept de morale positive ou conventionnelle mérite que l'on s'y arrête en premier lieu. Dans un essai précurseur¹⁵, Hart critiquait le prescriptivisme universel de certaines théories morales tel que celle de Richard M. Hare¹⁶ selon lequel la morale, notamment les obligations morales, est une affaire de prescriptions universalisables qu'un agent moral détermine pour lui-même dans l'exercice de son libre arbitre¹⁷. Il nous invitait à envisager le concept de morale dans un sens large, comme un

¹² K. BAIER, *loc cit.*, note 2, p. 108.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Herbert Lionel Adolphus HART, « Legal and Moral Obligation », dans Abraham Irving MELDEN (dir.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington Press, 1958, p. 82 et suiv.

¹⁶ La contribution de Richard Mervyn Hare au prescriptivisme universel se trouve essentiellement dans *The Language of Morals* London, Oxford University Press, 1972 ; *Freedom and Reason*, 1965, Oxford, Oxford University Press, 1963 ; *Moral Thinking : Its Levels, Method, And Point*, Toronto, Clarendon Press : Oxford University Press (Oxford), 1981 et *Sorting Out Ethics*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

¹⁷ Neil MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Stanford, California, Stanford University Press, 1981, p. 45 : « In a relatively early essay on « Legal and Moral Obligation » Hart gave vent to a criticism of what he took to be excessively « protestant » in R.M. Hare's ethics. His criticism was directed against theories which refer to the whole of morality and thus, centrally, the issue of moral obligation, to the autonomous self-legislating choice of the moral agent laying down his own universal prescriptions of conduct for himself and, so far as concerns that agent's judgement and treatment of them, all other moral agents. »

phénomène social, plutôt que dans un sens individualiste. Dans *Le concept de droit*¹⁸, Hart adhère à une approche sociologique¹⁹ pour décrire ce qu'il appelle la morale conventionnelle ou admise dans une société donnée. Cette approche sociologique qui permet d'identifier les normes ou modèles de conduites de la morale conventionnelle dans une société donnée fait appel à des critères formels précis de reconnaissance²⁰.

Hart identifie quatre traits ou propriétés formels, essentiels et interdépendants. Pris ensemble, ceux-ci servent à distinguer les règles de la morale conventionnelle non seulement des règles juridiques mais encore des autres formes de règles sociales telles que les règles relatives au maintien, au savoir-vivre et à la façon de s'habiller²¹. Le premier caractère essentiel à ces règles et ces normes morales partagées concerne leur « importance ». Une règle ou un standard moral doit être considéré comme quelque chose dont le maintien est très important à la vie sociale et à la survie de toute société. Au soutien de la rationalité d'une grande partie des règles morales au maintien desquelles on attache une grande importance, il est possible d'avancer des considérations utilitaristes selon lesquelles le respect de ces règles morales garantit la

¹⁸ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, Bruxelles, Presses des facultés universitaires de Saint-Louis, 1994.

¹⁹ Émile Durkheim est considéré comme le père de la sociologie moderne. Il a posé les fondements de la recherche scientifique des phénomènes moraux et il a proposé de substituer aux vues subjectives des moralistes, une « physique des mœurs ». Voir notamment Émile DURKHEIM, *L'éducation morale*, (cours prononcé en 1902-1903, présenté par Paul Fauconnet, 1925), Paris, P.U.F., 1992.

²⁰ H.L.A. HART, *op. cit.*, note 18, p. 204 et 205.

²¹ *Id.*, p. 209-217, par. 168-176. Chez Kurt Baier, une règle donnée appartient à la morale d'un groupe donné lorsqu'elle répond aux six critères suivants :

« (i) part of the mores of the group (ii) supported by the characteristically moral pressure, (iii) universally teachable and therefore universalizable, (iv) not merely a taboo, (v) applied in accordance with certain principles of exception and modification, (vi) applied in accordance with certain principles of application whose prevalence is a condition of the group being said to have a morality. » (K. BAIER, *loc cit.*, note 2, p. 204 et 205).

satisfaction d'intérêts vitaux qui sont les mêmes pour tous. Toutefois, Hart estime que cette explication est insuffisante. D'une part, il n'est pas toujours possible de montrer que la morale conventionnelle vise la protection contre des maux ou des préjudices évidents. D'autre part, là où cette approche utilitariste est possible, elle ne représente pas nécessairement « la pensée de ceux qui alignent leur vie sur cette morale »²². Comme Hart l'explique, un aspect important de la morale conventionnelle de toute société concerne les comportements sexuels. Pourtant, « il est loin d'être évident que l'importance qu'on leur attache soit liée à la conviction que la conduite qu'elles interdisent est nuisible à autrui; on ne peut pas non plus toujours montrer que ces règles y trouvent effectivement leur justification »²³. Pour déterminer le degré d'importance d'une règle morale, poursuit Hart, il faut évaluer les convictions ou les valeurs morales la soutenant²⁴ :

²² H.L.A. HART, *op. cit.*, note 18, p. 210.

²³ *Id.*, par. 170.

²⁴ Dans son livre *H.L.A. Hart, op. cit.*, note 17, p. 45-54, Neil MacCormick nous invite à voir que l'*aspect interne* de la règle de conduite chez Hart présuppose un engagement envers certaines valeurs morales : « [...] morality includes rules, and they can come into being, change, achieve canonical formulations and so forth. [...] What makes them moral rules is their intrinsic involvement with values people hold seriously ». Ces valeurs morales qui guident nos croyances sur ce qui est bien ou mal de faire pour soi-même et envers autrui sont des standards de la morale conventionnelle « in the sense that judgements of conduct can have direct reference to them. » p. 50. Ces valeurs morales « must be subject to some kind of implicit ranking, for without that, Hart's criterion of importance, the first feature of moral rules and standards would be empty » p. 50. En ce sens, ces valeurs ont également un rôle de deuxième niveau:

« To act indecently, to act immodestly, to act inconsiderately. These are moral misdemeanours. Not because there are rules in our morality defining these qualities. There is not even any clear cut « rule » in our morality defining noisily drunk or quietly drunk on the bus. We have conventional understandings about engaging strangers in conversation or letting them alone. We have expectations, albeit somewhat inexact, about the level and pitch of voice which is right in public-service vehicles, such that all who want to talk to a neighbour can, others being neither shouted down nor distracted and modesty come to have particular applicability in a given case only through reference to such understandings. The value of considerateness has then a second-level

« Même dans une société moderne qui a cessé de considérer sa morale comme imposée par Dieu, l'évaluation du tort fait à autrui n'entre pas en ligne de compte pour déterminer le degré d'importance attaché à des règles morales relatives au comportement sexuel comme l'interdiction courante de l'homosexualité. Les fonctions et les pulsions sexuelles sont des domaines d'une telle importance et d'une telle charge émotionnelle pour tous, que les déviations par rapport à leurs formes d'expression normales ou admises en arrivent facilement à être revêtues d'une « pudeur » ou d'une importance intrinsèque. Ces déviations font l'objet d'une horreur générale, non pas en raison de la conviction qu'elles entraînent des maux sociaux, mais parce qu'elles sont jugées « anti-naturelles » ou répugnantes en elles-mêmes. Il serait donc absurde de refuser de qualifier de moraux des interdits sociaux aussi énergiques; la morale sexuelle est d'ailleurs peut-être l'aspect le plus important de ce que l'homme de la rue estime être la morale. Certes, le fait qu'une société puisse concevoir sa propre morale sous cet angle « non utilitariste » ne signifie pas que ses règles soient à l'abri de la critique ou de la condamnation, quand leur maintien est jugé inutile ou quand ce maintien est assuré au prix d'une grande souffrance ».²⁵

Ce premier trait essentiel de la règle morale se manifeste implicitement dans les trois autres caractéristiques de la règle morale identifiées par Hart, soit l'immutabilité de la règle morale aux changements délibérés, le caractère « volontaire » de la faute morale et la pression sociale considérable d'un certain type qui est exercée. En ce qui concerne le caractère d'immutabilité, Hart remarque à juste titre « qu'il serait incompatible avec le rôle que joue la morale dans la vie de l'individu que les règles, principes et critères moraux soient considérés, à l'instar des règles de droit, comme pouvant faire l'objet d'une création ou d'une modification par

applicability since it involves not infringing expectations which conventional understanding lead us to have. » p. 51.

²⁵ H.L.A. HART, *op. cit.*, note 18, par. 170.

un acte délibéré »²⁶. Plusieurs courants en philosophie morale expliquent cette propriété de la règle morale par le fait que la morale est, par nature, quelque chose d'abstrait, « qui est « là », qu'il faut reconnaître et qui ne procède pas d'un choix humain délibéré »²⁷. Selon Hart, ce trait n'exclut pas la possibilité que « la promulgation ou l'abrogation d'une règle de droit puisse être l'une des causes de modification ou de désuétude d'un modèle moral »²⁸. En ce qui a trait à la propriété de la règle morale relative au caractère volontaire de la faute morale, cette caractéristique vise à illustrer la confusion entre l'idée d'excuse et de justification sur le plan de la responsabilité morale. Bien que le domaine de la morale soit essentiellement exclusif au comportement « interne », celui des remords, selon Hart, il ne s'ensuit pas l'idée que la morale ne soit pas également une forme de contrôle de la conduite extérieure au même titre que le droit²⁹. Finalement, la troisième propriété de la règle morale identifiée par Hart concerne le type de pression sociale exercée pour la maintenir. Le recours à la menace ou à la crainte d'un châtement à des fins de dissuasion ne suffit pas. Pour qu'une règle qui impose des obligations puisse être considérée comme faisant partie de la morale d'un groupe social, et l'obligation qui en découle d'obligation morale, il est nécessaire que la pression sociale exercée sur

²⁶ *Id.*, p. 212, par. 172.

²⁷ *Id.*, p. 213, par. 172.

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*, p. 215.

ceux qui s'en écartent ou menacent de s'en écarter fasse intervenir les sentiments de remords et de culpabilité³⁰ :

« En morale, par contre, la forme typique de pression consiste en un appel au respect des règles, en tant qu'elles sont intrinsèquement importantes, et en présumant que ce sentiment se trouve partagé par ceux à qui cet appel s'adresse. De sorte que la pression morale s'exerce essentiellement, [...] en rappelant le caractère moral de l'action projetée et en rappelant les exigences de la morale ».³¹

Ces traits dégagés permettent d'expliquer l'obligation morale. Selon Hart, il est caractéristique que des règles jugées importantes, voire nécessaires, au maintien de la vie sociale et soutenues par une grande pression sociale, soient conçues en termes d'obligation ou peut-être plus souvent de devoir. Il en va ainsi des règles qui restreignent la liberté de recourir à la force de même que des règles qui requièrent « l'honnêteté ou la vérité, qui exigent que l'on tienne ses promesses, ou qui précisent ce que doit accomplir celui qui remplit un rôle ou une fonction spécifique dans ce groupe social »³². Puisque la conduite requise par ces règles peut entrer en conflit avec ce que souhaite accomplir la personne qui est astreinte à ce devoir, les obligations et les devoirs sont « considérés comme impliquant de manière caractéristique un sacrifice ou une renonciation »³³.

Cependant, selon Hart, la morale conventionnelle d'un groupe donné ne comporte pas uniquement des obligations et des devoirs dont la reconnaissance se

³⁰ *Id.*, p. 217, par. 176.

³¹ *Id.*, p. 216, par. 176.

³² *Id.*, p. 112, par. 85.

³³ *Id.*

manifeste dans la pratique réelle des groupes sociaux : « Les obligations et les devoirs constituent uniquement les fondements de la morale, et encore seulement de la morale sociétaire; il existe, par contre, des formes de moralité qui dépassent les frontières de la morale que reconnaissent et partagent des sociétés particulières. »³⁴

Par exemple, Hart y inclut les idéaux moraux:

« Le héros et le saint sont les exemples extrêmes de ceux qui vont *au-delà* de leur devoir. Ce qu'ils accomplissent n'est pas, comme une obligation ou un devoir, quelque chose qu'on peut exiger d'eux et, s'ils ne le font pas, cette abstention n'est pas considérée comme un mal ou comme donnant lieu à un blâme. À un niveau plus modeste que le saint ou le héros se trouvent ceux que la société considère comme dignes d'éloges en raison des vertus morales dont ils font preuve dans la vie quotidienne, comme le courage, la charité, la bienveillance, la patience ou la chasteté. »³⁵

Les idéaux moraux servent de guide et invitent « à dépasser les limites du devoir pour aller dans le sens de l'intérêt d'autrui et du sacrifice sur le plan personnel »³⁶. Ils sont liés aux vertus morales telles que la bienveillance et la charité. D'autres vertus morales sont, en un sens, subordonnées, telles que la tempérance, la patience, le courage et la droiture. Elles constituent des « qualités de caractères que l'on manifeste dans une fidélité exceptionnelle à son devoir ou dans la poursuite de grands idéaux moraux, au moment où l'on se trouve exposé à une tentation pressante ou au danger »³⁷.

³⁴ *Id.*, p. 219, par. 178.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*, p. 219-220.

En somme, chez Hart, toutes les règles ou tous les standards de conduite communs ou partagés qui manifestent les quatre traits formels essentiels d'une règle morale font partie de la morale conventionnelle dans une société donnée. Ces traits ou ces propriétés appartiennent à la sociologie du droit. Comme on l'a dit précédemment, chez Hart, la morale conventionnelle est un phénomène social et l'identification des règles et des standards de conduite qui la composent doit procéder d'une approche sociologique. Toutefois, les méthodes sociologiques de la généralisation et de la théorie, basées sur l'observation, ne suffisent pas pour appréhender ce phénomène social. En effet, soutient Hart, cette approche purement externe, appelé le point de vue externe ou de l'observateur extérieur, c'est-à-dire, cette attitude de celui qui observe la vie d'une communauté et décrit les règles de conduite de ses membres, sans y participer et sans manifester une quelconque adhésion à ces règles³⁸, fait passer sous silence « toute une dimension de la vie sociale de ceux qu'il observe »³⁹. Cette dimension fondamentale de la vie sociale a trait au motif ou à la raison qui érige un modèle de comportement en une obligation :

« Pour ceux-ci, le feu rouge ne constitue pas seulement un signe de ce que les autres vont s'arrêter : ils le considèrent comme un signal qui leur est adressé de s'arrêter, et ainsi comme une raison de s'arrêter en conformité avec des règles qui érigent le fait de s'arrêter lorsque le feu est rouge en un modèle de comportement et en font une obligation. Cette remarque a pour effet de faire entrer en ligne de compte la façon dont le groupe considère son propre comportement. Elle consiste à se

³⁸ *Id.*, p. 87.

³⁹ *Id.*

référer à l'aspect interne des règles examinées de leur point de vue interne. »⁴⁰

Par conséquent, si nous voulons nous faire une idée réaliste de la morale sociétaire ou conventionnelle, nous devons également porter notre attention sur l'aspect interne de ce phénomène social. Ce point de vue interne ou herméneutique⁴¹ fait référence aux attitudes et au comportement de ceux qui acceptent volontairement les règles morales comme un modèle général de comportement. Il révèle une « attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun »⁴². Comme le précise Hart, « pour qu'une règle sociale existe, il faut qu'au moins certains d'entre eux considèrent le comportement en question comme un modèle général que doit observer le groupe dans son ensemble »⁴³. En ce sens, la règle morale, en tant que règle sociale, « possède un aspect interne, qui s'ajoute à l'aspect externe qu'elle partage avec l'habitude sociale »⁴⁴. Cet aspect externe, commun à la règle morale et à l'habitude sociale, réfère « aux attitudes et aux comportements qu'implique une pure obéissance ou un pur acquiescement et dont n'importe quel observateur pourrait prendre acte »⁴⁵.

⁴⁰ *Id.*, p. 115.

⁴¹ Le terme « herméneutique » provient du mot grec *hermeneia*, qui signifie « interprétation » et provient lui-même du dieu Hermès, intermédiaire (inter-prète) entre les dieux et les hommes.

⁴² H.L.A. HART, *op. cit.*, note 18, p. 130.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*, par. 56.

B. LA MORALE CRITIQUE

La morale critique désigne un point de vue moral à partir duquel les institutions sociales d'un groupe particulier, y compris sa morale conventionnelle, sont susceptibles d'être évaluées et critiquées. La morale critique est aussi dite normative ou substantielle, en ce sens qu'elle s'intéresse aux principes, critères ou normes morales permettant de déterminer ce qui est juste ou non, bien ou mal, et ce, à des fins d'évaluation et de justification d'une décision morale.

1. *Le point de vue moral*

Pour les théoriciens du point de vue moral comme Kurt Baier, le rôle des philosophes de la morale « is to give a perspicuous representation of what criteria we actually use in distinguishing good and bad reasoning in our actual moral lives. What criteria do we appeal to in deciding whether something is a good reason in ethics ? »⁴⁶. Selon Baier, nous pouvons identifier les critères appropriés du raisonnement moral « by carefully examining, in the live contexts of its use, paradigms of moral reasoning »⁴⁷. Afin de déterminer quels sont les bons arguments moraux, il est d'abord nécessaire de déterminer ce que signifie raisonner à partir d'un point de vue moral. Chez Baier, nous adoptons ce qu'il appelle un point de vue moral lorsque « we regard the rules belonging to the morality of the group as designed to

⁴⁶ Kai NIELSEN, « Moral Point of View Theories », (1999) 93 *Critica: revista hispanoamericana de filosofia* 105, p. 107.

⁴⁷ Kurt BAIER, *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, Ithaca (New York, USA), Cornell University Press, 1958, p. 122.

regulate the behaviour of people all of whom are to be treated as equally important « centers » of craving, impulses, needs, aims and aspirations; as people with ends of their own which are entitled *prima facie*, to be attained »⁴⁸. Si nous adoptons ce point de vue moral, nous pouvons, nous dit Baier, distinguer entre la délibération morale et les autres formes de délibération ainsi qu'entre les règles morales et les autres formes de règles sociales et établir des règles de différenciation et de priorité « which will enable us to sort out in moral conflicts where the weight of reason lies and what reasons are genuinely goods reasons for moral decisions and commitments »⁴⁹.

Le point de vue moral, selon Baier, est le point de vue « of an independent, unbiased, impartial, objective, dispassionate, disinterested observer »⁵⁰. Une conviction morale est justifiée, selon la morale critique de Baier « if and only if it is a conviction that would be agreed to by all who honestly take the Moral point of view and are clearheaded, logical and fully knowledgeable about the relevant kinds of facts »⁵¹. Il est ainsi possible de justifier, à l'aide du point de vue moral, certaines pratiques, règles et principes de la morale conventionnelle. De plus, les règles morales sont conçues pour le bien-être de tous et les principes moraux « are binding on everyone alike quite irrespective of what are the goals or purposes of the person in question »⁵². De ce point de vue moral, Baier identifie le principe d'égalité comme

⁴⁸ *Id.*, p. 123.

⁴⁹ K. NEILSEN, *loc cit.*, note 46, p. 107.

⁵⁰ K. BAIER, *op. cit.*, note 47, p. 210.

⁵¹ K. NEILSEN, *loc cit.*, note 46, p. 108.

⁵² K. BAIER, *op. cit.*, note 47, p. 195.

l'un de plus importants principes moraux qui permet de tester la morale conventionnelle :

« [I]f from the point of view of morality we look upon human beings as equally engaged in the pursuit of their legitimate interests, we would expect one of the principles by which we test group moralities to be this, that a genuine moral rule must be for the good of human beings. And, since, from the point of view of morality, all are to be regarded equally, we would expect that the rules should affect everyone alike ».⁵³

Pour plusieurs auteurs, ce que désigne Baier comme étant le point de vue moral en philosophie morale n'est que la « characterization of, broadly speaking, the liberal moral point of view of modern morality »⁵⁴. Revendiquer comme le fait Baier que « an attitude of equal respect for all persons or a belief in their having equal intrinsic worth (or having equal basic rights) »⁵⁵ est une condition nécessaire au point de vue moral démontre, selon eux, que ce dernier considère la morale comme étant « a restricted cluster of moralities and of liberal moralities preeminently and not of all those things and only those things that are moralities »⁵⁶.

⁵³ *Id.*, p. 126.

⁵⁴ Kai NIELSEN, *op.cit.*, note 45, p. 108. Voir également à ce sujet John Leslie MACKIE, « Critical Notice of *The Place of Reason in Ethics* », (1951) 29 *The Australasian Journal of Philosophy* 111, John Leslie MACKIE, *Contemporary Linguistic Philosophy: Its Strength and Weakness*, Otago (Nouvelle Zélande), University of Otago Press, 1956, David Hector MONRO, « Are Moral Problems Genuine? », (1956) 55 *Mind* 166, David Hector MONRO, « Critical Notice of Kurt Baier's *The Moral Point of View* », (1959) 37 *The Australasian Journal of Philosophy* 1.

⁵⁵ K. NIELSEN, *loc cit.*, note 46, p. 108.

⁵⁶ *Id.*, citant William K. FRANKENNA, « Moral-Point-of-View Theories » dans Normand BOWIE (dir.), *Ethical Theory*, Indianapolis (IN), Hackett Publishing, 1983, p. 39-79, p. 60.

À l'instar de Baier, Hart a également été un théoricien du point de vue moral⁵⁷. Chez lui, « not merely do both sort of morality [« positive » and « critical » morality] have a common reference to and concern with how we are to live together socially. They are both in the same way dependent on the attitudes people bring to bear on social conduct judged against standards for that conduct »⁵⁸. La morale critique chez Hart « brings under critical reflection our ways of passing judgement on behaviour and the – perhaps merely traditional – standards we use in doing so »⁵⁹. Selon Hart, la morale critique présuppose l'existence de critères formels et substantiels similaires à ceux de Baier. Pour Hart, les critères formels de la critique morale, ceux de rationalité et de généralité, supposent au moins deux critères substantiels. Premièrement, la critique que l'on peut reconnaître comme étant morale de « l'ordonnement du tout social »⁶⁰ ne devrait pas reposer sur des « croyances dont on peut démontrer le caractère erroné »⁶¹. Deuxièmement, « la protection contre les maux, que la morale assure de manière spécifique par le canal des actions et des

⁵⁷ John Rawls fait également partie de ces théoriciens du point de vue moral. La théorie du point de vue moral est critiquée. Pour le philosophe libéral Jeremy Waldron, cette distinction entre la morale positive et la morale critique n'est ni nécessaire, ni souhaitable :

« H.L. Hart once argued that the question of the enforcement of moral standards is a question in critical morality about the enforcement of the particular positive or conventional morality of the group. But that need not be so: the question of enforcement is likely to be an issue addressed at the level of positive morality as well. For whatever our modern mores are, they are anything but unsophisticated: they are complex, they are articulate, and they deal with issues at a number of different levels. So one does not have to embark on an allegedly liberal repudiation of our traditions and take off into abstraction in order to raise questions about whether this or that local standard should be enforced. It is part of our particular heritage to address moral questions in this reflective mode. »

⁵⁸ N. MACCORMICK, *op.cit.*, note 17, p. 50.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ H.L.A. HART, *op.cit.*, note 18, p. 220.

⁶¹ *Id.*

abstentions qu'elle impose, devrait s'étendre au moins à tous ceux qui sont capables, et qui acceptent spontanément, d'observer de telles restrictions »⁶². Pour Hart, la morale, à laquelle le droit doit se conformer pour être bon, doit viser des modèles rationnels, c'est-à-dire, des modèles qui « reposent sur des convictions rationnelles relatives à des questions de fait, et qu'ils considèrent tous les êtres humains comme ayant droit à une égale considération et à un égal respect » . Ces modèles rationnels font référence à des principes de justice selon lesquels « un système de justice doit considérer tous les êtres humains qui relèvent de son champ d'application comme ayant droit à certaines protections et libertés fondamentales »⁶⁴. Ces principes de justice sont, selon Hart, généralement acceptés comme énonçant un idéal d'une pertinence évidente dans la critique du droit ⁶⁵. Chez Hart, « la morale éclairée qui reconnaît ces droits possède un titre particulier à être considérée comme la morale vraie, et ne constitue pas seulement une morale parmi de nombreuses autres possibles »⁶⁶.

En plus de ce principe d'égalité, Hart reconnaît le principe de liberté. Dans *Are There Any Natural Rights?*⁶⁷, Hart affirme « [...]If there are any moral rights at

⁶² *Id.*, p. 246.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ (1955) 64 *Philosophical Review* 175.

all, it follows that there is at least one natural right, the equal rights of all men to be free »⁶⁸. Hart ajoute ce qui suit:

« [I]n the absence of certain special conditions which are consistent with the right being an equal right, any adult human being capable of choice (I) has the right to forbearance on the part of all others from the use of coercion or restraint and (II) is at liberty to do any action which is not one coercing or restraining or design to injure other persons. »

La critique de la société, y compris la morale qui s'y trouve admise, peut également être justifiée à la lumière d'autres valeurs telles que l'égalité sociale et économique et la sécurité:

« Évidemment, ce n'est pas sous prétexte que la critique de la morale communément admise ou d'autres formes d'ordonnement social, faite au nom de la liberté ou de l'égalité, est reconnue elle-même comme étant une critique morale, que le rejet de cette critique au nom d'autres valeurs ne peut pas revêtir aussi un caractère moral. La dénonciation d'une restriction de la liberté peut se voir opposer la thèse selon laquelle le fait de sacrifier la liberté à l'égalité sociale ou économique ou encore à la sécurité était lui-même justifié. »⁷⁰

Cette conception du point de vue moral diffère de celui auquel adhèrent certaines théories de la morale critique qui postulent que la morale conventionnelle doit, pour être véritablement morale, répondre à des critères abstraits dont les fondements sont conçus comme indépendants de la morale conventionnelle.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ H.L.A. HART, *op.cit.*, note 18, p. 220-221, par. 178-179.

2. *La morale découverte*

La morale religieuse et la tradition du droit naturel classique, fondées sur un ensemble de valeurs morales d'origine divine ou issues de la Révélation, sont des exemples de ces théories morales critiques qui conçoivent les principes moraux en faisant abstraction de la morale conventionnelle. Dans la tradition thomiste du droit naturel, la morale est un ensemble de principes de morale ou de justice authentique qui, malgré leur origine divine, sont accessibles à la raison sans l'aide de la Révélation. Pour Thomas d'Aquin, la morale se fonde sur la nature humaine. Les lois de la nature sont généralement conçues en termes de normes morales objectives transcendantes, inférées d'un bien ultime universel déterminé par la nature humaine (*summum bonum*) perceptible par la raison. C'est en vertu de ces normes morales objectives que le droit positif et les pratiques morales peuvent être jugées et critiquées. Autrement dit, les lois de la nature, qui contrôlent la vie et les comportements humains, sont des finalités ontologiques inscrites dans la nature humaine: « Tout ce vers quoi l'homme est incliné par nature relève de la loi naturelle; et il est propre à l'homme d'être incliné à agir selon la raison. »⁷¹ Thomas d'Aquin précise que « la loi de nature est identique pour tous dans ses premiers principes généraux, tout autant selon sa rectitude objective que selon la connaissance qu'on

⁷¹ Thomas D'AQUIN, *La somme théologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1984-1986, Question 94, art. 4: La loi naturelle est-elle unique chez tous ?

peut en avoir »⁷². De plus, la Loi de la nature est absolument immuable quant à ses principes premiers :

« [...]Mais de même que l'être est en tout premier lieu objet de connaissance proprement dite, de même le bien est la première notion saisie par la raison pratique qui est ordonnée à l'action. En effet, tout ce qui agit le fait en vue d'une fin qui a raison de bien. C'est pourquoi le principe premier de la raison pratique est celui qui se fonde sur la raison de bien, et qui est : Le bien est ce que tous les êtres désirent. C'est donc le premier précepte de la loi qu'il faut faire et rechercher le bien, et éviter le mal. C'est sur cet axiome que se fondent tous les autres préceptes de la loi naturelle : c'est dire que tout ce qu'il faut faire ou éviter relève des préceptes de la loi naturelle; et la raison pratique les envisage naturellement comme des biens humains.

Mais parce que le bien a raison de fins, et le mal raison du contraire, il s'ensuit que l'esprit humain saisit comme des biens, et par suite comme dignes d'être réalisées toutes les choses auxquelles l'homme se sent porté naturellement; en revanche, il envisage comme des maux à éviter les choses opposées aux précédentes. C'est selon l'ordre même des préceptes de la loi naturelle. En effet, l'homme se sent d'abord attiré à rechercher le bien correspondant à sa nature, en quoi il est semblable à toutes les autres substances, en ce sens que toute substance recherche la conservation de son être, selon sa nature propre. Selon cette inclination, ce qui assure la conservation humaine et tout ce qui empêche le contraire, relèvent de la loi naturelle. »⁷³

Dans cette catégorie de théories morales, on oppose aux théories du droit naturel les théories de type conséquentialiste. On désigne par conséquentialisme l'ensemble des théories morales qui fondent ses principes moraux sur une norme issue de l'observation et de l'expérience. Le philosophe conséquentialiste affirme que ce sont les conséquences d'une action donnée qui constituent le fondement de tout jugement moral. Ainsi, d'un point de vue conséquentialiste, une action moralement

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*, Question 94, art. 2 : Quels sont les préceptes de la loi naturelle?

juste est une action dont les conséquences sont bonnes. La théorie conséquentialiste la plus connue est l'utilitarisme. La théorie morale utilitariste est une théorie de la maximisation du bien-être et du plaisir. La maximisation du bonheur individuel, exprimée par le surplus de plaisir sur la peine, se détermine grâce à une méthode scientifique permettant de mesurer, à l'aide de certains critères, la quantité de plaisir et de peine générée par nos diverses actions. Le raisonnement moral de type utilitariste commence donc non pas par les règles morales, mais par les fins. Les utilitaristes évaluent les actions en fonction de la manière dont elles favorisent leur réalisation⁷⁴. L'utilitarisme classique de Bentham, par exemple, entendait juger de la moralité ou non de toute action, individuelle ou gouvernementale, « par la tendance qu'elle semble présenter d'augmenter ou de diminuer le bonheur de celui ou de ceux dont l'intérêt est en jeu »⁷⁵. Selon Bentham, le fondement de la morale repose sur le principe selon lequel les individus ne conçoivent leurs intérêts que sous le rapport du plaisir et de la peine : « La nature a placé l'humanité sous l'égide de deux maîtres souverains, la *peine* et le *plaisir*. C'est à eux seuls d'indiquer ce que nous devons faire aussi bien que de déterminer ce que nous ferons. »⁷⁶ John Stuart Mill est l'une des grandes figures de l'utilitarisme.

⁷⁴ Peter SINGER, *Questions d'éthique pratique*, trad. par Max MARCUZZI, Paris, Bayard Éditions, 1997, p. 15.

⁷⁵ Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals*, 1789, trad. par Jean-Pierre CLÉRO dans Catherine AUDARD, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, t. 1, Paris, PUF, 1999, p. 202.

⁷⁶ *Id.*, p. 201 :

« À leur trône, sont fixés, d'un côté, la norme du bien et du mal, de l'autre, l'enchaînement des causes et des effets. Ils nous gouvernent dans tout ce que nous faisons, dans tout ce que nous disons, dans tout ce que nous pensons : tout effort que

À l'opposé, l'on retrouve les théories déontologistes qui portent leur regard sur les types d'actions plutôt que sur les conséquences particulières de ces actions. Un déontologiste affirme que certaines actions sont immorales par nature et que nous devrions suivre nos règles morales quelles qu'en soient les conséquences. Chez Kant, par exemple, le concept de justice est antérieur au bien. La philosophie kantienne soutient que les lois morales sont des « impératifs catégoriques », c'est-à-dire des « lois sans exception » auxquelles on doit obéir inconditionnellement. L'un des impératifs catégoriques de Kant le plus connu est : « Agis de façon telle que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans tout autre toujours en même temps comme fin, et jamais simplement comme moyen. »⁷⁷ La conception kantienne de la morale gravite autour du concept de l'autonomie du sujet moral. L'autonomie de la volonté, en tant que « principe de la dignité de la nature humaine et de toute nature raisonnable »⁷⁸, est le principe suprême de la moralité. Les lois morales, chez Kant, peuvent être partagées par tous, au-delà des convictions, des valeurs et des croyances de chacun. Les fondements de cette morale universelle ne reposent pas sur une vérité supérieure, d'origine divine ou révélée à l'homme, mais plutôt sur les principes de la raison pratique. Chez Kant, seules les actions dont la maxime sera conforme à ce principe seront morales. Il n'y a pas ici de fin instrumentale, l'impératif catégorique s'impose de lui-même sans autre justification. C'est dans cette perspective kantienne que se situe toute une série de philosophes libéraux contemporains tel que Rawls.

nous pouvons faire pour secouer le joug ne servira jamais qu'à le démontrer et à le confirmer. »

⁷⁷ Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Delagrave, 1969, p. 40.

⁷⁸ *Id.*, p. 46.

3. *La morale constructive et interprétative*

Certaines théories de la philosophie morale critique qui établissent des critères substantiels auxquels doivent satisfaire les règles de la morale conventionnelle sont dites constructives et interprétatives. La source de la normativité qui se dégage de ces théories morales n'est pas celle d'un point de vue abstrait, surplombant, situé hors de notre monde, indépendant de la morale conventionnelle. Elle surgit de ce monde moral, par un processus de construction ou d'interprétation. Parmi ces théories qui adoptent un point de vue largement inspiré de l'herméneutique⁷⁹, on distingue celles qui font appel à ce qu'il est convenu de nommer l'équilibre réfléchi large (ERL) et celles qui adoptent la voie de l'interprétation. Tentons, à présent, de distinguer brièvement en quoi consistent ces deux méthodes.

a) **La morale constructive**

L'ERL est une technique d'explication et de justification de nos jugements moraux introduite par le philosophe John Rawls dans *Theorie de la justice*⁸⁰. Selon cette méthode, le point de départ de la réflexion morale est la *Sittlichkeit*, cet ensemble de normes qui sont, culturellement parlant, profondément enracinées et qui sont indissociables de notre réseau d'institutions⁸¹. Ces normes particulières, qu'après mûre réflexion nous refuserions de nier, sont ce que John Rawls appelle nos

⁷⁹ Le terme «herméneutique» provient du mot grec *hermeneia* qui signifie «interprétation».

⁸⁰ John RAWLS, *Theorie de la justice*, trad. par Catherine AUDARD, Paris, Seuil, 1997.

⁸¹ Kai NEILSEN, « À la recherche d'une perspective émancipatrice: l'équilibre réfléchi large et le cercle herméneutique », dans Jocelyne COUTURE (dir.), *Éthique et rationalité*, Liège, Pierre Mardaga, 1992, p. 53.

jugements ou nos convictions bien pesés. Ce sont des jugements « sur lesquels nous sommes certains de ne jamais revenir, comme lorsque Lincoln déclare : « Si l'esclavage n'est pas un tort alors rien ne l'est ». ⁸² Bien souvent, ces jugements les plus fermes reposent non seulement sur les droits et les obligations mais sur des considérations déontologiques ou téléologiques, c'est-à-dire sur des truismes moraux tels que : le plaisir est bon et la douleur mauvaise . Le point de départ de l'ERL n'est donc pas le « point de vue de nulle part » ou celui d'êtres « nouménaux purement rationnels sans attaches locales ou culturelles » ⁸⁴:

« Si nous cherchons à adopter, vis-à-vis de nos convictions morales bien pesées et nos conceptions morales et intellectuelles globales, l'optique propre à une époque et à un lieu radicalement différents, nous sommes voués à l'échec. [...] nous sommes les enfants de la modernité et nous sommes profondément influencés par ses conditionnements et ses consensus dominants ». ⁸⁵

Pour que nos croyances ou nos jugements soient « bien pesés », dans le sens où John Rawls l'entend, ils doivent être émis dans des conditions « favorables à l'exercice de nos facultés de raison et de notre sens de la justice » ⁸⁶, c'est-à-dire « lorsque notre capacité de jugement a toutes les chances d'avoir été pleinement exercée et de n'avoir pas été affectée par des influences qui pourraient la fausser » ⁸⁷. Lorsque ses conditions favorables sont présentes, notre croyance, notre conviction ou

⁸² John RAWLS, *La justice comme équité : une reformulation de Théorie de la Justice*, Montréal, Boréal, 2003, p.53.

⁸³ K. NEILSEN, *op. cit.*, note 81, p. 56.

⁸⁴ *Id.*, p. 55.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ J. RAWLS, *op. cit.*, note 82, p. 53.

⁸⁷ *Id.*

notre jugement moral présente certaines garanties. Comme le précise Rawls, « [L]es fonctions de juge et d'arbitre sont conçues de manière à inclure des conditions qui encouragent l'exercice des vertus judiciaires, comme l'impartialité et le discernement, de manière à ce qu'on puisse considérer que les verdicts de ces personnes s'approchent de jugements bien pesés, dans la mesure du possible »⁸⁸.

Pour John Rawls, ce modèle de l'ERL est non seulement un point de départ approprié pour la réflexion morale, mais aussi une entreprise de justification de principes moraux plus généraux comme les principes de justice. L'idée centrale de l'ERL est que nous testons les différents éléments d'un système de croyances morales en cherchant à les rendre cohérents entre eux, c'est-à-dire en cherchant des principes plus généraux ou plus abstraits susceptibles d'exprimer ce que ces croyances ont en commun. Cet exercice suppose un processus d'ajustement mutuel — une mise en équilibre — des principes et des croyances au terme duquel certaines croyances devront être abandonnées ou, à tout le moins, révisées.

C'est en ce sens que l'ERL adopte, à partir de nos jugements bien considérés les plus fermes, un modèle cohérentiste de la justification et de la rationalisation pour tenter de faire entrer les jugements bien pesés dans un ERL⁸⁹. La justification d'une thèse selon laquelle nous avons un point de vue moral donné « relève de l'appui réciproque que se portent plusieurs considérations, de leur agencement en une

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ K. NIELSEN, *op. cit.*, note 81, p. 54.

conception cohérente »⁹⁰. Notre sens de ce qui est correct et de ce qui ne l'est pas, de ce qui est bon et de ce qui est mauvais peut, bien qu'il repose d'abord sur la tradition et un certain consensus, « subir des changements importants commandés par le raisonnement critique et l'enquête menée à la lumière de nos convictions bien pesées »⁹¹. En effet, selon les théories de la philosophie morale qui adhèrent à l'ERL, « l'agent moral réfléchi qui part d'une *Sittlichkeit* distinctive peut rejeter, et rejettera de fait, certains éléments, voire des blocs entiers de ces normes institutionnelles, ou il remodelera certaines de ces normes qui lui sont culturellement données, ou encore, peut-être, en forgera-t-il de nouvelles »⁹². Toutefois, il ne pourrait « rejeter de manière cohérente l'ensemble entier des normes institutionnelles qui prévalent dans le monde-vécu où il est parvenu à la conscience ou encore s'en abstraire pour repartir à zéro »⁹³.

Conformément à la tradition des Lumières, cette méthode de raisonnement en matière de morale suppose que nous accédions à une morale universelle, c'est-à-dire, une morale qui se situe au-delà de « l'opinion reçue ». Kai Nielsen résume de la façon suivante la technique de l'ERL :

« En tant que théorie cohérentiste de la justification et du raisonnement moral, l'ERL vise « à établir et à donner une représentation adéquate de la cohérence entre 1) nos convictions morales bien pesées; 2) un ensemble ou à tout le moins un groupe de principes moraux et 3) un ensemble ou une groupe de théories qui

⁹⁰ RAWLS (1971), p. 21, 579 cité dans K. Nielsen, *op. cit.*, note 81, p. 59.

⁹¹ K. NIELSEN, *op. cit.*, note 81, p. 59.

⁹² *Id.*, p. 53.

⁹³ *Id.*

forment leur arrière-fond, à commencer par des théories morales et des théories sociales parmi lesquelles figureront certainement des théories empiriques portant sur notre univers social et sur la manière dont nous, humains, y fonctionnons ».⁹⁴

Il est intéressant de souligner que cette approche cohérentiste de la justification avait été anticipée par Hart dans son célèbre ouvrage *Le concept du droit*. Dans cet ouvrage, ce philosophe libéral identifiait les principes moraux comme étant des principes rationnels « qui sont reconnus universellement et qui trouvent leur fondement dans des vérités élémentaires relatives aux êtres humains, à leur environnement naturel et à leurs but »⁹⁵. Comme l'explique MacCormick à propos de cet aspect du concept de droit chez Hart: « [R]ationality of principles, in addition to their formal properties of universality and generality, requires that they be geared to some coherent scheme of values. Principles which seem attractive but which on careful consideration turn out to be inimical to our real values ought to be rejected by any rational person. »⁹⁷ Ces principes rationnels qui forment le contenu minimum du droit naturel font référence chez Hart à des valeurs et idéaux qui ne peuvent être démontrés empiriquement⁹⁸. Par exemple, il n'est pas possible de démontrer concrètement que la conservation de l'espèce humaine est un bien en soi :

« La raison en est que la conservation ne consiste pas simplement en ce qu'une accablante majorité d'hommes désire vivre, même au prix d'une misère affreuse, mais en ce qu'elle se retrouve dans toute la

⁹⁴ *Id.*, p. 54.

⁹⁵ H.L.A. HART, *op.cit.*, note 18.

⁹⁶ *Id.*, p. 232.

⁹⁷ N. MACCORMICK, *op. cit.*, note 17, p. 49.

⁹⁸ H.L.A. Hart, *op. cit.*, note 18, p. 231.

structure de notre pensée et du langage que nous utilisons pour décrire le monde et pour nous décrire les uns les autres. Nous ne pourrions supprimer le désir largement répandu de vivre, sans altérer des concepts comme ceux de danger et sécurité, préjudice et bénéfice, besoin et fonction, maladie et guérison; ces concepts permettent en effet à la fois de décrire et de juger des choses en se référant à leur contribution à la conservation, considérer comme un but ». ⁹⁹

Le fondement de ces valeurs morales chez Hart « are whatever human beings hold to as the underpinning reasons behind more immediate reasons for acting, for approving action, and for preferring certain ways of acting and states of affairs to others. They are as such not necessarily themselves backed by further or ulterior reasons? » ¹⁰⁰. Ces principes moraux, à la fois généraux et rationnels, peuvent être ordonnés de façon cohérente afin de permettre de juger de la vérité ou de la fausseté de telle ou telle morale conventionnelle et de critiquer la société et ses institutions, y compris son droit. La morale critique chez Hart « seeks to exhibit and lay bare the value assumptions implicit in positive morality, to reassess these and render them coherent and thus to develop critical principles by reference to which we can reappraise and re-orient our ordinary day to day judgements and standards of judgement » ¹⁰¹. Par conséquent, la tâche d'un critique en matière de morale est de travailler « over conceptions of values and trying to gain a coherent view of them » ¹⁰².

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ N. MACCORMICK, *op. cit.*, note 17, p. 48.

¹⁰¹ *Id.*, p. 50.

¹⁰² *Id.*, p. 54.

Ces théories qui font appel à l'ERL sont maintenant de plus en plus nombreuses. Par exemple, Ronald Dworkin a adopté l'approche de l'ERL de Rawls comme méthodologie sous-jacente à l'élaboration de sa conception de la moralité¹⁰³.

b) La morale interprétative

Les communautariens réfutent l'utilité de la distinction entre la morale conventionnelle et la morale critique conçue comme indépendante de la morale conventionnelle. Comme le soutient Jeremy Waldron, plusieurs philosophes communautariens radicaux prétendent même « [...] that there is something fundamentally misconceived about measuring the moral culture of a particular community against any set of abstract standards, whether those standards ascribe importance to communal values or not »¹⁰⁴. Il ajoute ce qui suit:

« The fissure in modern social thought, they say, is not merely between individualist values and communitarian ones; it is between particularity and abstraction – the concrete reality of the norms of a given society and the abstract principles with which liberals purport to evaluate them ».¹⁰⁵

Le communautarien Michaël Walzer est certainement l'un des représentants le plus influent de ce courant de pensée qui conçoit la morale en termes d'interprétation.

¹⁰³ Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Marie-Jeanne ROSSIGNOL et Frédéric LIMARE, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 239-278.

¹⁰⁴ Jeremy WALDRON, « Particular Values and Critical Morality », (1989) 77 *California Law Review* 561, p. 562.

¹⁰⁵ *Id.*

Walzer est un pluraliste. Dans *Sphères de Justice*¹⁰⁶, cet auteur s'oppose résolument à la quête d'une morale critique univoque, universelle et partagée par tous. Les raisons et les valeurs qui nous font agir sont multiples et ne sont forcément pas cohérentes entre elles.

Dans *Critique et sens commun : Essai sur la critique sociale et son interprétation*¹⁰⁷, Walzer résume magnifiquement les principales approches de la morale critique, que nous avons vues précédemment, et qu'il appelle la voie de la découverte et la voie de l'invention. La voie de la découverte en philosophie morale est celle qui, selon Walzer, caractérise le mieux la morale religieuse, la tradition du droit naturel classique et la philosophie morale utilitariste. Le monde moral est découvert comme le serait un nouveau continent. Le chef religieux ou le philosophe qui nous révèle l'existence des lois divines ou naturelles ou d'un ensemble de vérités morales objectives est semblable au navigateur qui nous apporte la bonne nouvelle de ses découvertes. Les commandements divins, les lois naturelles et les vérités morales objectives de ce monde moral apparaissent « quand le philosophe quitte sa position sociale pour se retirer dans son for intérieur »¹⁰⁸ ou comme le dit Nagel, lorsqu'il abandonne son propre point de vue et regarde le monde en « l'absence d'un point de vue particulier »¹⁰⁹. Les valeurs et les principes moraux objectifs que le philosophe

¹⁰⁶ Michaël WALZER, *Sphères de justice – une défense du pluralisme et de l'égalité*, Seuil, La couleur des idées, Paris, 1997.

¹⁰⁷ Michaël WALZER, *Critique et sens commun : Essai sur la critique sociale et son interprétation*, Paris, La Découverte, 1990.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 14.

¹⁰⁹ *Id.*, citant Thomas NAGEL, « The Limits of Objectivity », in *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 1, Salt Lake City, Utah University Press, 1980, p. 83.

découvre de ce point de vue moral sont, pour reprendre les termes de Walzer, des principes et des valeurs critiques qui « se tiennent à quelque distance des opinions et des pratiques de chez nous »¹¹⁰.

La voie de l'invention morale est celle qu'empruntent les philosophes qui adhèrent aux théories constructivistes de la philosophie morale. Comme l'explique Walzer, les philosophes qui empruntent le chemin de l'invention morale tentent de dégager ou de construire des principes critiques à partir des morales sociales existantes. Pour ce faire, ils se réfèrent à leur « propre compréhension morale, [leur] conscience réflexive du principe, tout en essayant de filtrer, et même de dénuder entièrement ce principe de tout sentiment d'ambition ou d'avantages personnels »¹¹¹. Comme l'explique Walzer, cette méthode en est une de « soustraction épistémologique » qui fonctionne chez Rawls comme un « procédé de présentation »¹¹² : « Ainsi abandonnons-nous toute connaissance de notre position dans la société, de nos liens et de nos engagements privés, mais cette fois-ci, pas des valeurs (comme la liberté et l'égalité) que nous partageons. »¹¹³ Pour les philosophes de l'invention, la philosophie morale est une réflexion critique sur notre monde moral dans le but de corriger nos intuitions en référence au modèle que nous avons construit

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*, p. 26–27.

¹¹² *Id.*, p. 27. Citant Rawls, « Justice as Fairness : Political Not Metaphysical », (1985) 14.3 *Philosophy and Public Affairs* 236, trad. française de Catherine AUDARD, « La théorie de justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique », dans *Individu et justice sociale : autour de John Rawls*, textes réunis par Catherine AUDARD et al., Paris, Le Seuil, 1988, p. 294.

¹¹³ *Id.*

à partir de ces mêmes intuitions¹¹⁴ : « nous ne cessons dans les deux cas d'osciller entre l'immédiateté morale et l'abstraction morale, entre une compréhension intuitive et une compréhension réflexive. »¹¹⁵ En ce faisant, ce que nous cherchons à comprendre ce sont nos propres principes et nos propres valeurs et comment notre compréhension de ces principes et valeurs acquiert une force critique. Ce projet est aussi celui des philosophes de l'interprétation.

Dans son texte, Walzer prend position en faveur d'une approche en philosophie morale qu'il appelle la voie interprétative. Selon lui, cette voie est celle qui rend le mieux compte de l'expérience du raisonnement moral parce que « les réponses aux questions morales trouvent matière à être élaborées au sein d'une tradition de discours moral ». Pour Walzer, le monde moral fait autorité « car il nous fournit tout ce qu'il faut pour mener une vie morale, y compris la capacité de réflexion et de critique »¹¹⁶ :

« Quand nous raisonnons, nous ne faisons que résumer la morale effectivement existante. Cette morale fait pour nous autorité car c'est seulement en vertu de son existence que nous existons nous-mêmes comme êtres moraux. Nos catégories, nos relations, nos engagements et nos aspirations sont tous façonnés par cette morale existante et exprimés dans ses termes. »¹¹⁷

Selon la voie de l'interprétation, les critères qui nous permettent de juger ou de critiquer le monde moral ne sont ni externes au philosophe, ni universels : « La

¹¹⁴ *Id.*, p. 28.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ M. WALZER, *op. cit.*, note 106, p. 32-33.

¹¹⁷ *Id.*

critique de l'existence commence [...] à partir de principes internes à l'existence elle-même. »¹¹⁸ Pour Walzer, les faits moraux ont besoin « d'être lus, traduits, construits, commentés, élucidés et pas simplement décrits »¹¹⁹. Selon cette voie de la philosophie morale, nous sommes tous des « interprètes de la morale que nous partageons »¹²⁰. Cela ne signifie pas que « la meilleure interprétation soit la somme de toutes les autres »¹²¹. La voie de l'interprétation « confirmera parfois et parfois défiera l'opinion reçue »¹²². Et, ajoute Walzer, « si nous sommes en désaccord tant avec cette confirmation qu'avec ce défi, il n'y a pas d'autres recours que le recours au « texte – les valeurs, les principes, les codes et les conventions qui constituent le monde moral – et aux « lecteurs » de ce texte »¹²³. Car, la morale « est quelque chose dont il nous faut débattre »¹²⁴. La délibération morale « implique une possession commune, mais cette possession commune n'est pas un consensus. Il y a une tradition, un corps de connaissances morales; et il y a ces sages qui discutent. Il n'y a rien d'autre »¹²⁵.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*, p. 42.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.*, p. 42-43.

¹²⁴ *Id.*, p. 45.

¹²⁵ *Id.*

III. DEUXIÈME PARTIE : LE MORALISME JURIDIQUE

La deuxième partie de ce mémoire examine la thèse qu'il convient d'appeler le moralisme juridique. Dans un premier temps, nous abordons le contexte historique dans lequel s'inscrit la résurgence de ce point de vue en philosophie du droit et en philosophie politique selon lequel « the enforcement of sexual morality is a proper part of the law's business »¹²⁶. La version du moralisme juridique qui nous intéresse est celle du magistrat britannique Lord Devlin, élaborée en réponse aux conclusions du rapport Wolfenden¹²⁷ en faveur de la décriminalisation des pratiques homosexuelles entre adultes consentants. Nous décrivons brièvement l'argumentation présentée par Lord Devlin et les critiques des philosophes du droit les plus influents de la deuxième moitié du XXe siècle : Ronald Dworkin et Herbert L.A. Hart. Le but de cette partie est de voir, à la lumière des outils de la morale critique ou normative, quels sont, selon Hart et Dworkin, les principes, critères ou normes moraux qui permettent de déterminer si un jugement moral sur la décriminalisation de certaines pratiques sexuelles est bon ou non, juste ou injuste.

A. LE CONTEXTE HISTORIQUE

Le développement du droit a été, de tous temps et en tous lieux, intimement lié à la morale conventionnelle. Encore aujourd'hui, le droit de tout État contemporain manifeste de plusieurs façons l'influence de la morale sociétale soit par

¹²⁶ H.L.A. HART, *op. cit.*, note 18, p. 6.

¹²⁷ ROYAUME-UNI, *The Wolfenden Report : Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, New York, Stein and Day, 1963, ci-après le « rapport Wolfenden ».

le canal de la législation, soit par le processus d'élaboration de la décision judiciaire. L'influence de la morale sur le droit est un sujet de controverse en philosophie du droit et en philosophie politique depuis la publication, en 1859, du célèbre ouvrage *De la liberté*¹²⁸ par le plus influent philosophe britannique du XIXe siècle, John Stuart Mill.

1. Le principe du préjudice de Mill

Dans *De la liberté*, Mill défend un principe simple « fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu dans tout ce qui est contrainte ou contrôle, que les moyens utilisés soient la force physique par le biais de sanctions pénales ou la contrainte morale exercée par l'opinion publique »¹²⁹. Ce principe critique veut que la seule justification pour interférer avec la liberté individuelle soit de prévenir un préjudice à autrui. Mill ajoute que la contrainte de quiconque « pour son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante »¹³⁰. « Un homme ne peut pas être légitimement contraint d'agir ou de s'abstenir sous prétexte que ce serait meilleur pour lui, que cela le rendrait plus heureux ou que, dans l'opinion des autres, agir ainsi serait sage ou même juste. »¹³¹

¹²⁸ John Stuart MILL, *De la liberté*, trad. par Laurence LENGLET, Paris, Gallimard, 1990.

¹²⁹ *Id.*, p. 74.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

Le principe du préjudice de Mill permettant de justifier l'exercice du pouvoir coercitif de l'État se définit donc en fonction des seuls intérêts d'autrui qui puissent être considérés comme des droits tacitement ou expressément reconnus:

« [...] Le fait seul de vivre en société impose à chacun une certaine ligne de conduite envers autrui. Cette conduite consiste premièrement, à ne pas nuire aux intérêts d'autrui, ou plutôt à certains de ces intérêts qui, soit par disposition expresse légale, soit par accord tacite, doivent être considérés comme des droits ».¹³²

Avec ce principe critique, Mill entend triompher des contraintes normatives et collectives qu'il appelle « la tyrannie de l'opinion et du sentiment dominants ¹³³ » ou cette « tendance de la société à imposer, par d'autres moyens que les sanctions pénales, ses propres idées et ses propres pratiques comme règles de conduite à ceux qui ne seraient pas de son avis »¹³⁴.

Mill considère l'utilité comme le « critère absolu dans toute question éthique ¹³⁵ ». Toutefois, il précise que ce critère doit être compris dans son sens le plus large, c'est-à-dire comme étant fondé sur « les intérêts permanents de l'homme en tant qu'être susceptible de progrès »¹³⁶. En effet, le principe critique de Mill repose sur la conviction ou la valeur de « l'individualité ». Le libre développement de « l'individualité » est pour Mill un principe essentiel du bien-être et la condition nécessaire à tout ce qu'on désigne par civilisation, instruction, éducation ou

¹³² *Id.*, p. 177.

¹³³ *Id.*, p. 67.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.*, p. 76.

¹³⁶ *Id.*

culture¹³⁷. Seul l'entretien de cette « individualité » de choix sur notre mode de vie et nos préférences et d'affirmation de nos droits peut « produire des êtres humains bien développés »¹³⁸.

Sur le plan pratique, le principe du préjudice à autrui dégagé par Mill n'entend s'appliquer qu'aux êtres humains dans la maturité de leurs facultés. Par conséquent, le principe du préjudice à autrui s'oppose à l'intervention étatique, soit par la force physique, soit par le biais de la sanction pénale, pour protéger les victimes consensuelles contre un préjudice physique. Par contre, le principe du préjudice permet les interventions paternalistes de l'État pour protéger ceux et celles qui sont incapables de prendre des décisions réfléchies relatives à leur meilleur intérêt. En ce qui concerne les conduites tolérées que l'État « estime contraires aux intérêts les plus précieux de l'agent ¹³⁹», telle que l'ivresse, Mill envisage la possibilité pour l'État de les décourager indirectement en recourant à la taxation ou à la réglementation¹⁴⁰. Pour les conduites individuelles, qui sont nuisibles aux autres ou qui ne prennent pas suffisamment en compte « leur bien-être, sans pour autant violer aucun de leurs droits constitués ¹⁴¹», Mill est d'avis que « le coupable peut alors être justement puni par l'opinion, mais non par la loi »¹⁴². En ce qui concerne l'éducation, Mill admet que

¹³⁷ *Id.*, p. 147.

¹³⁸ *Id.*, p. 158.

¹³⁹ *Id.*, p. 218.

¹⁴⁰ *Id.*, p. 218 et suiv.

¹⁴¹ *Id.*, p. 177.

¹⁴² *Id.*

l'État doit l'exiger et l'imposer aux jeunes citoyens jusqu'à un certain niveau¹⁴³. Dans un langage empreint de modernité, Mill affirme que « [t]outes les tentatives de l'État pour fausser les conclusions de ses citoyens sur les questions controversées sont mauvaises ; mais l'État peut parfaitement proposer de garantir et de certifier qu'une personne possède le savoir requis pour tirer elle-même des conclusions dignes d'intérêt » . Dans son essai sur le principe de liberté, Mill juge même que les lois qui interdisent le mariage aux couples qui n'ont pas les moyens de nourrir une famille « n'outrepassent pas le pouvoir légitime de l'État »¹⁴⁵.

La pensée de Mill que nous venons de décrire de façon succincte a orienté le débat contemporain concernant l'influence légitime de la morale conventionnelle sur le droit. Le débat actuel sur cette question prend naissance dans l'Angleterre des années 50, à une époque caractérisée par la libéralisation du droit criminel. C'est dans ce contexte historique que se situe la publication du rapport aujourd'hui légendaire de la Commission Wolfenden.

2. *Le rapport Wolfenden*

En 1954, en Angleterre, un Comité spécial dirigé par John Wolfenden est chargé de rédiger un rapport sur le bien-fondé d'interdictions criminelles en matière de pratiques homosexuelles et de prostitution. Ce rapport Wolfenden recommande la légalisation des pratiques homosexuelles entre adultes consentants ainsi que la

¹⁴³ *Id.*, p. 225 et suiv.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 229.

¹⁴⁵ *Id.*, p. 230.

prostitution lorsqu'exercées en privé parce que « [i]t is not the duty of the law to concern itself with immorality as such »¹⁴⁶.

Le principe de morale critique au soutien des conclusions du rapport résume la conception de la fonction du droit criminel défendu par le rapport Wolfenden. Selon ce point de vue, la fonction du droit criminel :

« [...] is to preserve public order and decency, to protect the citizens from what is offensive or injurious and to provide sufficient safeguards against exploitation or corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind or inexperienced, or in a state of special physical, official or economic dependence.

It is not, in our view, the function of the law to intervene in the private lives of citizens, or to seek to enforce any particular pattern of behaviour, further than is necessary to carry out the purposes we have outlined. »¹⁴⁷

La justification de ce principe de morale critique au soutien des conclusions des commissaires de la Commission Wolfenden est le suivant :

« The importance which society and the law ought to give to individual freedom of choice and action in matters of private morality. Unless a deliberate attempt is to be made by society, acting through the agency of the law, to equate the sphere of crime with that of sin, there must remain a realm of private morality which is, in brief and crude terms, not the law's business. »¹⁴⁸

¹⁴⁶ Le rapport Wolfenden, *op. cit.*, note 127, par. 257.

¹⁴⁷ *Id.*, p. 23-24, par. 13-14.

¹⁴⁸ *Id.*, par. 62.

Pour établir si une conduite particulière relève du domaine public ou ressort du domaine privé, et par conséquent pour définir les limites à la légitimité du pouvoir coercitif en matière de moralité, il s'agit de déterminer si, en lui-même, l'acte en question est susceptible de porter atteinte aux intérêts légitimes d'individus non consentants. Dans le cas contraire, la conduite ou l'acte en question, qu'il soit immoral ou non, appartient au domaine privé. Les conclusions du rapport au sujet de l'homosexualité sont que, contrairement au meurtre, au viol et au vol, par exemple, l'homosexualité en elle-même n'est pas susceptible de causer un préjudice à quiconque ne souhaite pas participer à l'activité sexuelle. La question de savoir si la pratique en question est immorale *per se* n'est pas pertinente pour répondre à la question du bien-fondé de la criminalisation des activités sexuelles entre adultes consentants. Par conséquent, le rapport recommande la décriminalisation de ce genre d'activités lorsque pratiquées en privé.

La publication du rapport Wolfenden a soulevé une certaine controverse et a fait renaître un courant de pensée en Angleterre appelé le moralisme juridique.

B. LE MORALISME JURIDIQUE DE PATRICK DEVLIN

Pour les fins de cette partie, nous nous intéressons à la thèse du moralisme juridique avancée par le magistrat britannique, Lord Patrick Devlin, en réponse aux conclusions du rapport Wolfenden en faveur de la décriminalisation des pratiques homosexuelles en privé entre adultes consentants. Afin de bien comprendre l'argumentation de Lord Devlin en faveur de l'utilisation du droit pour imposer la morale, il importe dans un premier temps de distinguer deux versions du moralisme

juridique: une version « extrême » ou « conservatrice » et une version « modérée », appelée également la « thèse de la désintégration ».

1. *La thèse conservatrice*

Selon une première version, dite « extrême » ou « conservatrice », la thèse du moralisme juridique vise à justifier l'utilisation du droit criminel pour punir certaines pratiques jugées immorales *per se* dans la société, c'est-à-dire les conduites qui suscitent la forte désapprobation de ses membres. Le fait que celles-ci ne présentent aucun effet qui puisse être jugé préjudiciable pour les autres n'est donc pas pris en considération au motif que l'État a un rôle de tuteur moral à jouer et que le droit pénal constitue sa technique propre pour le jouer. Selon Hart, cette thèse « extrême » « is the claim that society has a right to enforce its morality by law because the majority have the right to follow their own moral convictions that their moral environment is a thing of value to be defended from change »¹⁴⁹.

Cette version extrême est généralement associée à Lord James Fitzjames Stephen. Dans *Liberty, Equality, Fraternity*¹⁵⁰, Stephen affirme à l'encontre du principe du préjudice de Mill que « [T]here are acts of wickedness so gross and outrageous that, self-protection apart, they must be prevented as far as possible at any

¹⁴⁹ Herbert L.A. HART, *Social solidarity and the Enforcement of Morality*, dans Herbert L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 248-262, p. 249.

¹⁵⁰ James Fitzjames STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, Stuart D. Warner, Indianapolis, Liberty Fund, 1993.

cost to the offender, and punished, if they occur, with exemplary severity»¹⁵¹. Il en est ainsi pour Stephen pour la raison suivante:

« [W]e can assign no limits at all to the importance to each other of men's acts and thoughts. Still less can we assign limits to that indefinable influence which they exercise over each other by their very existence, by the very fact of their presence, by the spirit which shines through their looks and gestures, to say nothing of their words and thoughts. »

Il existe une similitude entre ces arguments présentés un siècle plus tôt par Stephen à l'encontre du principe du préjudice de Mill et ceux avancés par Devlin dans son texte célèbre, *The Enforcement of Morals*¹⁵³, en réponse aux conclusions du rapport Wolfenden. « Though a century divides these two legal writes », observe Hart, « the similarity in the general tone and sometimes in the detail of their arguments is very great »¹⁵⁴.

Dans sa réplique à Lord Devlin, Dworkin affirme que les positions complexes et controversés du magistrat sur la question du rôle du droit dans la sanction de la morale conventionnelle sont plus complexes et plus nuancées que celles qui constituent la version conservatrice traditionnelle. En effet, souligne Dworkin, l'argumentation de Lord Devlin en faveur de l'imposition de la morale par le droit ne s'oppose pas aussi fortement aux idéaux de Mill et aux conclusions du rapport Wolfenden. La version conservatrice contemporaine du moralisme juridique

¹⁵¹ *Id.*, p. 162.

¹⁵² *Id.*, p. 92.

¹⁵³ Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965.

¹⁵⁴ Herbert L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 16.

défendue par Devlin présuppose que la société a le droit de défendre ses institutions sociales majeures, auxquelles elle est attachée, contre une conduite que désapprouve la grande majorité de ses membres en fonction de principes moraux¹⁵⁵. Les principaux postulats de la version conservatrice contemporaine ont été reconstruits de la façon suivante par Dworkin :

Premièrement, la thèse conservatrice contemporaine présuppose que certaines pratiques, comme les activités homosexuelles en privé entre adultes consentants, peuvent avoir des conséquences inévitables sur notre environnement social, en particulier sur l'institution de la famille. Comme le remarque Dworkin, « [l']environnement dans lequel nous et nos enfants devons vivre est déterminé, entre autres choses, par des modèles et des relations établies à titre privé par d'autres que nous-mêmes »¹⁵⁶.

Deuxièmement, le fait qu'il existe de telles pratiques ou conduites immorales en soi ne donne pas le droit à la société d'interdire ces pratiques ou ces conduites. Toutefois, l'immoralité de telles conduites ou pratiques est parfois nécessaire pour rendre cette conduite criminelle. Par conséquent, le législateur est inévitablement contraint à porter des jugements moraux sur certaines questions morales. Pour ce faire, le législateur doit mettre en équilibre la valeur ou l'importance de l'institution sociale qui est menacée par cette conduite et la valeur de la liberté humaine. Par la

¹⁵⁵ Ronald DWORKIN, *Liberté et moralisme*, dans *Prendre les droits au sérieux*, trad. Marie-Jeanne ROSSIGNOL et Frédéric LIMARE, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 349-371, p. 358.

¹⁵⁶ *Id.*, p. 357.

suite, il doit décider si les pratiques qui menacent cette institution sont immorales ou non, « parce que si elles le sont, la liberté pour un individu de s’y livrer compte moins alors »¹⁵⁷. Dworkin précise que « cela ne veut pas dire que l’immoralité suffit à rendre une conduite criminelle : l’argument est plutôt qu’il est des cas où c’est nécessaire »¹⁵⁸.

Troisièmement, la question consiste à se demander comment le législateur peut déterminer le contenu de cette morale publique. Selon la thèse conservatrice de Devlin, le législateur a le devoir d’agir en se fondant sur le consensus moral, quel qu’il soit, exprimé par une grande majorité des membres de la communauté parce que ceci est requis par le principe démocratique. Comme il revient à la communauté d’endosser la responsabilité morale, elle doit « agir selon ses propres lumières, c’est-à-dire en fonction de la croyance morale de ses membres »¹⁵⁹.

2. *La thèse de la désintégration*

La version « modérée » du moralisme juridique de Devlin, aussi appelée thèse « de la désintégration », postule que la morale publique constitue le ciment de toute société: « without it there would be aggregates of individuals but no society. »¹⁶⁰ Il s’ensuit qu’en l’absence de cette force de cohésion, la société ne pourrait continuer de survivre et d’exister. Par conséquent, la société a le droit d’utiliser le droit pour

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.*, p. 358.

¹⁶⁰ H.L.A. HART, *op.cit.*, note 149, p. 48.

interdire certains comportements antisociaux, c'est-à-dire les conduites susceptibles d'apporter des changements importants ou significatifs aux institutions sociales qui font partie des valeurs morales communes autour desquelles les gens s'intègrent en vue de former une société dans le but de se défendre contre la menace de désintégration qui plane sur ces institutions :

« [...] [S]ociety means a community of ideas. Without shared ideas on politics, morals, and ethics no society can exist. Each one of us has ideas about what is good and what is evil; they cannot be kept private from the society in which we live. If men and women try to create a society in which there is no fundamental agreement about good and evil they will fail; if, having based it on common agreement, the agreement goes, the society will disintegrate. For society is not something that is kept together physically; it is held by the invisible bonds of common thought. If the bonds were too far relaxed the members would drift apart. A common morality is part of the bondage. The bondage is part of the price of society; and mankind, which needs society, must pay its price. »¹⁶¹

Devlin pense que la société a le pouvoir et même le devoir d'utiliser le droit criminel non seulement pour protéger les individus contre un préjudice mais également pour préserver sa morale publique de la même manière qu'elle l'utilise pour sauvegarder tout ce qui est essentiel à son existence¹⁶². Selon cette version « modérée » du *moralisme juridique*, le maintien d'une morale conventionnelle ou partagée parmi les membres d'une communauté est « as necessary to society's existence as a recognized government, and though a particular act of immorality may

¹⁶¹ P. DEVLIN, *op.cit*, note 153, p. 10.

¹⁶² *Id.*

not harm or endanger or corrupt others nor, when done in private, either shock or give offence to others, this does not conclude the matter »¹⁶³ :

« But the true principle is that the law exists for the protection of society. It does not discharge its function by protecting the individual from injury, annoyance, corruption, and exploitation; the law must protect also the institutions and the community of ideas, political and moral, without which people cannot live together. Society cannot ignore the morality of the individual any more than it can his loyalty; it flourishes on both hand without either it dies. »¹⁶⁴

Comme le précise Dworkin, « [d]e même que la société peut utiliser son droit pour empêcher la trahison, elle peut l'utiliser pour empêcher que soit corrompue la conformité qui assure son unité »¹⁶⁵:

« Society is entitled by means of its laws to protect itself from dangers, whether from within or without. Here again I think that the political parallel is legitimate. The law of treason is directed against aiding the king's enemies and against sedition from within. The justification of this is that established government is necessary for the existence of society and therefore its safety against violent overthrow must be secured. But an established morality is as necessary as good government to the welfare of society. Societies disintegrate from within more frequently than they are broken up by external pressures. There is disintegration when no common morality is observed and history shows that the loosening of moral bonds is often the first stage of disintegration, so that society is justified in taking the same steps to preserve its moral code as it does to preserve its government and other essential institutions. The suppression of vice is as much the law's business as the suppression of subversive activities; it is no more possible to define a sphere of private morality, than it is to define one of private subversive activity. »¹⁶⁶

¹⁶³ *Id.*, p. 11.

¹⁶⁴ *Id.*, p. 22.

¹⁶⁵ R. DWORKIN, *op.cit.*, note 155, p. 353.

¹⁶⁶ P. DEVLIN, *op.cit.*, note 153, p. 13.

Le point de vue libéral qui réfute cette thèse commet « an error in jurisprudence » car la menace de désintégration est un sujet d'intérêt public de la plus haute importance. Dans cette perspective, rien de ce qui menace la cohésion sociale ne peut raisonnablement être exclu, par l'autorité publique, du champ de la législation au motif que cela relèverait du domaine privé. S'il est impossible de définir une sphère privée d'activités subversives, il n'en va de même de l'immoralité privée : « There can be no « theoretical limits » to legislation against immorality just as there are no such limits to the power of the state to legislate-against treason and sedition. »¹⁶⁷

Mais que doit-il se produire pour que la société se désintègre? Selon Devlin, la société se désintègre lorsqu'il se produit au moins deux choses : La société se désintègre lorsque les conduites ou les pratiques, telles que l'avortement, la fornication, l'homosexualité, l'euthanasie, l'alcoolisme, le suicide, l'inceste entre frère et sœur, peu préjudiciables pour la société lorsqu'elles se produisent sur une petite échelle, se répandent au sein de la société. La pratique de ces conduites par un grand nombre d'individus cause un sérieux problème social et provoque ainsi la désintégration de la société. Sur l'alcoolisme, par exemple, Devlin affirme « while a few people getting drunk in private cause no problem at all, widespread drunkenness, whether in private or public would create a serious social problem »¹⁶⁸:

¹⁶⁷ *Id.*, p. 14.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 133.

« You may argue that if a man's sins affect only himself it cannot be the concern of society. If he chooses to get drunk every night in the privacy of his own home, is anyone except him the worse for it? But suppose a quarter or a half of the population got drunk every night, what sort of society would it be? You cannot set a theoretical limit to the number of people who can get drunk before society is entitled to legislate against drunkenness. »¹⁶⁹

Une société débauchée, composée d'alcooliques, de parieurs, de fornicateurs, de célibataires, est une société désintégrée car physiquement amoindrie :

« It is obvious that an individual may by unrestricted indulgence in vice so weaken himself that he ceases to be a useful member of society. It is obvious also that if a sufficient number of individuals so weaken themselves, society will thereby be weakened. A nation of debauchees would not in 1940 have responded satisfactorily to Winston Churchill's call to blood and toil and sweat and tears. »¹⁷⁰

Selon une deuxième interprétation, la société se désintègre lorsqu'il se produit un type intangible de préjudice: « When considering intangible injury to society it is moral belief that matters; immoral activity is relevant only insofar as it promotes disbelief. »¹⁷¹ Ce type de préjudice intervient dans « l'interrègne » du changement dans les valeurs ou les principes moraux jusqu'alors partagés par les membres d'une société donnée sur ce qui est bien ou mal de faire ou de ne pas faire pour soi-même et envers autrui. Par exemple, si la pratique de la polygamie devenait une pratique si répandue qu'elle en venait à supplanter le principe de monogamie, il y aurait alors un risque de désintégration dans la période d'interrègne: « The enemy of society is not

¹⁶⁹ *Id.*, p. 14.

¹⁷⁰ *Id.*, p. 111.

¹⁷¹ *Id.*, p. 114.

error but indifference.»¹⁷² Devlin ajoute que « whether the new belief is better or worse than the old, it is the interregnum of disbelief that is perilous »¹⁷³.

Il ressort de ce qui précède que la thèse de la désintégration de Devlin repose sur une conception de la morale publique conçue en termes de préjudice à la société plutôt que sur une conception de la morale fondée sur la notion de préjudice à autrui tel que le concevait John Stuart Mill. La version du principe du préjudice de Devlin au soutien de la thèse de la désintégration « fractured the conservative position and gradually gave way to the predominance of the harm principle in legal philosophical discourse »¹⁷⁴. Dans ce qui suit, nous allons tenter de rendre encore plus explicite l'utilisation que fait Devlin du principe du préjudice, conçu en termes de préjudice à la société, en décrivant sa conception de ce qu'est la morale conventionnelle dans une société donnée.

3. *La morale publique*

Chez Devlin, la morale que peut légitimement imposer le pouvoir coercitif est appelée indistinctement « the moral structure of society », « public morality », « a common agreement », « a common morality », « a shared ideas on politics, morals and ethics », « a fundamental agreement about good and evil », ou « a recognized

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ Bernard E. HARCOURT, « The Collapse of the Harm Principle », (1999) 90 *J.Crim. L. & Crim.* 109, p. 118.

morality ». Pour les fins de ce mémoire, nous nommerons la conception de la morale de Devlin, la morale publique.

Lord Devlin distingue la conception de la morale publique qu'il défend du concept de morale individuelle, c'est-à-dire l'ensemble des « principes moraux que certains hommes adoptent pour leur propre conduite et ne tentent pas d'imposer aux autres »¹⁷⁵. La morale publique, chez Devlin, est également distincte de la morale religieuse dont les préceptes tombent dans la catégorie de la morale individuelle. Au début de son texte sur la sanction juridique de la morale, Lord Devlin admet « that I begin with a feeling that a complete separation of crime and sin [...] would not be good for the moral law and might be disastrous for the criminal law »¹⁷⁶. Il conclut, à la suite d'un examen de la question suivante: « what is the connection between crime and sin and to what extent, if at all, should the criminal law of England concern itself with the enforcement of morals and punish sin or immorality as such? »¹⁷⁷, qu'on ne peut répudier le point de vue du rapport Wolfenden sur la base d'une conception religieuse de la morale publique¹⁷⁸. Toutefois, Devlin ne nie pas la filiation chrétienne de l'autorité publique et des valeurs morales communes:

« The law, both criminal and civil, claims to be able to speak about morality and immorality generally. Where does it get its authority to do this and how does it settle the moral principles which it enforces? »

¹⁷⁵ R. DWORKIN, *op.cit.*, note 155, p. 352.

¹⁷⁶ P. DEVLIN, *op.cit.*, note 153, p. 4.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 2.

¹⁷⁸ *Id.*, p. 1-7; voir aussi Patrick DEVLIN, « Law and Morality », (1964/1965) 1 *Manitoba Law School Journal* 243, p. 248-249.

Undoubtedly, as a matter of history, it derived both from Christian teaching. »¹⁷⁹

Toutefois, Devlin admet que l'autorité publique ne peut plus reposer « on doctrines in which citizens are entitled to disbelieve »¹⁸⁰.

La morale publique chez Devlin ne correspond pas non plus au jugement moral d'une majorité: « the fact that majority of people may disapprove of a practice does not of itself make it a matter for society as a whole. Nine men out of ten may disapprove of what the tenth man is doing and still say that it is not their business. »¹⁸¹ Il est également trop exigeant de demander l'assentiment de tous et chacun des membres d'une communauté sur une question morale¹⁸².

La morale publique est plutôt un jugement collectif et « [t]here is a case for a collective judgement only if society is affected. Without a collective judgement there can be no case at all for intervention »¹⁸³. Ce jugement collectif « is that of the reasonable man »¹⁸⁴. Il ne faut pas confondre le critère de l'homme raisonnable avec celui de l'homme rationnel. En effet, chez Devlin, pour résoudre une question morale, cet homme « is not expected to reason about anything and his judgement may be largely a matter of feeling »¹⁸⁵. Le point de vue moral chez Devlin est « the view point of the man in the street – or to use an archaism familiar to all lawyers – the man

¹⁷⁹ *Id.*, p. 7.

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ *Id.*, p. 8.

¹⁸² *Id.*, p. 15.

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ *Id.*, p. 15.

in the Clapham omnibus¹⁸⁶ [...] He might also be called the right-minded man »¹⁸⁷. Du point de vue du magistrat, ce jugement collectif correspond à celui du juré :

« [...] for the moral judgement of society must be something about which any twelve men or women drawn at random might after discussion be expected to be unanimous. This was the standard the judges applied in the days before Parliament was as active as it is now and when they laid down rules of public policy. They did not think of themselves as making law but simply as stating principles which every right-minded person would accept as valid. It is what Pollock called « practical morality », which is based not on theological or philosophical foundations but « in the mass of continuous experience half-consciously or unconsciously accumulated and embodied in the morality of common sense ». He called it also « a certain way of thinking on questions of morality which we expect to find in a reasonable civilized man or a reasonable Englishman, taken at random. »¹⁸⁸

Par conséquent, ce qui importe ce n'est pas la vérité du jugement moral mais la puissance ou la force de la conviction ou de la croyance qui le sous-tend. Ce qui est moralement bon de faire ou de ne pas faire, dans une société donnée, ne dépend pas de la « quality of the creed but the strenght of belief in it »¹⁸⁹.

Les réactions émotionnelles qui comptent chez Devlin sont les sentiments de dégoût, d'intolérance et d'indignation. Seules, les réactions de dégoût ne suffisent pas. Le désaccord largement partagé non plus¹⁹⁰: « No society can do without intolerance, indignation, and disgust; they are the forces behind the moral law, and

¹⁸⁶ L'expression « The Man On the Clapham Omnibus » utilisée par Devlin est une expression anglaise qui prend ses origines du nom du quartier Clapham, au sud de Londres, et qui désigne une personne éduquée et intelligente mais non-spécialiste.

¹⁸⁷ P. DEVLIN, *op.cit.*, note 153, p. 15.

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ *Id.*, p. 114.

¹⁹⁰ Herbert L.A. HART, *Immorality and Treason*, The Listener, 30 July 1959, p. 162-3, p. 162.

indeed it can be argued that if they or something like them are not present, the feelings of society cannot be weighty enough to deprive the individual of freedom of choice. »¹⁹¹

Lorsque le sentiment public atteint un tel degré d'indignation, d'intolérance et de dégoût, aucun principe restrictif au droit qu'a la société d'imposer la « morale publique » ne peut s'appliquer. Le plus important des principes critiques que reconnaît Devlin est le principe de la tolérance. Celui-ci dispose que soit tolérée la liberté individuelle maximale, compatible avec l'intégrité de la société¹⁹². Ce principe de tolérance prévaut « in all matters of conscience »¹⁹³ et sa portée « is not confined to thought and speech; it extends to action »¹⁹⁴. Chez Devlin, ce principe est tout à fait à propos dans toutes les questions morales : « [N]othing should be punished by the law that does not lie beyond the limits of tolerance. »¹⁹⁵ Ce principe de tolérance constitue l'un des principes qui doit guider les juges et le législateur dans la quête d'un équilibre entre les intérêts public et privé :

« While every decision which a court of law makes when it balances the public against the private interest is an *ad hoc* decision, the cases contain statements of principle to which the court should have regard when it reaches its decision. In the same way it is possible to make general statements of principle which it may be thought the legislature

¹⁹¹ P. DEVLIN, *op.cit.*, note 153, p. 17.

¹⁹² *Id.*, p. 16: « There must be toleration of the maximum individual freedom that is consistent with the integrity of society. »

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*

should bear in mind when it is considering the enactment of laws enforcing morals. »¹⁹⁶

Les exemples que donne Devlin dans son texte à propos du bien-fondé ou non des interdits criminels de fornication et d'homosexualité illustrent l'architecture de son argumentation sur le rôle du droit dans l'imposition de la « morale publique ». Dans les années 1950, l'institution du mariage, fondée sur le principe moral de la monogamie, constituait, selon Devlin, une partie structurelle de la société anglaise et la base des interdictions criminelles de la fornication et de l'homosexualité. En ce qui a trait à la fornication, Devlin affirmait que le sentiment public, dans la plupart des sociétés, n'atteignait plus le degré suffisant de dégoût, d'intolérance et d'indignation. Il était même possible de constater une certaine tolérance de ce comportement : « We may feel about it that, if confined, it is tolerable, but that if it spread it might be gravely injurious - it is in this way that most societies look upon fornication, seeing it as a natural weakness which must be kept within bounds but which cannot be rooted out. »¹⁹⁷ Dans ce cas, la question de savoir si la liberté individuelle doit être restreinte par l'interdiction criminelle de la fornication devient, pour Sir Patrick, « a question of balance, the danger to society in one scale and the extent of the restriction in the other »¹⁹⁸. Toutefois, concernant l'homosexualité, Devlin affirme qu'il existait alors dans la société anglaise « a deliberate judgement that the practice is injurious to

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ *Id.*, p. 17.

¹⁹⁸ *Id.*, p. 18.

society »¹⁹⁹. En présence de ce sentiment généralisé de répugnance, il faut alors se demander « whether, looking at it calmly and dispassionately, we regard it as a vice so abominable that its mere presence is an offence »²⁰⁰. Dans ce cas, il semble qu'aucun exercice d'équilibrage entre le droit de la société d'éradiquer la pratique jugée répugnante et la liberté individuelle ne soit requis : « If that is the genuine feeling of the society in which we live, I do not see how society can be denied the right to eradicate it. »²⁰¹ Devlin admet toutefois que le législateur doit demeurer, par principe, attentif à l'évolution du niveau de tolérance de la société car « [T]he limits of tolerance shift »²⁰².

C. LA RÉPONSE DE RONALD DWORKIN

Dans son texte *Liberté et moralisme*²⁰³, le philosophe américain Ronald Dworkin porte l'essentiel de sa réflexion critique sur la thèse conservatrice de Devlin selon laquelle, lorsque les législateurs doivent se prononcer sur des questions morales, « ils doivent suivre le consensus moral, quel qu'il soit, atteint par la communauté dans sa grande majorité ou dans son ensemble sur une position morale, ceci étant requis par le principe démocratique, et une communauté étant en droit de suivre ses propres lumières »²⁰⁴. Selon Dworkin, « ce qui est choquant et faux » dans la thèse de Devlin, ce n'est pas que la morale publique puisse jouer un rôle dans la

¹⁹⁹ *Id.*, p. 17.

²⁰⁰ *Id.*

²⁰¹ *Id.*

²⁰² *Id.*, p. 18.

²⁰³ R. DWORKIN, *op.cit.*, note 155, p. 349-371.

²⁰⁴ *Id.*, p. 365.

décision du législateur de faire ou non d'une conduite, un interdit criminel, mais c'est son « idée de ce qui compte pour la morale de la communauté »²⁰⁵.

La critique de Dworkin à l'encontre de ce qu'entend Devlin par la morale publique, que le législateur peut légitimement prendre en compte dans sa décision de criminaliser un comportement, repose sur la distinction entre ce qui constitue ou non une position morale.

Un consensus moral dans une communauté doit être fondé sur des positions qui sont des positions morales dans un sens distinctif, qu'il convient aussi d'appeler normatif ou critique. On qualifie ces positions morales, ou ces convictions morales, de distinctives pour les différencier des positions qui ne reposent pas sur des motifs ou des raisons valables. « Une utilisation -peut-être la plus caractéristique- de ce sens distinctif est d'offrir à un acte une sorte de justification limitée, mais importante, quand les questions morales entourant cet acte ne sont pas claires ou sont controversés. »²⁰⁶ Dans un processus de justification, ce qui peut ou ne peut pas compter comme une raison valable dépend des « règles » du langage moral ou de nos conventions morales communes sur la question. Ces conventions morales, qui forment ce que Dworkin appelle la morale conventionnelle, excluent au moins quatre types d'arguments à des fins de justification dans le raisonnement moral. La première « règle » de jugement moral, ou la première convention morale qui forme l'arrière-plan de l'argumentation en matière de morale, vise à exclure les préjugés du

²⁰⁵ *Id.*, p. 367.

²⁰⁶ *Id.*, p. 359.

raisonnement moral. Elle stipule « qu'on ne doit pas considérer un homme moralement inférieur sur la base d'une caractéristique physique, raciale ou autre qu'il ne peut s'empêcher d'avoir »²⁰⁷. La deuxième règle vise à exclure les réactions émotives comme fondement du jugement moral. Comme l'explique Dworkin, « [N]ous distinguons les positions morales des réactions émotionnelles, non pas parce que les positions morales sont censés être détachées des émotions ou des passions, mais parce que la position morale est censée justifier la réaction émotionnelle, et non l'inverse »²⁰⁸. Nos conventions morales excluent également une proposition de fait qui est fautive et si peu plausible « qu'elle défie les standards minima en matière de preuve et d'argumentation »²⁰⁹. Finalement, pour pouvoir être considérée comme véritablement morale, la conviction ou la position examinée doit pouvoir se défendre sur la base de motifs qui sont propres à l'agent moral. Ce dernier ne peut défendre sa position seulement en répétant bêtement ce qu'il a entendu ou en citant les opinions des autres²¹⁰.

Pour illustrer sa thèse sur le rôle de la morale conventionnelle dans l'interprétation de ce qu'est la désapprobation sur la base d'un principe moral, Dworkin élabore une conversation sur l'exercice du droit de vote. Supposons, dit-il, que je vous dise que j'ai l'intention de voter contre un homme qui est candidat à une charge publique de confiance parce que je sais qu'il est homosexuel et que je crois

²⁰⁷ *Id.*, p. 361.

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ *Id.*

que l'homosexualité est profondément immorale. Si vous êtes en désaccord avec mon jugement moral, vous pouvez ne pas respecter ma position parce qu'elle ne constitue pas une position morale dans le sens distinctif. Vous pouvez être d'avis que ma position est plutôt une position fondée sur un préjugé, une aversion ou un dégoût pour les homosexuels. Si, pour vous convaincre, j'ajoute que j'ai le droit de voter contre le candidat homosexuel non pas simplement en raison de son orientation sexuelle mais parce que j'ai le droit de voter selon mes propres convictions morales. Vous devez admettre que malgré votre désaccord, ma position sur l'homosexualité est une position morale; et, en tant que tel, j'ai le droit de voter contre le candidat homosexuel car, et sur ce, vous êtes d'accord avec moi, j'ai le droit de voter selon mes jugements moraux ou mes convictions morales personnelles. Pour répondre à cet argument, vous devez démontrer que mon choix électoral ne repose pas sur un jugement « moral » car il ne constitue pas et ne se fonde pas sur une position morale. Car une raison ou un motif acceptable est requis pour faire d'une position morale, une position morale dans un sens distinctif. Pour évaluer et critiquer la position morale selon laquelle il est bien de ne pas voter pour un candidat homosexuel parce que l'homosexualité est immorale, vous devez faire appel à un motif distinctif, qui permet d'écarter les stéréotypes, les émotions et autres expressions de sentiments. Vous pouvez essayer de me convaincre que si je réfléchis à cette question de façon raisonnée, je peux découvrir que je suis, en définitive, d'accord avec vous pour dire qu'il n'y a pas de motif valable pour refuser de voter pour un candidat en raison de son homosexualité. Il existe différentes convictions morales personnelles qui peuvent guider l'exercice d'un droit de vote. Elles sont de l'ordre de la morale individuelle et

peuvent correspondre par exemple aux préceptes d'une religion donnée ou aux valeurs plus générales que nous souhaitons préserver comme l'institution de la famille ou en vertu d'une théorie des devoirs. Encore faut-il toutefois que ses convictions morales, quelle qu'en soit la source, soient sincères et cohérentes.

Or, Devlin réfère à la position morale ou au point de vue moral de l'ensemble des membres de la communauté dans un sens anthropologique ou descriptif, c'est-à-dire en faisant référence « aux attitudes, quelles qu'elles soient, dont le groupe fait preuve en ce qui concerne les conduites, les qualités ou les objectifs humains adéquats »²¹¹. Le point de vue moral qui compte est celui de l'homme ordinaire qui « n'est pas sensé raisonner sur quoi que ce soit et [dont le] son jugement peut être largement une question de sentiment »²¹². « Si l'homme raisonnable croit », ajoute Devlin, « qu'une pratique est immorale et croit également (peu importe que cette conviction soit juste ou fausse, pourvu qu'elle soit honnête) qu'aucun membre de sa société, sain d'esprit, ne pourrait penser autrement, cette pratique est alors aux fins du droit immorale »²¹³. Au sujet de l'homosexualité, Devlin conclut que la position morale des membres de la société anglaise de l'après-deuxième guerre mondiale qui compte est celle selon laquelle cette pratique sexuelle est un vice abominable, dont la seule existence constitue un affront. Par conséquent, le législateur peut légitimement utiliser le droit criminel pour interdire cette pratique, même exercée en privé entre adultes consentants. Pour Dworkin, cette conclusion est « irrecevable » :

²¹¹ *Id.*, p. 359.

²¹² P. DEVLIN, *op.cit.*, note 153, p. 15.

²¹³ *Id.*, p. 22-23.

« Même s'il est vrai que, pour la plupart des hommes, l'homosexualité est un vice abominable et qu'ils ne peuvent tolérer sa présence, il reste possible que cette opinion commune soit un mélange de préjugés (s'appuyant sur l'hypothèse que les homosexuels sont des créatures moralement inférieures parce qu'ils sont efféminés), de rationalisation (fondée sur des suppositions de faits tellement dépourvues de fondement qu'elles défient les standards de rationalité propres à la communauté elle-même), et d'aversion personnelle (ne représentant pas une conviction mais une simple haine aveugle, née d'un soupçon sur soi-même non reconnu). Il reste possible que l'homme ordinaire ne puisse avancer de motif justifiant son opinion, mais qu'il répète simplement les propos de son voisin qui, à son tour, répète simplement les propos de son voisin qui, à son tour, répète les siens, ou qu'il avance un motif qui présuppose une position morale générale qu'il ne pourrait pas, sincèrement ou avec cohérence, prétendre avoir. »²¹⁴

Les principes démocratiques auxquels nos sociétés obéissent ne permettent pas que le consensus moral fondé sur une position morale dans ce sens anthropologique ou descriptif serve de référence. En effet, la position ou la conviction morale individuelle qui repose sur l'une ou l'autre des raisons ou motifs inacceptables identifiés par Dworkin (les préjugés, les aversions personnelles, les rationalisations ou positions arbitraires et tout le reste) ne peut compter dans la détermination de la perception du public sur une question morale. En effet, cette conviction morale, cette position morale ou ce point de vue moral, fondé sur les sentiments plutôt que sur la raison, ne justifie pas que « des restrictions soient apportées à la liberté d'autrui »²¹⁵. Il en est ainsi parce que cette croyance, selon laquelle les sentiments de dégoût et d'aversion, les préjugés, etc. ne peuvent justifier la restriction à la liberté individuelle, constitue un principe critique fondamental dans notre morale commune.

²¹⁴ R. DWORKIN, *op.cit.*, note 155, p. 366.

²¹⁵ *Id.*, p. 367.

En ce sens, la position morale que le droit peut imposer peut être différente de la conviction morale de l'ensemble des membres de cette société. La question est alors de savoir comment le législateur peut identifier ce qui compte pour la morale publique et déterminer la part que doit jouer la moralité publique dans le droit criminel. Comment se fonde la décision du législateur de faire ou non d'une conduite, un interdit criminel? Bien sûr, le législateur ne peut examiner les croyances ou les conduites des citoyens au cas par cas. Il ne peut pas non plus organiser des audiences dans l'omnibus de Clapham, ni recourir à un sondage :

« Revendiquer l'existence d'un consensus moral, [...] [c]'est viser le sens qu'a le législateur de la réaction de sa communauté face à une pratique désapprouvée. Mais ce sens lui-même inclut la conscience des fondements sur lesquels cette réaction s'appuie en général. S'il y a eu un débat public auquel ont pris part les éditorialistes des journaux, ses collègues, par leurs discours, les intéressés, en donnant leur témoignage, et lui-même, à travers sa correspondance, sa connaissance des arguments et des positions, pour tenter de déterminer ceux qui constituent des préjugés ou des rationalisations, ceux qui présupposent des principes généraux ou des théories générales que de larges secteurs de la population ne pourraient pas être censés accepter, etc. Il se peut qu'au terme de cette réflexion, il parvienne à la conclusion que la preuve de l'existence d'un consensus moral n'a pas été apportée. »²¹⁶

En somme, pour Dworkin, le jugement moral du législateur doit être fondé sur des raisons, et non pas sur des réactions émotives personnelles, des stéréotypes, etc. De plus, ce jugement de valeur doit être cohérent avec les autres jugements qu'il a endossés auparavant. Ce critère de la cohérence nécessite que le jugement doive

²¹⁶ *Id.*

refléter implicitement ou explicitement des principes moraux généraux, rationnels et universels.

D. LA RÉPLIQUE DE HART

L'essentiel de la réplique de Hart à la thèse du moralisme juridique de Lord Devlin se trouve dans son texte *Law, Liberty and Morality*²¹⁷. Pour Hart, le moralisme juridique « concerns the legal enforcement of morality and has been formulated in many different ways : Is the fact that certain conduct is by common standards immoral sufficient to justify making that conduct punishable by law? Is it morally permissible to enforce morality as such? Ought immorality as such to be a crime? »²¹⁸.

Au début de son texte, Hart rappelle le principe du préjudice à autrui, et son corollaire, le principe de liberté, formulé par Mill, un siècle plus tôt, dans *De la liberté*, à l'encontre de la thèse du moralisme juridique : « To this question John Stuart Mill gave an emphatic negative answer [...] and the famous sentence in which he frames this answer express the central doctrine of his essay. »²¹⁹ Comme nous l'avons mentionné précédemment, la thèse de Mill est fondée sur le principe critique selon lequel la seule justification ou la seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour interférer avec la liberté individuelle d'un de ses membres est de

²¹⁷ H.L.A. HART, *op.cit.*, note 154.

²¹⁸ *Id.*, p. 4.

²¹⁹ *Id.*

l'empêcher de nuire aux autres. On ne peut légitimement contraindre quiconque pour son propre bien qu'il soit physique ou moral.

Hart rappelle les deux types d'arguments qui ont été avancés à l'encontre du principe du préjudice de Mill. Le premier argument postule que dans une société organisée, il est impossible de distinguer les conduites qui ne causent préjudice qu'à son auteur, des conduites qui causent préjudice à autrui parce que, pour reprendre les termes du poète et prédicateur anglais, John Donne, « No man is an Island »²²⁰. Le deuxième argument insiste plutôt sur le fait qu'il est péremptoire de la part de Mill de limiter le pouvoir coercitif aux seules conduites qui causent un préjudice ou une nuisance à autrui.

Hart entend considérer ce débat sur le moralisme juridique opposant les tenants du principe du préjudice à ces critiques pour lesquels il existe en fait de bonnes raisons « for compelling conformity to social morality and for punishing deviations from it even when these do not harm others »²²¹ dans le cadre précis du débat sur la libéralisation des pratiques sexuelles dans l'Angleterre de l'après-

²²⁰ John DONNE, Meditation XVII, *Devotions upon emergent occasions*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1975, p. 87:

« All mankind is of one author, and is one volume; when one man dies, one chapter is not torn out of the book, but translated into a better language; and every chapter must be so translated... As therefore the bell that rings to a sermon, calls not upon the preacher only, but upon the congregation to come: so this bell calls us all: but how much more me, who am brought so near the door by this sickness... No man is an island, entire of itself. Every man is a piece of the continent, a part of the main, if a clod be washed away by the sea, Europe is the less, as well as if a promontory were, as well as if a manor of thy friends or of thine own were any man's death diminishes me, because I am involved in mankind; and therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee. »

²²¹ H.L.A. HART, *op.cit.*, note 154, p. 5.

deuxième guerre mondiale. Pour Hart, le domaine de la moralité sexuelle est un domaine où « it seems *prima facie* plausible that there are actions immoral by accepted standards and yet not harmful to others »²²². Hart affirme que sa contribution au débat sur le moralisme juridique n'entend pas défendre le principe du préjudice de Mill car, estime-t-il, « [...] there may be grounds justifying the legal coercion of the individual other than the prevention of harm to others »²²³. Toutefois, il ajoute que « on the narrow issue relevant to the enforcement of morality Mill seems to me to be right »²²⁴.

Dans *Law, Liberty and Morality*, Hart s'attaque notamment à la version de la désintégration du moralisme juridique de Lord Devlin. Son argumentation fait appel à la distinction entre la morale conventionnelle ou positive, « the morality actually accepted and shared by a given social group »²²⁵, et la morale critique, « the moral principles used in the criticism of actual social institutions including positive morality »²²⁶. Dans ce qui suit, nous allons présenter les trois volets de l'argumentation de Hart à l'encontre de la thèse de la désintégration du moralisme juridique de Devlin, dans le contexte précis du débat sur la légalisation des pratiques homosexuelles entre adultes consentants en privé.

²²² *Id.*, p. 4.

²²³ *Id.*

²²⁴ *Id.*

²²⁵ *Id.*, p. 20.

²²⁶ *Id.*

Dans son texte, Hart souligne, dans un premier temps, que ce qui est essentiel d'observer à propos de la question de savoir si les lois devraient être utilisées pour imposer des valeurs morales, est qu'elle est avant tout une question de morale politique: « [...] that it is [the question about morality] also itself a question of morality. It is the question whether the enforcement of morality is morally justified; so morality enters into the question in two ways. »²²⁷ Pour répondre à cette question sur la sanction juridique de la morale, il est nécessaire de faire appel aux principes et critères de la morale critique :

« [...] it is surely clear that anyone who holds the question whether a society has the « right » to enforce morality, or whether it is morally permissible for any society to enforce its morality by law, to be discussable at all, must be prepared to deploy general principles of critical morality. In asking the question [whether a society has the « right » to enforce morality, or whether it is morally permissible for any society to enforce its morality by law], we are assuming the legitimacy of a standpoint which permits criticism of the institutions of any society, in the light of general principles and knowledge of the facts. »²²⁸

Selon Hart, on ne peut pas répondre de façon satisfaisante à ce questionnement, propre à la philosophie politique, en démontrant simplement qu'il est un fait que, dans certaines sociétés, on considère généralement qu'il est

²²⁷ *Id.*, p. 17. Voir dans le même sens, Neil MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1982, p. 18:

« The starting-point for discussion of the question is to recognize that it is itself a question of morality, rather more specifically a question of political morality. For it is a question about the right exercise of the public powers vested in agencies of state – legislatures, governments, judges, police, and prosecutors. Whoever attempts to give a general answer to the question about the right exercise of such power is necessarily committed to stating practical principles for the guidance of those who exercise them. »

²²⁸ *Id.*, p. 19.

moralement bien d'utiliser le droit criminel pour imposer une conformité entre des pratiques et des comportements, qui ne causent pas ou peu de préjudice à autrui, et les prescriptions de la morale positive. Le genre de réponse exigée nécessite que nous allions au-delà du premier niveau du raisonnement moral en faisant valoir des arguments fondés sur des principes moraux objectifs, rationnels et universellement acceptables de la morale critique:

« It is true that Mill's critics have often made much of the fact that English law does in several instances, apparently with the support of popular morality, punish immorality as such, especially in sexual matters; but they have usually admitted that this is where the argument begins, not where it ends.[..]. But they do not, at any rate, put forward their case as simply proved by pointing to these social facts. Instead they attempt to base their own conclusion that it is morally justifiable to use the criminal law in this way on principles which they believe to be universally applicable, and which they think are either quite obviously rational or will be seen to be so after discussion. »²²⁹

Dans cette perspective, la « thèse de la désintégration », au soutien de la conclusion de Devlin selon laquelle il est bien que la société maintienne la criminalisation de l'homosexualité en privé entre adultes consentants parce que c'est le genre de conduite de nature à menacer son existence, repose sur un argument conçu en termes de principe général de morale critique :

« [...]Lord Devlin's principle that a society may take the steps required to preserve its organized existence is not itself tendered as an item of English popular morality, deriving its cogency from its status as part of our institutions. He puts it forward as a principle, rationally

²²⁹ *Id.*, p. 18.

acceptable, to be used in the evaluation or criticism of social institutions generally. »²³⁰

Pour Hart, la question de savoir s'il est justifié qu'une société adopte les moyens nécessaires afin de préserver son existence dépend, en définitive, du genre de société en question et de la nature des moyens auxquels elle a recours pour sanctionner la morale positive. Dans certaines circonstances, conclut Hart, « it is arguable that what Lord Devlin terms the « desintegration » of such a society would be morally better than its continued existence, and the steps ought not to be taken to preserve it »²³¹.

Le deuxième aspect de la question de la sanction juridique de la morale, à souligner selon Hart, réside dans la problématique de justification : « In asking it we are committed at least to the general critical principle that the use of legal coercion by any society calls for justification as something *prima facie* objectionable to be tolerated only for the sake of some countervailing good. »²³² Dans son texte, Hart identifie deux considérations ou principes critiques interreliés qui font de la sanction juridique de la morale positive quelque chose de *prima facie* « objectionable ». Le premier principe se rapporte à la punition de l'auteur de la conduite jugée immorale par la morale positive : « This characteristically involves depriving him of liberty of movement or of property or of association with family or friends, or the infliction

²³⁰ *Id.*, p. 19-20.

²³¹ *Id.*, p. 19.

²³² *Id.*, p. 20.

upon him of physical pain or even death. »²³³ Si on accorde à la liberté individuelle une valeur, on doit reconnaître que celle-ci comprend une « acceptance of the principle that the individual may do what he wants, even if others are distressed when they learn what it is that he does, unless, of course, there are other good grounds for forbidding it »²³⁴. La privation de liberté ou l'infliction de souffrances physiques à l'auteur d'une conduite immorale est, selon Hart, considérée comme mauvaise car infligée à autrui sans justification. Hart ajoute que ce principe critique est généralement accepté dans le droit et dans la morale de toutes les sociétés développées²³⁵. Le second principe critique porte sur les conséquences de la sanction juridique de la morale en termes de misère humaine²³⁶. Celle-ci est une considération centrale dans l'argumentation de Hart à l'encontre du moralisme juridique et il est fait référence, en plusieurs endroits dans son texte, au « cost of human suffering », résultant de l'imposition de la morale positive. En fait, Hart s'oppose à la sanction juridique de la moralité sexuelle précisément en raison de la misère humaine qu'elle engendre du point de vue de l'individu. Il estime que « the suppression of sexual impulses generally is [...] something which affects the development or balance of the individual's emotional life, happiness, and personality »²³⁷. Il ajoute que « attempts to

²³³ *Id.*, p. 21.

²³⁴ *Id.*, p. 47.

²³⁵ *Id.*

²³⁶ Voir dans le même sens la réplique de Dworkin à la thèse de la désintégration : « Lord Devlin conclut que si notre société a suffisamment horreur de l'homosexualité, elle est justifiée à la rendre illégale, et à contraindre les êtres humains à choisir entre les souffrances de la frustration et celles de la persécution, à cause du danger présenté par cette pratique pour l'existence de la société. » R. DWORKIN, *op.cit.*, note 155, p. 356.

²³⁷ H.L.A. HART, *op. cit.*, note 154, p. 22.

enforce sexual morality [...] may demand the repression of powerful instincts with which personal happiness is intimately connected »²³⁸.

Quelles sont les considérations ou « countervailing good », qui justifient l'utilisation du droit pour imposer la morale conventionnelle? Selon Hart, il est légitime d'imposer la morale conventionnelle pour préserver les valeurs universelles, que sont, par exemple, la liberté individuelle, la valeur de la vie, la sécurité de sa personne et la protection contre l'infliction délibérée d'un préjudice. Ces valeurs se retrouvent dans toutes les morales sociétales. C'est pour cette raison, selon Hart, que « there will always be much in social morality which is worth preserving even at the cost in terms of these same values which legal enforcement involves »²³⁹. Il est trompeur de penser, comme le fait Devlin, que toute morale positive mérite d'être préservée parce qu'elle protège notamment ces valeurs essentielles à sa survie. Au contraire, selon Hart, c'est plutôt l'existence de toute société, qui mérite d'être préservée parce que, notamment, « it secures for human beings some measure of these universal values »²⁴⁰. Hart conclut que son point de vue permet de reconnaître le pluralisme des valeurs : « We should with Mill be alive to the truth that though these essential universal values must be secured, society can not only survive

²³⁸ *Id.*, p. 43.

²³⁹ *Id.*, p. 70.

²⁴⁰ *Id.*

individual divergences in other fields from its prevalent morality, but profit from them. »²⁴¹

Finalement, la distinction entre la morale positive et les principes de la morale critique permet de mieux comprendre « the character of [...] modern controversy » au sujet du moralisme juridique : « It is sometimes said that the question is not whether it is morally justifiable to enforce morality as such, but only which morality may be enforced? »²⁴². L'utilitariste, qui adhère au principe de morale critique selon lequel le pouvoir coercitif ne doit être utilisé que pour prévenir les actes causant un préjudice à autrui, ne se soucie guère de la question de savoir si ce principe fait partie de la morale positive de la société à laquelle ce principe de la morale critique s'applique : « If it is so accepted, that is not, in his view, the reason why it should be enforced. »²⁴³ Au contraire, les opposants au principe du préjudice de Mill, et à l'utilitarisme de façon générale, insistent sur le fait qu'il est moralement permis d'imposer la morale *per se*. Ils croient sincèrement que le simple fait que certaines règles ou certains standards de comportement soient des standards de la morale positive d'une société donnée constitue une raison suffisante, ou du moins contribue à la justification de son imposition par le pouvoir coercitif²⁴⁴ :

« No doubt in older controversies the opposed positions were different : the question may have been whether the state could punish only activities causing secular harm or also acts of disobedience to

²⁴¹ *Id.*, p. 71.

²⁴² *Id.*, p. 22.

²⁴³ *Id.*, p. 23.

²⁴⁴ *Id.*

what were believed to be divine commands or prescriptions of Natural Law. But what is crucial to the dispute in its modern form is the significance to be attached to the historical fact that certain conduct, no matter what, is prohibited by a positive morality. The utilitarian denies that this has any significance sufficient to justify its enforcement; his opponent asserts that it has. These are divergent critical principles which do not differ merely over the content of the morality to be enforced, but over a more fundamental and, surely more interesting issue. »²⁴⁵

Ces principes de la morale critique, qui s'opposent sur la question du moralisme juridique, diffèrent plus fondamentalement sur la question des valeurs. La modernité libérale accorde une valeur importante à la liberté individuelle.

« [S]ometimes Sir Patrick seems to admit this, for he says in words which both Mill and the Wolfenden Report might have used, that there must be the maximum respect for individual liberty consistent with the integrity of society. »²⁴⁶ Toutefois, les exemples que donne Devlin à propos de l'interdiction des pratiques homosexuelles « turn out to mean only that immorality which the law may punish must be generally felt to be intolerable. This plainly is no adequate substitute for a reasoned estimate of the damage to the fabric of society likely to ensue if it is not suppressed? »²⁴⁷. Il en est ainsi parce que « In the case of conduct which does no harm of the relevant kind [...], making it liable to punishment solely because it infringes a positive moral code

²⁴⁵ *Id.*, p. 24.

²⁴⁶ H.L.A. HART, *loc.cit.*, note 190, p. 3.

²⁴⁷ *Id.*, p. 50.

(even a majority one) cannot be justified. The suffering imposed is balanced by no sufficient countervailing good »²⁴⁸.

²⁴⁸ *Id.*

IV. TROISIÈME PARTIE : LES VALEURS DE LA COMMUNAUTÉ DANS LE TEST DE LÉGITIMITÉ DES OBJECTIFS LÉGISLATIFS

Depuis la Deuxième guerre mondiale, le Canada a connu une période de libéralisation de son droit pénal et criminel. Par exemple, en 1969, le Parlement décriminalise l'interdiction relative à l'homosexualité, auparavant punissable par la peine de mort ou la prison à vie. L'avènement de la Charte, en 1982, a grandement contribué à cette libéralisation du droit pénal et du droit criminel²⁴⁹. Toutefois, plusieurs dispositions législatives et réglementaires de nature pénale et criminelle ont résisté à l'examen conformément à la disposition liminaire ou à l'article 7 de ce document constitutionnel²⁵⁰. De plus, le Code criminel interdit toujours la polygamie qu'il rend passible d'un emprisonnement maximal de 5 ans²⁵¹.

²⁴⁹ Depuis 1982, plusieurs interdictions législatives criminelles et pénales ont été déclarées inconstitutionnelles à la suite d'un examen conformément à la disposition liminaire de la Charte. C'est le cas notamment de l'interdiction pénale prévue à la *Loi sur le dimanche* de vendre des marchandises le dimanche, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, de l'infraction pénale prévue à la *Motor Vehicule Act* de la Colombie-Britannique prévoyant une infraction de responsabilité absolue assortie d'une peine d'emprisonnement obligatoire, *Renvoi sur la Motor Vehicule Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, des dispositions du Code criminel sur l'avortement, *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, de la disposition de la *Loi sur les stupéfiants* prévoyant une présomption de trafic de stupéfiants, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, de l'interdiction criminelle de publier de fausses nouvelles, *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, de l'interdiction d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote au cours des derniers jours des campagnes électorales fédérales prévue à la *Loi électorale du Canada*, *Thompson Newspaper Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, de l'interdiction relative à la possession de pornographie juvénile en ce qu'elle vise les écrits ou représentations que l'accusé seul a créés et conserve exclusivement pour son usage personnel et les enregistrements visuels créés par l'accusé ou dans lesquels il est représenté, qui ne dépeignent aucune activité sexuelle illégale et que l'accusé conserve exclusivement pour son usage personnel, *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45 et de la disposition de la *Loi électorale du Canada* rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus, *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519.

²⁵⁰ C'est le cas notamment des dispositions 193 et 195.1(1)c) du Code criminel interdisant respectivement de communiquer en public à des fins de prostitution et de tenir des maisons de débauche, *Renvoi relatif au Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, de l'interdiction visant la

Dans la troisième partie de ce mémoire, nous nous intéressons au rôle des valeurs de la communauté dans le test de légitimité des objectifs poursuivis par le législateur au soutien d'une restriction à un droit ou une liberté fondamentale, au premier volet de l'analyse sous l'article premier de la Charte. Est-ce que les valeurs de la communauté ont encore un rôle à jouer dans la justification des mesures attentatoires à un droit ou à une liberté fondamentale? Dans l'affirmative, quel est la nature ou le fondement de ces valeurs morales? Est-ce la morale conventionnelle ou la morale critique? Dans le cas où il s'agit de cette dernière, encore convient-il de préciser de quelle morale critique il peut alors être question : de la morale découverte, conséquentialiste ou constructive et interprétative? Pour répondre à ces questions, nous limiterons notre analyse aux décisions de la Cour suprême du Canada en matière de droit criminel et pénal, notamment celles ayant maintenu la constitutionnalité des interdictions criminelles relatives à l'obscénité²⁵², au suicide assisté²⁵³ et à la possession simple de marijuana²⁵⁴.

propagande haineuse, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, de l'article 163 du Code criminel définissant la notion d'obscénité, *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, de l'interdiction législative de vendre ou d'offrir à vendre au détail des marchandises un dimanche, *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, des dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, de la disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide, *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* interdisant la possession simple de marijuana, *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, *R. c. Clay*, [2003] 3 R.C.S. 73 et de la disposition du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève, *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

²⁵¹ Par. 293(1) C.cr.

²⁵² *R. c. Butler*, précité, note 250.

²⁵³ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, précité, note 250.

²⁵⁴ *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, précité, note 250; *R. c. Clay*, précité, note 250.

A. LES VALEURS ET LES PRINCIPES ESSENTIELS À LA SOCIÉTÉ CANADIENNE

Dès 1975, bien avant la constitutionnalisation des droits et libertés de la personne et l'arrêt *R. c. Oakes*²⁵⁵, dans un rapport intitulé *Notre droit pénal*²⁵⁶, la Commission de réforme du droit du Canada²⁵⁷ aborde la délicate relation entre le droit pénal et les valeurs morales de la société canadienne. Dans son rapport, la Commission estime que le rôle de l'État et de ses institutions, y compris le droit pénal, n'est pas d'imposer une morale²⁵⁸. Elle énonce alors que l'immoralité d'une action « n'est qu'une condition nécessaire et non une condition suffisante »²⁵⁹. Si la fonction du droit pénal est d'offrir une protection contre le préjudice à autrui et à la société elle-même, son rôle ne se limite pourtant pas à une simple protection contre le préjudice²⁶⁰. En fait, la commission adhère à une approche ou à un « point de vue interne » du rôle du droit pénal dans l'imposition de la morale. Elle suggère en effet que le droit pénal puisse non seulement protéger contre le préjudice mais promouvoir ce que Hart a défini dans *Le concept de droit* comme étant une « attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun »²⁶¹. Dans ce sens, la Commission estime que « [...] le seul fait qu'il ne se

²⁵⁵ Précité, note 249.

²⁵⁶ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Notre droit pénal*, Ottawa, Information Canada, 1976.

²⁵⁷ Ci-après la « Commission ».

²⁵⁸ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 256, p. 16.

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ *Id.*

²⁶¹ H.L.A. HART, précité, note 20, p.130.

commette pas de crime ne nous satisferait pas entièrement. [...] [l']absence de criminalité devrait résulter de la croyance dans le caractère indésirable de celle-ci. [...] nous souhaitons une société où les gens estiment qu'ils ne devraient pas être criminels »²⁶². La Commission en conclut que le véritable rôle du droit pénal « sert à souligner les valeurs qui sont nécessaires ou importantes pour la société. Lorsqu'il se produit des actions qui violent gravement les valeurs essentielles comme le respect de la vie, la société doit réagir et réaffirmer ces valeurs »²⁶³. Parmi les valeurs sociales fondamentales que le législateur peut légitimement imposer, la Commission distingue deux catégories de valeurs jugées essentielles. La première catégorie de valeurs essentielles comprend celles qui rendent possible la vie en société:

« La société, après tout, est une entreprise de collaboration. Ses membres doivent être prêts à faire des compromis, doivent respecter leurs besoins et leurs faiblesses mutuels, et il doit exister en son sein un certain degré de confiance mutuelle. En d'autres mots, les citoyens doivent préférer l'ordre à l'anarchie, la paix à la violence et l'honnêteté à la fraude. Toute vie en société exige donc que ses membres s'engagent à soutenir des valeurs telles le respect de la vie, l'inviolabilité de la personne, le respect de la vérité et la nécessité de l'ordre. La violation de ces valeurs essentielles constitue des crimes de violence, de fraude et des crimes contre la paix, l'ordre et une saine administration gouvernementale. Ce sont là des infractions principales qu'on devrait inclure dans un code contenant les crimes véritables. »²⁶⁴

En plus de ces valeurs universelles, s'ajoutent les valeurs formulées en termes d'idéaux propres à la société canadienne :

²⁶² *Id.*, p. 17.

²⁶³ *Id.*

²⁶⁴ *Id.*, p. 20.

« [] certaines sociétés font primer d'autres valeurs. Ainsi, au Canada, nous accordons une importance considérable à la liberté individuelle. Cette valeur n'est pas du tout nécessaire à la vie en société puisque bon nombre d'entre elles ont existé sans elle, et qu'une société qui n'est pas libre demeure quand même une société. Cependant, ce n'est pas une société où nous voudrions vivre. Elle ne nous satisferait pas si elle ne contenait pas un certain degré de liberté, de justice, de tolérance, de dignité humaine et d'égalité. Des infractions telles que la séquestration, l'entrave à la justice et la propagande haineuse constituent des violations de ces valeurs importantes. Elles constituent donc la seconde catégorie des crimes véritables. »

B. L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE

La Charte véhicule quelques-unes de ces valeurs universelles et importantes à son article premier. En effet, cet article garantit, d'une part, le respect des droits et libertés de la personne qui y sont énumérés, et restreint, d'autre part, leur exercice dans les limites dont la justification peut être démontrée dans une société libre et démocratique:

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

La Charte établit un cadre d'analyse en deux étapes à partir duquel les droits et les valeurs sociales fondamentales peuvent être soupesés. Dans une première étape, le tribunal doit décider si la mesure contestée a pour effet de restreindre un ou des droits ou libertés garantis. Cette première étape nécessite l'interprétation et

²⁶⁵ *Id.*, p. 21.

l'application des dispositions garantissant les droits et libertés de la Charte. La controverse demeure sur la question de savoir si une certaine forme de mise en balance ou en équilibre des valeurs opposées ou d'appréciation de la proportionnalité est appropriée pour examiner pleinement le contenu et la portée des droits et libertés à ce premier stade de l'analyse. L'approche majoritaire privilégie la prise en considération des avantages liés à la promotion d'autres valeurs fondamentales et démocratiques à l'étape de l'examen de la proportionnalité sous l'article premier, où les limites apportées au droit concerné doivent être justifiées par le ministère public.

En présence d'une restriction ou d'une atteinte à un droit ou une liberté garanti, il y a examen de la justification conformément à la seconde étape du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Cette étape de l'analyse nécessite l'interprétation et l'application de l'article premier de la Charte qui « établit explicitement les seuls critères justificatifs auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés »²⁶⁶.

C'est à l'étape de l'analyse du caractère urgent et réel des objectifs législatifs poursuivis sous l'article premier qu'il apparaît pertinent d'examiner le rôle des « valeurs de la communauté » dans le raisonnement judiciaire. Celles-ci désignent les valeurs et les principes normatifs de la société canadienne qui doivent guider les tribunaux dans l'interprétation et l'application de l'article premier. Ces valeurs et ces principes essentiels à une « société libre et démocratique » constituent une norme

²⁶⁶ *R. c. Oakes*, précité, note 249, par. 63.

contextuelle d'interprétation²⁶⁷ et représentent les seuls motifs suffisants pour justifier une restriction à un droit ou une liberté garanti :

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

Dans la décision *Oakes*, le juge Dickson a donné quelques exemples de valeurs et de principes moraux que le législateur peut valablement promouvoir au soutien d'une mesure attentatoire à un droit ou une liberté fondamentale. Selon lui, ces valeurs et ces principes comprennent « le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société »²⁶⁹.

Une analyse de la jurisprudence depuis l'affaire *Oakes* a démontré que la Cour suprême du Canada semble privilégier les valeurs de justice sociale et d'égalité²⁷⁰ comme étant les plus susceptibles d'être légitimement promues par le législateur au soutien d'une restriction à un droit ou à une liberté garanti. Ainsi, dans le discours judiciaire, la valeur de l'égalité en faveur des groupes vulnérables est une

²⁶⁷ *Id.*, par. 64.

²⁶⁸ *Id.*, par. 136.

²⁶⁹ *Id.*, par. 64.

²⁷⁰ E.P. MENDES, « In Search of a Theory of Social Justice : The Supreme Court Reconcives the Oakes Test », (1990) 24 *R.J.T.* 1, p. 6.

valeur de la communauté jouant un rôle dans le processus de justification des restrictions aux droits et libertés²⁷¹.

La question de savoir quels sont les valeurs et les principes essentiels à une société libre et démocratique qui peuvent constituer une norme fondamentale en fonction de laquelle peut être démontrée la raisonnable d'une restriction à un droit ou une liberté garanti par la *Charte* est une question controversée en droit canadien. C'est à l'étape de la caractérisation de l'objectif législatif que ces valeurs et ces principes essentiels d'une société libre et démocratique sont le plus souvent identifiés au soutien d'une mesure attentatoire.

1. Le test de légitimité des objectifs législatifs

Le cadre d'analyse sous l'article premier permettant d'établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique a été défini dans l'arrêt *Oakes*. Dans cette affaire, le juge Dickson énonce que le test *Oakes* doit se faire à la lumière de deux critères fondamentaux : Le critère de l'importance de l'objectif législatif poursuivi et le critère de proportionnalité.

Le premier critère fondamental du test de *Oakes*, l'exigence d'un objectif urgent et réel, engage la Cour dans un débat philosophique à propos de la question de

²⁷¹ Peter W. HOGG, « Equality as A Charter Value in Constitutional Interpretation » dans *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Marie-Claire BELLEAU et François LACASSE (dir.), Wilson & Lafleur ltée, 2004, p. 325-340; R. c. *Edwards Books and Art Ltd*, précité, note 250; R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 249.

savoir quelles sont les objectifs législatifs suffisamment importants que peut légitimement poursuivre une mesure attentatoire dans une société libre et démocratique :

« [...] l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. »²⁷²

Ce critère du caractère suffisamment important de l'objectif législatif est une norme qui vise à soustraire de la protection de l'article premier les objectifs « peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique »²⁷³. Pour être qualifié de suffisamment important, l'objectif législatif doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles²⁷⁴.

2. *La caractérisation de l'objectif législatif*

Il importe de préciser qu'il revient à la Cour de déterminer la justification constitutionnelle de l'objet de la mesure contestée. Cet exercice de caractérisation est important puisque la conclusion finale d'un pourvoi devant la Cour suprême du Canada peut parfois en dépendre. En effet, une caractérisation étroite de l'objectif à cette étape initiale de l'examen de la justification mène souvent à une conclusion de non-proportionnalité de la mesure attentatoire à l'issue de l'analyse du critère de proportionnalité, et vice et versa :

²⁷² *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 249, 352.

²⁷³ *R. c. Oakes*, précité, note 249, par. 69

²⁷⁴ *Id.*

« It follows that if the Court wishes to take an activist stance to strike down legislation that does not have a defensible social justice agenda and find the impugned legislation invalid it will define the objective very narrowly, in a fashion which is unlikely to be regarded as pressing and substantial [...] It could be therefore argued that it is at this stage that judicial deference has the greatest impact because how the Court characterizes the objective of the impugned legislation essentially determines whether legislation should be struck down or upheld. The outcome of the remaining parts of the proportionality test is really dependent on the original characterization of the objective of the legislation as set out by the Court. »²⁷⁵

Dans l'arrêt *Malmo-Levine*²⁷⁶ sur la constitutionnalité de l'interdiction criminelle relative à la possession simple de marijuana, la juge Arbour, dissidente, illustre bien l'importance de la caractérisation de l'objectif législatif dans l'analyse en vertu de l'article premier. Dans cette affaire, elle affirme que si l'État avait fondé sa mesure législative sur des principes de moralité, « il nous aurait fallu statuer sur le caractère suffisant de ces motifs comme justification du recours à l'emprisonnement au regard du principe du préjudice en tant que principe de justice fondamentale »²⁷⁷. Selon la juge Arbour, il est toutefois inutile de commenter les chances de succès de cet argument car l'objectif principal de l'interdiction dans cette affaire n'est pas fondé sur la moralité ou la désapprobation morale mais plutôt sur la protection contre un préjudice²⁷⁸.

²⁷⁵ Errol P. MENDES, « The Crucible of the Charter : Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1 » dans BEAUDOIN, G.-A., et E.P., Mendes (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée., 1996, p.114. Voir aussi Antoine BIGENWALD, « L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la Charte des droits et libertés », (1994) 35 *Cahiers de droit* 779.

²⁷⁶ Précité, note 250.

²⁷⁷ *Id.*, par. 243.

²⁷⁸ *Id.*

3. *Le critère de proportionnalité*

Lorsque la Cour est d'avis que l'objectif est suffisamment important, le ministère public doit alors démontrer que la mesure attentatoire répond au critère de proportionnalité. Ce deuxième critère exige la démonstration que « les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer »²⁷⁹. Cette étape du contrôle judiciaire de constitutionnalité sous l'article premier comporte trois volets. Premièrement, les mesures adoptées doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif. Deuxièmement, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures attentatoires et l'objectif reconnu comme « suffisamment important »²⁸⁰. Cette étape du contrôle judiciaire a été décrite comme un exercice « d'équilibrage »²⁸¹ ou de « réconciliation »²⁸² entre les valeurs libérales fondamentales et les valeurs collectives énumérées dans la Charte et les autres valeurs collectives fondamentales, démocratiques ou communautaires, non-énumérées de la société canadienne.

²⁷⁹ *R. c. Oakes*, précité, note 249, par. 70.

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ Luc TREMBLAY, « Réflexions sur la portée de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés suite à la décision de la Cour suprême dans le Renvoi sur la Motor Vehicle Act, (C.B.) », (1987) 18 *R.D.U.S.* 140, p. 243.

²⁸² Janet L. HIEBERT, *Limiting Rights : The Dilemma of Judicial Review*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1996, p.10.

C. LES CONCEPTIONS PARTICULIÈRES DE LA MORALE

Il n'existe que très peu d'affaires dans lesquelles la justification de l'objectif législatif a failli à la première étape de l'analyse sous l'article premier. De façon générale, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière criminelle et pénale nous enseigne que les objectifs ne pourront justifier la mesure attentatoire à un droit ou une liberté fondamentale s'ils reposent sur une conception particulière de la moralité. Celle-ci consiste en une conception de la morale qui reflète les convictions religieuses, philosophiques, morales ou politiques d'une personne ou d'un groupe particulier.

Dans l'affaire *Big M Drug Mart*²⁸³, l'intimée, Big M Drug Mart, accusée de s'être livrée illégalement à la vente de marchandises le dimanche en contravention à la *Loi sur le Dimanche*, contestait la validité de la mesure législative au motif qu'elle portait atteinte à sa liberté de conscience et de religion garantie par la Charte. Selon le juge Dickson, au nom des juges Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer, l'objectif de la mesure attentatoire en cause visait à rendre obligatoire l'observance religieuse du jour de repos dicté par la moralité chrétienne. Sous l'ère de la Charte, cet objectif législatif fondé sur les valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne n'était plus valable parce qu'il visait à imposer une conception particulière de la morale : « Le pouvoir d'imposer, pour des motifs religieux, l'observance universelle du jour de repos préféré par une religion ne concorde guère avec l'objectif de promouvoir le

²⁸³ Précitée, note 249.

maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens, reconnus à l'art. 27 de la Charte. »²⁸⁴

Dans l'affaire *Zundel*²⁸⁵, l'article 181 du Code criminel dont la constitutionnalité était attaquée en vertu de la liberté d'expression garanti par la Charte interdisait « la publication volontaire de fausses déclarations ou nouvelles que l'auteur sait fausses et qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public ». Selon l'opinion majoritaire, l'objectif poursuivi par le législateur ne pouvait être défini qu'en vertu de l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'article, soit « la prévention des déclarations diffamatoires délibérées contre la haute noblesse du royaume »²⁸⁶. Cet objectif n'était plus valable sous l'ère de la Charte car il ne visait pas à éviter les publications qui vont à « l'encontre des valeurs fondamentales de notre société »²⁸⁷ mais à promouvoir une conception particulière de la morale ayant pour but « la protection des puissants contre la discorde ou la calomnie »²⁸⁸. Dans leurs motifs dissidents, les juges Gonthier, Cory et Iacobucci, en faveur du maintien de l'interdiction criminelle, étaient plutôt d'avis que l'objectif législatif de la disposition contestée visait « la protection contre les préjudices causés

²⁸⁴ *Id.*, par. 99.

²⁸⁵ Précitée, note 249.

²⁸⁶ *Id.*, 763.

²⁸⁷ *Id.*, 762.

²⁸⁸ *Id.*, 766.

à l'intérêt public » ou contre ce qui est susceptible « de menacer l'intégrité du tissu social »²⁸⁹.

Au début des années 1990, la question de la légitimité du pouvoir du Parlement de définir ce qui est ou n'est pas obscène aux fins de poursuites criminelles a fait l'objet d'un examen par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Butler*²⁹⁰. Le paragraphe 163(8) du Code criminel dont la constitutionnalité était contestée dans cette affaire définit l'obscénité comme toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, à savoir : le crime, l'horreur, la cruauté et la violence. Selon la Cour suprême du Canada, cette disposition constituait une restriction justifiée à la liberté d'expression. L'un des objectifs poursuivis par le législateur au soutien de la restriction à la liberté d'expression visait à maintenir, dans l'intérêt du public, une « société décente ». De l'avis de la Cour, ce genre d'objectif fondé sur une « conception particulière de la moralité » publique et sexuelle faisait partie de ceux qui n'étaient plus défendables dans la société canadienne sous l'ère de la Charte :

« Imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu'elle reflète les conventions d'une société donnée, va à l'encontre de l'exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social. D. Dyzenhaus, "Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality" (1991), 1 C.R. (4th) 367, à la p. 370, dit qu'il s'agit là d'un [TRADUCTION] "moralisme légal", d'une majorité qui décide quelles

²⁸⁹ *Id.*, p. 819.

²⁹⁰ Précitée, note 250.

sont les valeurs qui devraient guider la vie de chacun, pour ensuite imposer ces valeurs aux minorités. La prévention de "l'obscénité pour l'obscénité" ne constitue pas un objectif légitime qui justifierait la violation de l'une des libertés les plus fondamentales consacrées dans la *Charte*. »²⁹¹

Le juge Sopinka, au nom de la Cour, conclut que l'objectif législatif de maintenir une société décente repose sur la thèse du moralisme juridique qui vise à justifier l'imposition de « normes de bienséances traditionnelles, indépendamment du préjudice causé à la société »²⁹². Cet objectif particulier « n'est plus justifié compte tenu des valeurs relatives à la liberté individuelle qui sous-tendent la Charte »²⁹³.

Les jugements du juge du procès et des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. c. Ewanchuk*²⁹⁴ en 1999 illustrent le type de raisonnement fondé sur une conception subjective de la morale sexuelle. Dans cette affaire d'agression sexuelle, ces juges ont exprimé les croyances discriminatoires selon lesquelles lorsqu'une femme dit « non », elle veut plutôt dire « oui », « essaie encore » ou « persuade-moi » et celles voulant qu'une femme non vêtue « d'un bonnet et d'une crinoline », « incite » ou « provoque » l'agression sexuelle ou fait naître une présomption de consentement²⁹⁵. Dans leurs motifs, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier soulignent combien cette conception subjective fondée sur des

²⁹¹ *Id.*, 492-493.

²⁹² *Id.*, 498.

²⁹³ *Id.*

²⁹⁴ [1999] 1 R.C.S. 330.

²⁹⁵ *Id.*, par. 87.

mythes et des stéréotypes archaïques sur la nature des agressions sexuelles étaient malheureusement acceptée à tous les échelons de la société²⁹⁶.

En 2003, par six voix contre trois, les juges de la Cour suprême des Etats-Unis, dans l'affaire *Lawrence et al. c. Texas*²⁹⁷, invalident une loi texane interdisant sous peine de sanction criminelle les pratiques homosexuelles en privé entre adultes consentants au motif que la disposition législative en question viole le Quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis qui prévoit que « [N]o State shall [] derive any person of [...] liberty, [...], without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws[...] »²⁹⁸. Le juge Kennedy, exprimant l'opinion des juges majoritaires, fonde son raisonnement sur le rapport Wolfenden et sur l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*²⁹⁹ de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire de 1981, la Cour de Strasbourg condamne la législation nord-irlandaise criminalisant les relations homosexuelles au motif que si « l'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale [...] cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants »³⁰⁰.

²⁹⁶ *Id.*, par. 94.

²⁹⁷ 1156 L.Ed. 2d 508

²⁹⁸ *Id.*, p. 2846-2847.

²⁹⁹ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A no 45, p. 18-19, § 41.

³⁰⁰ *Id.*, par. 60.

Cet arrêt historique renverse une décision précédente de la Cour suprême des États-Unis, rendu 17 ans plus tôt, dans l'affaire *Bowers c. Hardwick*³⁰¹. Cette décision reposait sur une version « extrême » du moralisme juridique. Dans cette affaire de 1986, la plus haute cour des États-Unis décida que la loi interdisant la sodomie entre adultes consentants s'appliquait dans l'État de Géorgie. À l'argument de Hardwick selon lequel la loi devait avoir un fondement rationnel et que l'opinion d'une majorité de la population, sur la moralité des relations homosexuelles en privé entre adultes consentants, est inadmissible, le juge White laisse entendre *a contrario* qu'un tel raisonnement pouvait servir de fondement à la loi :

« The Law, however, is constantly based on notions of morality, and if all laws representing essentially moral choices are to be invalidated under the Due Process Clause, the courts will be very busy indeed. Even respondent makes no such claim, but insists that majority sentiments about the morality of homosexuality should be declared inadequate. We do not agree, and are unpersuaded that the sodomy laws of some 25 States should be invalidated on this basis. »³⁰²

De l'avis des juges majoritaires dans l'affaire *Lawrence*, l'opinion dissidente du juge Stevens dans *Bowers c. Harwick* est celle qui doit désormais prévaloir :

« Our prior cases make two propositions abundantly clear. First, the fact that the governing majority in a State has traditionally viewed a particular practice as immoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice; neither history nor tradition could save a law prohibiting miscegenation from constitutional attack. Second, individual decisions by married persons, concerning the intimacies of their physical relationship, even when not intended to produce offspring, are a form of "liberty" protected by the Due Process Clause

³⁰¹ 106 S.Ct. 2841 (1986)

³⁰² *Id.*, p. 2846-2847

of the Fourteenth Amendment. Moreover, this protection extends to intimate choices by unmarried as well as married persons. »³⁰³

Il ressort de ce qui précède que, sous l'ère de la Charte, il n'appartient plus aux pouvoirs législatif et judiciaire de jouer le rôle de gardien des normes de la morale positive ou conventionnelle qui reflètent des considérations ou des jugements moraux discriminatoires, arbitraires ou représentant une conception subjective de ce qui est bien ou mal de faire ou de ne pas faire.

D. LES CONCEPTIONS FONDAMENTALES DE LA MORALITÉ

Le rôle des pouvoirs législatif et judiciaire est de promouvoir les valeurs morales fondamentales de la société canadienne et les principes de justice fondamentale. Par conséquent, le Parlement peut utiliser son droit pénal et criminel pour promouvoir des « conceptions fondamentales de la moralité » aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique.

Dans l'affaire *Butler*³⁰⁴, le juge Sopinka affirmait ce qui suit :

« Je ne puis souscrire à l'opinion de l'appelant que le Parlement n'a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique. [...] »³⁰⁵

« [...] Une bonne partie du droit criminel repose sur des conceptions morales de ce qui est bon ou mauvais, et le simple fait qu'un texte

³⁰³ *Id.*, p. 2857.

³⁰⁴ *R. c. Butler*, précité, note 250, 493 (j. Sopinka).

³⁰⁵ *Id.*

législatif soit fondé sur la moralité ne le rend pas automatiquement illégitime. »³⁰⁶

Une « conception fondamentale de la moralité » est un critère, un principe ou une norme de la morale critique qui permet de juger du caractère suffisamment important, urgent et réel des objectifs législatifs invoqués au soutien de la justification d'une restriction à un droit ou une liberté garanti par la Charte, au sens de l'article premier. Dans ce qui suit, nous allons distinguer deux approches au test de légitimité des objectifs législatifs fondés sur des « conceptions fondamentales de la moralité ».

1. Les objectifs législatifs fondés sur le critère du préjudice aux valeurs de la Charte

a) Les valeurs de la Charte

Selon une première approche libérale, influencée par J.S. Mill et H.W. Hart, les seules conceptions fondamentales de la moralité qui peuvent jouer un rôle à la première étape de l'analyse de la justification d'une mesure attentatoire, sont celles qui reposent sur le critère du préjudice aux valeurs morales que les membres de la société canadienne ont officiellement reconnues, c'est-à-dire aux « valeurs de la Charte ». Cette approche repose sur un raisonnement moral, qui adopte une position sceptique en éthique, réduisant les jugements moraux à des questions de goûts, d'expression de sentiments, d'opinions ou d'attitudes. En effet, selon cette approche,

³⁰⁶ *Id.*

les valeurs morales de la société sont subjectives et arbitraires. Pour être objectif, le raisonnement moral doit donc reposer sur les seules valeurs morales que la société canadienne a officiellement reconnues dans la Charte.

Cette version libérale de type positiviste au test de légitimité des objectifs législatifs à la première étape de l'analyse de la justification des restrictions aux droits et libertés de la personne sous l'article 1, fondée sur une conception des valeurs morales de la société comprises comme étant les valeurs officiellement reconnues dans la Charte, a été récemment reformulée par le philosophe du droit canadien W.J. Waluchow. Dans *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*³⁰⁷, Waluchow élabore une conception du rôle du pouvoir judiciaire dans le processus de contrôle de constitutionnalité, qui s'écarte des théories de la déférence ou de la retenue judiciaire de type originaliste, textualiste et majoritariste en faveur d'un raisonnement d'argumentation et d'interprétation de la common law qu'il nomme « the common law approach to judicial review ». Waluchow développe cette approche de common law au processus de décisions en matière constitutionnelle en réponse à la question de savoir « to what kind of standards does (or can) a Charter refer when, for example, it reaches the conclusion that a statute is constitutionally invalid and of no force and effect because it infringes unjustifiably on the « right to life, liberty and security of the person » in a manner that fails to comport with « the

³⁰⁷ Wilfrid J. WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, New York, Cambridge University Press, 2007, p. 227.

principles of fundamental justice? »³⁰⁸. Sa théorie de la révision judiciaire en matière constitutionnelle repose sur la prémisse selon laquelle « the rights to which a Charter refers are best viewed as rights of political morality established within what we'll call the « community's constitutional morality »³⁰⁹. La conception de la « morale constitutionnelle de la communauté » que défend ce tenant du positivisme juridique inclusif « are not the personal morality of any particular person or institution. Nor is it the morality decreed by God, inherent in the fabric of the universe, or discernible via the existence of pure practical reason »³¹⁰. Selon Waluchow, cette « morale constitutionnelle de la communauté » comprend ce qui suit:

« [...] the moral norms and convictions to which the community, via its various social forms and practices, has committed itself and that have in some way or other been drawn into the law via the rule of recognition and the law it validates. It is the morality actually embedded in social and legal practices in the way in which principles of corrective justice are embedded in our tort law. So construed, a community's constitutional morality is a subset of the wider community morality that includes norms and convictions which lack legal recognition. Even if there are norms governing friendship, gratitude, marital fidelity, and charitable giving within the community moralities of contemporary Western societies, these are not, in the main, part of the constitutional moralities of those societies because they lack recognition. Distinct (and different) principles of equality and fundamental justice are, on the other hand, characteristic elements of the constitutional moralities of Western societies. In the case of Canada and the United States, legal recognition of such principles includes enshrinement in the Canadian Charter and the American Bill of Rights. »³¹¹

³⁰⁸ *Id.*, p. 219.

³⁰⁹ *Id.*

³¹⁰ *Id.*, p. 227.

³¹¹ *Id.*, p. 227-228.

Dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, le concept de « valeurs de la Charte » fut d'abord utilisé dans le but d'étendre la protection de la Charte à la *common law*. Dans l'affaire *Dolphin Delivery*³¹², le juge McIntyre pour la majorité affirmait que « le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution »³¹³. Par la suite, dans l'affaire *Hill c. Église de scientologie de Toronto*³¹⁴, le juge Cory, aux noms des juges La Forest, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major a réaffirmé le principe énoncé dans *Dolphin Delivery* selon lequel la *common law* doit être interprété d'une manière conforme aux « valeurs sociales contemporaines »³¹⁵ consacrées ou véhiculées dans la Charte. Ces valeurs de la Charte incluent également des « valeurs sous-jacentes »:

« La protection de la réputation est d'importance vitale et il faut tenir compte de l'importance particulière que revêt la réputation pour l'avocat. Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la Charte, la bonne réputation de l'individu représente et reflète la dignité humaine, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la Charte. »³¹⁶

b) L'arrêt *Butler*

C'est dans l'arrêt *Butler*³¹⁷ que le critère du préjudice « aux valeurs de la Charte » est adopté par la Cour suprême du Canada dans le test de légitimité de

³¹² *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

³¹³ *Id.*, par. 39.

³¹⁴ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

³¹⁵ *Id.*, par. 91-92.

³¹⁶ *Id.*, par. 120.

³¹⁷ *R. c. Butler*, précité, note 250.

l'objectif législatif. Dans cet arrêt sur la validité constitutionnelle de l'interdit criminel en matière de pornographie, le juge Sopinka caractérise l'un des objectifs législatifs poursuivis comme visant « à éviter le préjudice auquel donnent lieu les changements d'attitude antisociaux causés par le fait d'être exposé à du matériel obscène »³¹⁸. Le juge Sopinka résume ce critère de la façon suivante :

« Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. Cette conclusion peut être tirée à partir du matériel même ou à partir du matériel et d'autres éléments de preuve. En outre, la preuve des normes sociales est souhaitable, mais non essentielle. »³¹⁹

Selon le juge Sopinka, le Parlement a le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique. Il suggère par la suite que pour être valide, un objectif législatif fondé sur une conception fondamentale de la moralité doit reposer sur les valeurs de la Charte³²⁰ : « [...] criminaliser la prolifération du matériel qui porte atteinte à un autre droit fondamental garanti par la

³¹⁸ *Id.*, 491.

³¹⁹ *Id.*, 485.

³²⁰ *Id.*, 493.

Charte peut bien constituer un objectif légitime. »³²¹ Toutefois, il ajoute que la disposition législative en question vise avant tout « non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société »³²².

Le type de préjudice envisagé par le juge Sopinka ne se définit pas du point de vue strict de la morale publique :

« En 1959, le préjudice causé à la société par l'exploitation indue des choses sexuelles ou des choses sexuelles et de l'un des autres sujets nommés aurait bien pu être été défini plus strictement du point de vue de la moralité publique, savoir que cette expression allait à l'encontre de ce que la société considérait comme bon ou mauvais. Il se peut bien que, si c'était là le seul préjudice identifiable aujourd'hui, on ne pourrait pas affirmer que le texte législatif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles et justifie ainsi une atteinte à la liberté d'expression. Toutefois, ce n'est pas le cas. Le préjudice va au-delà de la moralité publique prise dans ce sens strict. »³²³

Le type de préjudice social causé par l'exploitation indue des choses sexuelles ne réside pas non plus dans le manque de convenance ou de bon goût³²⁴. Le préjudice est plutôt défini comme le « comportement [...] que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement »³²⁵.

La désapprobation morale, selon cette approche, doit donc reposer sur la preuve d'un préjudice social d'un certain type. La seule désapprobation de la corruption morale par la grande majorité des membres de la société ne suffit pas. En

³²¹ *Id.*

³²² *Id.*

³²³ *Id.*, 495-496.

³²⁴ *Id.*, 493.

³²⁵ *Id.*, 495.

qualifiant l'objectif législatif en termes de préjudice social, le juge Sopinka se garde toutefois d'adhérer à une conception moralement neutre du concept de préjudice :

« D'abord, les notions de corruption morale et de préjudice causé à la société constituent non pas des notions distinctes, comme le prétend l'appelant, mais plutôt des notions inextricablement liées. C'est la corruption morale d'un certain type qui entraîne l'effet nocif sur la société [...] Notre compréhension des préjudices causés par ce matériel a évolué considérablement depuis lors; [...] toutefois, cela ne déroge pas au fait que l'objet du texte législatif demeure, comme c'était le cas en 1959, la protection de la société contre les préjudices résultant de l'exposition au matériel obscène. »³²⁶

Dans cette affaire, c'est l'effet nocif sur la valeur de l'égalité entre les hommes et les femmes et l'importance de protéger les groupes vulnérables comme les femmes et les enfants contre l'exploitation qui justifiaient la restriction à la liberté d'expression. Ce sont non seulement des valeurs de la Charte mais aussi des valeurs profondément ancrées dans l'histoire de toute société libre et démocratique:

« En arrivant à la conclusion que l'interdiction de l'obscénité dans un texte législatif constitue un objectif valide qui justifie une certaine atteinte au droit à la liberté d'expression, je suis en partie convaincu que la plupart des sociétés libres et démocratiques possèdent des textes législatifs de cette nature. Comme le fait judicieusement remarquer le juge en chef Nemetz dans l'arrêt *R. v. Red Hot Video*, [...], les sociétés démocratiques ont, pendant des siècles, imposé certaines restrictions à la liberté d'expression. »³²⁷

³²⁶ *Id.*, 494.

³²⁷ *Id.*, 497.

c) L'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium*

Depuis l'arrêt *Butler*, le critère du préjudice social constitue un critère important pour déterminer si une conduite est indécente ou non au sens du Code criminel. Dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*³²⁸, portant sur la validité constitutionnelle de la législation douanière pourvoyant à l'interception et à l'exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative, la Cour confirme que le préjudice est un élément important de l'obscénité. Comme le souligne le juge Binnie, au nom des juges McLachlin, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache :

« l'expression « dégradant ou déshumanisant » utilisée dans [l'arrêt *Butler*] est immédiatement tempérée par les mots « si le risque de préjudice est important » [. . .] Cela indique clairement que le matériel érotique sexuellement explicite représentant des adultes se livrant à des actes considérés comme dégradants ou déshumanisants n'est pas toujours obscène. Ce matériel doit également créer un risque de préjudice important, qui excède le seuil de tolérance de la société. »³²⁹

À l'argument de la librairie, selon lequel l'approche fondée sur le préjudice social repose dans les faits sur le même fondement moral discrédité dans *Butler* et équivaut, par conséquent, à une forme déguisée de moralisme duquel la Cour voulait s'éloigner dans *Butler*, le juge Binnie affirme que « la norme de tolérance de la

³²⁸ [2000] 2 R.C.S. 1120.

³²⁹ *Id.*, par. 60.

société est fondée sur la crainte raisonnable de préjudice, et non sur la moralité »³³⁰,
entendu comme étant l'expression des « goûts de la majorité »³³¹ :

« Nous ne disposons d'aucune preuve indiquant que les tribunaux sont incapables d'appliquer le critère établi dans Butler, et les décisions publiées semblent confirmer que l'identification du préjudice est une exigence bien comprise. »³³²

d) L'arrêt *Labaye*

Bien que la récente et surprenante décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Labaye*³³³ ne porte pas sur les limites constitutionnelles au pouvoir de l'État de légiférer en matière criminelle, l'opinion de la majorité des juges dans cette affaire fait bien ressortir la version des théories de la justification de l'intervention de l'État fondée sur le critère du préjudice social. Dans cet arrêt, l'exploitant du bar l'Orage, Monsieur Labaye, accusé d'avoir tenu une maison de débauche pour la pratique « d'actes d'indécence », contestait sa condamnation au motif que son club, qui permet aux couples et aux célibataires d'avoir des activités sexuelles en groupe, n'est pas un endroit où se déroulent des « actes d'indécence » au sens du paragraphe 210(1) du Code criminel. Dans une majorité de 7 juges contre 2, la juge en chef McLachlin, au nom des juges Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron, acquitte Labaye au motif que le ministère public n'avait pas établi, hors de tout doute raisonnable, que les actes sexuels reprochés constituaient des « actes

³³⁰ *Id.*, par. 62.

³³¹ *Id.*

³³² *Id.*

³³³ [2005] 3 R.C.S. 728.

d'indécence criminelle». Pour les juges de la majorité, il faut définir le mot « indécence » en faisant abstraction de sa signification morale. La juge McLachlin affirme ce qui suit au nom de la majorité :

« L'indécence a deux sens : un sens moral et un sens juridique. Ce n'est pas à l'aspect moral de l'indécence que nous devons nous intéresser, mais à son aspect juridique. Les aspects moral et juridique du concept sont évidemment liés. Historiquement, les concepts juridiques de l'indécence et de l'obscénité, appliqués respectivement à des comportements et à des publications, ont été inspirés et influencés par les valeurs morales de la société. Mais au fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs et arbitraires, qu'ils n'étaient pas fonctionnels dans le contexte criminel, et qu'une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d'une société diversifiée. Cela a mené à l'adoption d'une norme juridique fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective. »³³⁴

Pour la juge McLachlin, au nom des juges de la majorité, le raisonnement fondé sur le critère du préjudice social, confirmé dans les arrêts *Butler* et *Little Sisters*, constitue un critère unique permettant d'évaluer la tolérance de la société canadienne à l'égard de pratiques sexuelles. Selon les juges de la majorité, la condition relative au préjudice que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement, énoncé dans *Butler*, signifie que le préjudice doit se rattacher « à une valeur fondamentale exprimée dans la Constitution ou les lois fondamentales semblables de notre société, telles les déclarations des droits, par lesquelles la société reconnaît officiellement que le type de préjudice en

³³⁴ *Id.*, par. 14.

cause peut être incompatible avec son bon fonctionnement »³³⁵. Pour pouvoir jouer un rôle, les valeurs sociales doivent donc être des valeurs de la Charte tel que l'autonomie, la liberté, l'égalité et le respect de la dignité humaine³³⁶. Le critère de la reconnaissance officielle assure que les valeurs défendues par les juges et les jurés représentent objectivement celles de la société canadienne. « L'examen n'est pas fondé sur des conceptions personnelles de ce qui constitue un préjudice, ni sur les enseignements de telle ou telle idéologie, mais sur ce que la société a reconnu, par ses lois fondamentales, comme essentiel. »³³⁷ :

« [L]e renvoi aux valeurs essentielles de notre Constitution et de nos lois fondamentales semblables élimine aussi les types de conduite qui ne constituent pas un préjudice au sens requis. Le mauvais goût ne suffit pas : *Towne Cinema*, p.507. Les convictions morales, même bien ancrées, ne suffisent pas. De même, le fait que la plupart des membres de la collectivité puissent désapprouver la conduite ne suffit pas : *Butler*, p. 492. Dans chaque cas, il faut plus pour établir le préjudice nécessaire à une conclusion d'indécence criminelle. »³³⁸

2. Les objectifs législatifs fondés sur des principes

moraux

a) Le consensus moral

Il est possible d'identifier une seconde version de type constructiviste et interprétativiste selon laquelle le critère du préjudice aux valeurs de la Charte n'est

³³⁵ *Id.*, par. 33.

³³⁶ *Id.*

³³⁷ *Id.*

³³⁸ *Id.*, par. 37.

pas un préalable à l'intervention de l'État en matière pénale et criminelle. La démonstration d'une atteinte ou d'un préjudice moral, c'est-à-dire, aux valeurs morales qui font consensus au sein de la société canadienne comme les valeurs de la famille, du bien-être moral et de la fraternité ou du souci d'autrui, qu'il est possible d'identifier de façon objective, sans le recours à notre Constitution ou aux autres lois fondamentales, peut suffire pour d'établir le caractère urgent et réel des objectifs législatifs invoqués au soutien d'une mesure attentatoire.

Cette deuxième approche des théories de la justification constitue une des versions des théories de la révision judiciaire fondée sur l'idée du consensus. L'un des plus radicaux représentants de cette version des théories de la révision judiciaire est Harry H. Wellington. Selon ce dernier, le point de vue moral approprié à partir duquel s'effectue le contrôle de constitutionnalité doit s'enraciner dans la moralité conventionnelle :

« When dealing with legal principles a court must take a moral point of view. Yet I doubt that one would want to say that a court is entitled or required to assert its moral point of view. Unlike the moral philosopher, the court is required to assert ours. This requirement imposes constraints: Judicial reasoning in concrete cases must proceed from society's set of moral principles and ideals. [...] And that is why we must be concerned with conventional morality, for it is that society's set of moral precepts and ideals are located. »³³⁹

³³⁹ Harry H. WELLINGTON, « Common Law Rules and Constitutional Double Standards : Some Notes on Adjudication », (1973) 83 *Yale L.J.* 221, p. 244.

La version des théories de la révision judiciaire de Wellington est une version de type « majoritariste »³⁴⁰. Selon Michael Perry, qui est également un défenseur de cette approche majoritariste aux théories de la révision judiciaire, le rôle du pouvoir judiciaire se limite à affirmer et imposer la morale conventionnelle. Dans l'exercice du pouvoir judiciaire, la Cour doit tenir compte des « cases establishing relevant « first principles »; cases involving related or analogous issues; evidence indicating a shift in the moral culture, such as recently enacted legislation dealing with an aspect of the issue before the Court; or credible studies of shifts in contemporary social attitudes »³⁴¹ :

« Ultimately, however, each individual Justice [...] must ask whether particularized claims about that culture resonate with him or her. The Justices, after all, are not unfamiliar with conventional mores and attitudes; in truth it is unlikely that a very unconventional person would become a Justice of the Supreme Court. The collectivity which is the Supreme Court is, in this sense, a jury, and as a matter of political reality, the Court is a jury that generally will reflect and mediate the temper of the dominant political and moral culture. »³⁴²

Contrairement à Wellington, la conception de la morale de Perry est une « morale publique ». Selon lui, la question n'est pas celle de savoir « whether the conduct is disapproved by conventionnal morality but whether conventional morality

³⁴⁰ Wojciech SADURSKI, « Conventional Morality and Judicial Standards », (1987) 73 *Virginia Law Review* 339, p. 342.

³⁴¹ Michael PERRY, « Abortion, The Public Morals, and the Police Power : The Ethical Function of Substantive Due Process », (1976) 23 *U.C.L.A. L.Rev.* 689, p. 730.

³⁴² *Id.*, p. 730-731.

supports state enforcement of its disapproval through criminal and civil sanctions »³⁴³.

Au-delà de ces versions de type majoritariste, il importe de mentionner une deuxième approche plus sophistiquée des théories de la révision judiciaire fondées sur l'idée de consensus. Cette deuxième version « will search for the consensus not on the « surface » of societal values, but deeper in the fabric of conventional morality »³⁴⁴. Les conceptions de la morale critique de type constructiviste et interprétativiste, en particulier la théorie du consensus par recoupement et l'approche de Dworkin décrite dans la deuxième partie de ce mémoire, illustrent cette deuxième version des théories de la révision judiciaire fondées sur l'idée de consensus moral. Cette approche des théories de la justification fondée sur l'idée de consensus moral est celle qui, à notre avis, caractérise le mieux la deuxième approche au test de légitimité des objectifs législatifs, sous l'article premier de la Charte, qu'il est possible d'identifier dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Dans ce qui suit, nous allons tenter d'illustrer notre propos à l'aide de quelques exemples jurisprudentiels de la Cour suprême du Canada, en droit pénal et criminel, sous l'article premier et sous l'article 7 de la Charte.

Au niveau de la Cour suprême du Canada, le juge en chef Dickson a été, à notre avis, l'un des pionniers de cette approche au contrôle judiciaire de la

³⁴³ Michael PERRY, « Substantive Due Process Revisited : Reflections on (and Beyond) Recent Cases », (1977) 71 *Nw. U.L. rev.* 417, p. 447.

³⁴⁴ W. SADURSKI, *loc. cit.*, note 340, p. 377.

constitutionnalité des mesures législatives et de l'action gouvernementale fondé sur l'idée de consensus. Comme nous l'avons mentionné précédemment, pour le juge Dickson, les valeurs et les principes essentiels à une société libre et démocratique qui doivent guider les juges dans l'analyse de la justification sous l'article premier comprennent « le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société »³⁴⁵. Ces valeurs essentielles ne sont pas confinées exclusivement à celles qui sont énumérées par la Charte. Dans *Keegstra*³⁴⁶, le juge Dickson, au nom des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier, observait que le texte de l'article premier réunit les « valeurs et les aspirations fondamentales de la société canadienne »³⁴⁷. L'application de cet article liminaire nécessite « l'articulation des mots « société libre et démocratique »³⁴⁸. Il faut identifier et interpréter les valeurs que cette expression véhicule:

« [...] Dans une large mesure, une société libre et démocratique embrasse les valeurs et les principes mêmes que les Canadiens ont cherché à protéger et à promouvoir par la constitutionnalisation de droits et de libertés, quoique l'évaluation faite en vertu de l'article

³⁴⁵ *R. c. Oakes*, précité, note 249, par. 64.

³⁴⁶ *R. c. Keegstra*, précité, note 250.

³⁴⁷ *Id.*, 735-736.

³⁴⁸ *Id.*, 736.

premier ne se borne pas aux valeurs expressément énoncées dans la Charte (*Slaight*, précité, à la p. 1056). »³⁴⁹

Dans le même sens, le juge Dickson affirmait dans l'affaire *Slaight Communications Inc.*³⁵⁰ qu'« [i]l existe plusieurs valeurs différentes qui méritent d'être protégées dans une société libre et démocratique comme la société canadienne, et seules certaines d'entre elles sont expressément prévues dans la Charte »³⁵¹. Outre les valeurs individuelles d'autrui protégées par la Charte, le juge Dickson entrevoyait la possibilité pour l'État de restreindre la liberté individuelle afin de préserver d'autres valeurs morales de la société canadienne. Dans l'affaire *Big M Drug Mart*³⁵², le juge Dickson, au nom des juges Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer, affirme ce qui suit :

« La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'état ou par la volonté d'autrui à une condition que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la Charte est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les moeurs publiques ou les libertés et droits

³⁴⁹ *Id.*

³⁵⁰ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

³⁵¹ *Id.*, 1056.

³⁵² Précité, note 249.

fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. »³⁵³

Dans ses propos complémentaires dans l'affaire *Butler*, le juge Gonthier adhère à cette approche en matière de justification des restrictions à la liberté d'expression en matière sexuelle. Selon lui, la notion de préjudice, défini comme étant la prédisposition des personnes à agir de manière antisociale, joue un rôle important dans l'identification de la norme de tolérance de la société envers le matériel obscène. Toutefois, il laisse entendre que l'évaluation du risque de préjudice n'est pas déterminante en soi. Il en allait ainsi selon lui de la catégorie de matériel qui représente des choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisante. Selon le juge Gonthier, bien que le risque de préjudice de ce genre de matériel, à savoir les changements d'attitudes, soit faible voir inexistant, cela ne permet pas d'exclure ce genre de matériel de la définition de l'obscénité au sens du Code criminel :

« [...] Alors que le matériel dégradant ou déshumanisant est susceptible de causer un préjudice, peu importe que la société soit disposée à le tolérer ou non, le matériel qui ne renferme aucun élément de violence ni aucun traitement dégradant ou déshumanisant est moins susceptible de causer un préjudice et la preuve de l'absence de tolérance de la part de la société sera cruciale. »³⁵⁴

Sur la question de la constitutionnalité de l'interdiction criminelle de l'obscénité, le juge Gonthier est d'accord avec la distinction établie par le juge Sopinka entre la « moralité publique » et les « conceptions fondamentales de la

³⁵³ *Id.*, par. 95.

³⁵⁴ *R. c. Butler*, précité, note 250, 521.

moralité ». Toutefois, il affirme que « le fait d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société n'est qu'un exemple de conception fondamentale de la moralité »³⁵⁵. L'État peut légitimement agir en se fondant sur la moralité, les mœurs publiques ou la morale³⁵⁶. Le problème, selon lui, « n'est pas tant d'évaluer si la moralité est un objectif valide en vertu de la Charte, que de déterminer dans quelles conditions elle constitue un objectif urgent et réel »³⁵⁷. Pour déterminer quels sont les objectifs législatifs fondés sur la moralité qui peuvent justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garanti par la Charte, le juge Gonthier adhère au point de vue critique de Ronald Dworkin énoncé dans son texte *Liberté et moralisme*³⁵⁸ en réponse au moralisme juridique de Lord Devlin. Selon ce point de vue critique, la morale conventionnelle peut intervenir dans le processus de décision judiciaire. Le rôle du législateur et des juges est de rechercher les principes moraux qui font consensus au sein de la grande majorité des membres de la communauté. Toutefois, les juges ne sont pas soumis à la morale de la communauté parce que rien dans le fait que la communauté les entretient ne les rend justes. Les juges doivent plutôt saisir, d'un point de vue interne, les raisons qui fondent les opinions ou les choix moraux exprimés par les membres de la communauté. Ils doivent ensuite vérifier si ces raisons sont fondées à la lumière de principes plus généraux. Autrement dit, lorsque le législateur ou le juge doit se prononcer sur une question morale, il doit suivre le consensus moral fondé sur une position morale au sens distinctif, c'est-à-dire qui

³⁵⁵ *Id.*, 522.

³⁵⁶ *Id.*

³⁵⁷ *Id.*, 523.

³⁵⁸ R. DWORKIN, *op. cit.*, note 155.

repose sur des raisons ou des motifs valables. Le juge Gonthier cite l'extrait suivant du texte intitulé « Liberté et moralisme » de Ronald Dworkin:

« La prétention qu'il existe un consensus moral ne repose pas sur un sondage. Elle se fonde sur la façon dont le législateur perçoit la réaction de la société face à certaines pratiques désapprouvées. Toutefois, le législateur doit aussi être conscient des motifs sur lesquels cette réaction se fonde généralement. S'il y a eu un débat public qui a donné lieu à des éditoriaux dans les journaux, à des discours de ses collègues, à des témoignages des groupes intéressés et des lettres, il sera d'autant plus conscient des arguments et des positions en présence. Il doit passer en revue ces arguments et positions et penser à des théories ou à des principes généraux que de grands segments de la population pourraient bien ne pas accepter, et ainsi de suite. »³⁵⁹

Dans *Butler*, le juge Gonthier adhère à cette approche fondée sur l'idée d'un consensus moral et suggère même que les juges seraient capable d'identifier ce consensus moral. Il affirme que cette tâche attribuée par Ronald Dworkin au Parlement consistant à rechercher un consensus moral non pas à la surface des valeurs de la communauté mais profondément ancré dans le tissu de la moralité conventionnelle, incombe également à la Cour lorsqu'elle procède à un examen fondé sur la Charte³⁶⁰. La Cour serait même mieux en mesure que le législateur d'identifier les fondements sur lesquels reposent les réactions de la société envers certaines pratiques désapprouvées.

Selon le juge Gonthier, lorsque la Cour procède à une analyse du caractère urgent et réel des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la Charte, il

³⁵⁹ R. c. *Butler*, précité, note 250, 523-524.

³⁶⁰ R. DWORKIN, *op. cit.*, note 155, p. 255.

importe qu'elle puisse distinguer la moralité au sens général des « conceptions fondamentales de la moralité ». Pour y parvenir, la Cour doit reconnaître deux dimensions importantes à l'examen du caractère suffisamment important des objectifs législatifs invoqués au soutien d'une restriction aux droits et libertés fondamentaux:

« Premièrement, les prétentions morales doivent être fondées. Elles doivent porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être pour n'en nommer que quelques-uns; il ne doit pas s'agir simplement de divergences d'opinions ou de goûts. Le Parlement ne saurait restreindre les droits garantis par la *Charte* simplement pour des motifs d'aversion; c'est ce qu'on entend par préoccupation « réelle et urgente ».

Deuxièmement, il doit exister un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Elles doivent bénéficier de l'appui de plus d'une majorité simple de la population. Dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de ce qui est bien. Les garanties prévues à l'art. 2 de la *Charte* protègent cette diversité pluraliste. Cependant, si les tenants de ces diverses conceptions reconnaissent qu'une conduite donnée n'est pas bonne, alors le respect du pluralisme qui sous-tend l'art. 2 de la *Charte* devient une objection moins insurmontable à l'intervention de l'État [...] En ce sens, il doit exister un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien pour que l'État puisse intervenir en invoquant la moralité. Cela est également compris dans l'expression « urgent et réel. »³⁶¹

La première dimension saisie par le juge Gonthier vise à exclure du raisonnement moral les motifs ou les raisons qui ne sont pas valables selon nos conventions morales communes. Celles-ci excluent notamment du processus de justification les arguments ou les prétentions qui reposent sur des divergences d'opinions ou de goûts ou encore sur des motifs d'aversion. L'exigence relative au

³⁶¹ R. c. *Butler*, précité, note 250, 522-523.

fondement des objectifs moraux poursuivis par une mesure législative attentatoire vise à répondre au point de vue sceptique en éthique, selon lequel l'analyse du caractère urgent et réel de l'objectif législatif fondé sur la moralité sous l'article premier n'est rien de plus que l'expression des conceptions personnelles, de l'idéologie et de la vision des juges quant à la séparation des pouvoirs entre le judiciaire et le législateur.

La deuxième dimension qui permet, selon le juge Gonthier, de distinguer entre la moralité dans un sens général et les conceptions fondamentales de la moralité, vise à répondre aux critiques fondés sur le pluralisme axiologique et sur l'impossibilité d'établir un consensus sur les questions morales. L'exigence relative à l'existence d'un consensus moral au sein de la population quant à la légitimité des objectifs législatifs poursuivis vise à repousser une certaine conception du rôle du pouvoir judiciaire et du principe démocratique de type majoritariste.

Le juge Gonthier conclut « qu'éviter qu'un préjudice soit causé à la société par suite de changements d'attitude représente certainement une « conception fondamentale de la moralité »³⁶². Cet objectif est bien fondé puisque « le préjudice réside dans une violation des principes d'égalité et de dignité humaines »³⁶³. Bien que nous ayons souvent des conceptions différentes du bon goût et du niveau acceptable

³⁶² *Id.*, p. 524.

³⁶³ *Id.*

d'explicitation sexuelle, « la plupart d'entre nous reconnaîtraient que ces changements d'attitude sont graves et justifient l'intervention de l'État »³⁶⁴.

b) L'arrêt *Rodriguez*

L'interprétation de l'article premier de la Charte fondée sur une conception large du contenu des valeurs morales entendues comme étant celles qui font consensus au sein de la communauté canadienne a joué un rôle dans l'interprétation de l'article 7 de la Charte dans les affaires portant sur la légalisation du suicide assisté et de la possession simple de marihuana.

Dans l'affaire *Rodriguez*³⁶⁵, Mme Rodriguez, une mère de famille de 42 ans atteinte de sclérose latérale amyotrophique, souhaitait qu'un médecin qualifié soit autorisé à mettre en place des moyens technologiques qu'elle pourrait utiliser, quand elle perdra la capacité de jouir de la vie, pour se donner elle-même la mort au moment qu'elle choisirait. Elle contestait l'article l'article 241*b*) du Code criminel, qui interdit l'aide au suicide au motif qu'il porte atteinte à ses droits garantis par les articles 7, 12 et 15(1) de la Charte dans la mesure où il interdit à un malade en phase terminale de se donner la mort avec l'aide d'un médecin. En décidant, dans l'affaire *Rodriguez*, que l'interdiction criminelle de l'aide au suicide était constitutionnellement valide, le juge Sopinka, au nom des juges La Forest, Gonthier, Iacobucci et Major, exprime l'idée que l'interdiction de l'aide au suicide reflète une

³⁶⁴ *Id.*

³⁶⁵ *R. c. Rodriguez*, précitée, note 250.

valeur morale commune, le caractère sacré de la vie des personnes les plus vulnérables que l'État a intérêt à protéger. Sur la question de l'identification des principes de justice fondamentale, les juges de la majorité expriment l'avis qu'ils doivent rechercher les principes qui font consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental:

« Il est difficile d'identifier les principes de justice fondamentale avec lesquels la restriction du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne doit être compatible pour soutenir un examen constitutionnel. Une simple règle de common law ne suffit pas pour former un principe de justice fondamentale. Au contraire, comme l'expression l'implique, les principes doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également, à mon avis, être des principes juridiques. »³⁶⁶

En plus d'être soutenu par un consensus moral, les principes de justice fondamentale doivent répondre au critère de généralité et de rationalité :

« Les principes de justice fondamentale ne peuvent être créés pour chaque cas afin de refléter la désapprobation de la Cour à l'égard d'une loi donnée. Si les principes de justice fondamentale ne s'appliquent pas seulement au processus, il faut se référer aux principes qui sont « fondamentaux » en ce sens qu'ils seraient généralement acceptés parmi des personnes raisonnables. L'analyse qui précède ne me permet de discerner rien qui ressemble à une unanimité sur la question dont nous sommes saisis. Indépendamment des opinions personnelles de chacun sur la question de savoir si les distinctions établies entre, d'une part, la cessation de traitement et les soins palliatifs et, d'autre part,

³⁶⁶ *Id.*, 590-591.

l'aide au suicide sont en pratique convaincantes, le fait demeure qu'elles sont maintenues et peuvent être défendues de façon persuasive. S'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée et nous devons nous garder de miner les institutions qui la protègent. »³⁶⁷

Les exigences de rationalité et d'universalité des positions morales ont pour but d'accroître la légitimité du processus de contrôle judiciaire d'une mesure de l'État, dont la justification à la restriction de la liberté individuelle s'appuie sur un jugement moral. Cette exigence fait en sorte, enseigne le juge Sopinka dans *Rodriguez*, « que les valeurs au regard desquelles la mesure de l'État est appréciée ne sont pas fondamentales « aux yeux de l'intéressé seulement »³⁶⁸.

c) L'arrêt *Malmo-Levine*

Dans l'affaire *Malmo-Levine*³⁶⁹, la Cour suprême du Canada était appelée à décider si le Parlement avait le pouvoir de légiférer pour criminaliser la simple possession de marijuana et, dans l'affirmative, s'il avait exercé ce pouvoir d'une manière contraire à la Charte. L'appelant Caine soutenait que le Parlement avait violé les principes de justice fondamentale en créant une peine d'emprisonnement pour un acte de simple possession de marijuana qui ne cause que peu ou pas de préjudice à autrui. Quant à l'appelant, *Malmo-Levine*, il contestait la validité constitutionnelle de l'interdiction criminelle visant la possession de marijuana en vue d'en faire le

³⁶⁷ *Id.*, 607-608.

³⁶⁸ *Id.*, 590.

³⁶⁹ *R. c. Malmo -Levine*; *R. c. Caine*, précité, note 250.

trafic³⁷⁰ au motif que fumer de la marihuana faisait partie intégrante de son mode de vie qu'il privilégie et que la criminalisation de la possession et du trafic de la marihuana constituait une atteinte inadmissible à sa liberté personnelle³⁷¹.

La thèse avancée par les appelants, selon laquelle la décision d'avoir en sa possession et de consommer de la marihuana est une décision d'importance personnelle fondamentale analogue à la décision de manger certains aliments plutôt que d'autres, a d'abord contraint la Cour à décider si des considérations d'autonomie personnelle plus générales, moins graves que l'emprisonnement, permettent d'invoquer la protection de l'art.7³⁷². Le risque encouru par les appelants d'être envoyés en prison, mettant en jeu le droit à la liberté, a ensuite contraint la Cour à passer à l'étape suivante de l'analyse fondée sur l'art. 7. À cette seconde étape, la question est de savoir quels sont les principes de justice fondamentale pertinents en l'espèce et si le risque de privation de liberté, qui pèse sur eux, est conforme à ces principes. Les appelants soutenaient que l'acte, qui leur était reproché, ne causait pas ou peu de préjudice et que le fait de les priver de leur liberté constituait une négation de leur droit à la justice fondamentale³⁷³.

En appliquant le raisonnement moral ayant prévalu dans la décision *Rodriguez* à la question constitutionnelle relative à l'interdiction de la simple possession de marihuana, les juges Gonthier et Binnie, au nom de la juge en chef McLachlin et des

³⁷⁰ *Id.*, par. 1.

³⁷¹ *Id.*, par. 81-82.

³⁷² *Id.*, par. 84.

³⁷³ *Id.*, par. 91.

juges Iacobucci, Major et Bastarache, affirment que, pour que le principe du préjudice puisse constituer un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7, la règle ou le principe en question doit subir un test en deux étapes. En premier lieu, la règle ou le principe doit être un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel. Deuxièmement, ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne³⁷⁴. Même si le « principe du préjudice » invoqué par les accusés pouvait être qualifié de principe juridique, il ne satisferait pas aux autres conditions. Tout d'abord, il n'existe pas un consensus sur le caractère primordial ou fondamental de ce principe dans la notion de justice pénale au sein de notre société. Deuxièmement, le principe du préjudice ne constitue pas une norme fonctionnelle :

« Bien que l'existence d'un préjudice causé à autrui puisse justifier le Parlement de légiférer en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, l'absence de preuve de l'existence d'un préjudice ne constitue pas, au regard de l'art. 7, un obstacle absolu à l'adoption d'une mesure législative. Il n'y a pas non plus consensus quant à l'importance déterminante de la distinction entre le préjudice à autrui et le préjudice à soi-même. Finalement, le principe du préjudice ne constitue pas une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. »³⁷⁵

Dans cette affaire, les juges Gonthier et Binnie adhèrent donc à une conception fondamentale de la moralité, qui incorpore non seulement le principe du préjudice mais également « les valeurs profondément enracinées dans notre société

³⁷⁴ *Id.*, par. 113.

³⁷⁵ *Id.*

»³⁷⁶. Seule cette conception de la moralité permet de donner un sens cohérent à notre corpus législatif. Car, la morale sociale ou publique rejette notamment l'inceste et la bestialité:

« Le Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, établit plusieurs crimes qui ne causent pas préjudice à autrui. Le cannibalisme (art. 182) est un acte qui ne cause pas de préjudice à un autre être doué de sensation, mais qui est néanmoins interdit pour des considérations sociales et morales fondamentales. La bestialité (art. 160) et la cruauté envers les animaux (art. 446) sont des exemples de comportements criminalisés non pas à cause du « principe du préjudice » de Mill, mais plutôt parce qu'ils portent atteinte à des valeurs profondément enracinées dans notre société. »³⁷⁷

Dans cette affaire, la juge Arbour, dissidente dans le pourvoi de Caine, était plutôt d'avis que, lorsque l'État veut rendre passible d'emprisonnement l'auteur d'un comportement criminel donné, il doit être en mesure d'établir que ce comportement est susceptible de causer un préjudice à autrui. Le préjudice qu'une personne se cause à elle-même ne satisfait pas à l'exigence constitutionnelle selon laquelle, dans tous les cas où l'État a recours à l'emprisonnement, l'existence d'un préjudice minimal à autrui est un des éléments essentiels de l'infraction³⁷⁸.

d) L'arrêt *Labaye*

Dans *Labaye*³⁷⁹, les juges Lebel et Bastarache, dissidents, adhèrent à cette deuxième version des théories de la justification de l'intervention de l'État. En

³⁷⁶ *Id.*, par. 117.

³⁷⁷ *Id.*, par. 117.

³⁷⁸ *Id.*, par. 256.

³⁷⁹ Précité, note 333.

concluant que les pratiques sexuelles du bar l'Orage étaient des « actes indécents » et que le bar l'Orage était une « maison de débauche » au sens du *Code criminel*, les deux juges minoritaires se fondent non pas sur le critère du préjudice social mais sur la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine comme critère fondamental de détermination de l'obscénité :

« [...]L'application de la norme de tolérance comporte nécessairement, en raison de sa nature, un choix de valeurs qui se rapportent à la moralité sociale ou publique et qui sont reconnues par l'ensemble de la société canadienne comme des normes minimales, mais obligatoires. »³⁸⁰

Selon les juges Lebel et Bastarache, il faut laisser à la moralité sociale ou publique, « qui est inhérente aux infractions d'indécence et qui s'exprime par l'application de la norme de tolérance, la possibilité d'intervenir dans toutes les situations où elle est pertinente »³⁸¹. Autrement, ajoutent-ils, « les valeurs sociales que l'ensemble de la société canadienne considère important de protéger seraient dépourvues de toute pertinence »³⁸² :

« La norme de tolérance n'impose pas une morale qui découle de croyances religieuses ou d'idéologies particulières. Elle met en œuvre une morale sociale qui ressort des valeurs qui caractérisent la société dans son ensemble. Ces valeurs révèlent généralement un consensus social qui se manifeste, par exemple, par un souci pour « la dignité des personnes, [...] leur autonomie, [...] leur capacité d'épanouissement ainsi que [...] leur égalité fondamentale » Il ne s'agit donc pas de choisir les préférences d'un groupe social particulier et de les imposer aux autres. Il faut plutôt identifier le degré de tolérance de la majorité

³⁸⁰ *Id.*, par. 85.

³⁸¹ *Id.*, par.103.

³⁸² *Id.*

de la société canadienne dans son ensemble à l'égard de pratiques sexuelles compte tenu du contexte, notamment du lieu où elles se produisent. La détermination de l'indécence demeure alors suffisamment objective car elle repose sur un consensus social des Canadiens et Canadiennes concernant ce qui est acceptable en matière de pratiques sexuelles. »³⁸³

Bien que le critère du préjudice social joue un rôle indéniable dans l'identification de la norme de tolérance de la société, les juges Lebel et Bastarache ne peuvent concevoir « qu'il constitue la seule norme à partir de laquelle doit être évaluée la tolérance de la société canadienne à l'égard des pratiques sexuelles »³⁸⁴. La détermination de la norme de tolérance s'effectue selon une analyse contextuelle qui repose sur une appréciation globale des éléments contextuels et non pas seulement sur l'existence d'un préjudice social³⁸⁵. Selon cette approche, « [L]'existence de considérations morales fondamentales ou de principes moraux qui font consensus au sein de la société suffit »³⁸⁶ pour justifier l'intervention de l'État en matière criminelle.

Les juges Bastarache et Lebel invoquent l'arrêt *Malmo-Levine* à l'encontre de la thèse libérale de la majorité fondée sur le préjudice dans le sens où l'entendait J.S. Mill. « De multiples facteurs permettent de justifier cette intervention en matière criminelle, même si elle restreint la liberté des gens [..]. Les infractions au *Code criminel* trouvent donc leur fondement dans des principes et valeurs autres que la

³⁸³ *Id.*, par. 85.

³⁸⁴ *Id.*, par. 96.

³⁸⁵ *Id.*, par.97.

³⁸⁶ *Id.*, par. 104.

notion de préjudice. »³⁸⁷ Dans le cas du bar l'Orage, l'intervention de l'État était justifiée sur la base de la morale sociale ou publique, entendue non pas dans un sens strict mais comme l'expression d'une conception fondamentale de la moralité, dans le sens où l'entendait le juge Gonthier dans l'affaire *Butler*. Cette approche privilégiée par les juges Lebel et Bastarache assure un degré suffisant d'objectivité parce que le juge qui assume le rôle d'interprète de la morale sociale ou publique a l'obligation de « faire abstraction de ses convictions personnelles pour rechercher la nature du consensus social »³⁸⁸. Les juges doivent « déceler la nature et le contenu des valeurs morales de la société dans laquelle ils exercent leurs fonctions afin d'identifier la norme de tolérance »³⁸⁹. La tâche est difficile car les juges doivent affirmer une morale sociale ou publique qui n'est pas nécessairement rattachée à leurs conceptions personnelles de la moralité, « mais qui ressort des valeurs de la population, notamment celles reflétées dans la législation en matière sexuelle »³⁹⁰. Outre le recours aux valeurs affirmées dans la législation, le témoin expert spécialisé en sciences sociales aidera le juge dans sa tâche et permettra d'assurer le degré d'objectivité requis³⁹¹.

³⁸⁷ *Id.*, par.105.

³⁸⁸ *Id.*, par.134.

³⁸⁹ *Id.*, par. 134.

³⁹⁰ *Id.*, par. 136.

³⁹¹ *Id.*

V. CONCLUSION

Les questions relatives à la relation entre le droit et la morale sont complexes. Dans ce mémoire, nous avons abordé l'un des difficiles aspects de cette relation soit, le rôle des valeurs de la communauté dans le test de légitimité des objectifs moraux poursuivis au soutien d'un interdit criminel ou pénal restreignant un droit ou une liberté fondamentale.

Dans la première partie de ce mémoire, nous avons d'abord distingué deux concepts de la métha-éthique, la morale conventionnelle et la morale critique. Nous avons alors défini le concept de morale conventionnelle comme étant un ensemble des normes ou de valeurs morales partagés par les membres de la société et nous avons vu que pour faire partie de la morale conventionnelle, ces normes, ces valeurs et ces principes devaient répondre à certains critères précis que la sociologie du droit a notamment contribué à clarifier. Ensuite, nous avons abordé le champ de la philosophie morale normative ou de la morale critique qui s'intéresse à dégager par le raisonnement critique des critères pour juger si une action ou une conduite est bonne ou mauvaise. Dans cette partie, nous avons identifié et décrit trois grandes voies de la philosophie morale : la morale découverte, la morale construite et la morale interprétative.

Dans la deuxième partie de ce mémoire, nous avons abordé la question du rapport entre le droit et la morale dans le contexte de l'avènement de la modernité sécularisée, au siècle « éclairé », celui des Lumières, qui correspond au XVIIIe siècle européen où un mouvement de liberté et d'émancipation s'est développé en résistance

voire en révolte contre l'Église catholique et même contre le christianisme. Au tournant de la deuxième moitié du XXe siècle, la question de la relation entre le droit et la morale a connu un regain d'intérêt lors de la publication du rapport Wolfenden recommandant la légalisation des pratiques homosexuelles en privé, entre adultes consentants. Dans le débat l'opposant à Devlin, Hart a développé une argumentation fondée sur la distinction entre la morale positive et la morale critique. La contribution de Dworkin à ce débat l'opposant au moralisme juridique de Devlin est d'avoir convenu que la morale conventionnelle peut intervenir dans le processus de décision judiciaire. Il revient au législateur et au juge de rechercher ces conceptions fondamentales qui font consensus au sein de la grande majorité des membres de la communauté. Toutefois, les juges ne sont pas soumis à la morale de la communauté parce que rien dans le fait que la communauté les entretient ne les rend justes. Le législateur ou le juge doit plutôt saisir, d'un point de vue interne, les raisons qui fondent les opinions ou les choix moraux exprimés par les membres de la communauté. Ensuite, il doit vérifier si ces raisons sont fondées à la lumière de principes plus généraux.

Finalement, dans la troisième partie de ce mémoire sur la relation entre la morale et le droit, l'examen de quelques décisions jurisprudentielles en matière de droit pénal et criminel de la Cour suprême du Canada nous permet de conclure que les valeurs de la communauté ont encore un rôle à jouer dans le test de légitimité des objectifs législatifs d'une mesure attentatoire, au premier volet de l'analyse de la justification des restrictions législatives à un droit ou une liberté garanti conformément à l'article 1 ou à l'article 7 de la Charte. De plus, notre examen de la

jurisprudence nous permet d'affirmer que le point de vue moral approprié permettant de déterminer le caractère suffisamment urgent et réel des objectifs moraux poursuivis par le législateur n'est pas celui de la morale conventionnelle, positive ou partagée par la grande majorité des membres de notre société mais plutôt celui de la morale critique ou ce que la Cour suprême du Canada appelle les conceptions fondamentales de la moralité. Notre brève analyse de la jurisprudence a dévoilé l'existence d'au moins deux approches ou deux raisonnements différents à l'analyse du caractère suffisamment important, urgent et réel des objectifs moraux défendus par le législateur au soutien de la justification des restrictions aux droits et libertés garantis. Ces deux approches qui s'opposent en matière de justification reposent sur des théories de la morale critique qui adhèrent à des conceptions différentes de la relation entre le droit et la morale. Selon une première approche libérale de type positiviste, largement inspirée de Mill et de Hart, l'accent est mis sur les conséquences préjudiciables de l'acte désapprouvé sur les « valeurs officiellement reconnues dans la Charte » comme la valeur de l'égalité entre les hommes et les femmes. Selon une deuxième approche, de type constructiviste ou interprétative, inspirée des théories de la révision judiciaire fondées sur le consensus, les convictions morales ou les valeurs démocratiques auxquelles nous adhérons spontanément, notamment celles qui sont inscrites dans la Charte canadienne des droits et libertés de la personne, et qui fondent le type de démocratie canadienne, trouvent leur source et leur autorité, dans la morale conventionnelle et dans l'idée de consensus. Ces valeurs morales sont des vérités morales que les juges peuvent identifier objectivement. Par conséquent, les « conceptions fondamentales de la moralité » ne se limitent pas

uniquement à celles qui répondent au critère du préjudice aux seules valeurs morales officiellement reconnues dans la Charte. Les considérations morales fondamentales qui font appel à l'idée de consensus moral peuvent suffirent.

L'imposition de la morale positive ou conventionnelle par le pouvoir législatif soulève également toute la question de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Le présent mémoire espère avoir fixé les fondations d'une analyse plus poussée des fondements du doute antidémocratique qui colore l'exercice de ce contrôle judiciaire de constitutionnalité depuis l'avènement de la Charte, et par voie de conséquence, les fondements de l'opposition entre les tenants de l'activisme judiciaire et ceux de la retenue ou de la déférence judiciaire envers les choix législatifs violant les droits et les libertés fondamentales garantis par la Charte.

VI. BIBLIOGRAPHIE

A. JURISPRUDENCE

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)

Brodie c. The Queen, [1962] R.C.S. 681

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S.76

Dudgeon c. Royaume-Uni, arrêt du 22 octobre 1981, série A, n° 45 (C.E.D.H.), [1981] 4 E.H.R.R. 149

Hill c. Église de scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130

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

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), [2000] 2 R.C.S. 1120

R c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452

R. c. Dominion News & Gifts (1962) Ltd., [1963] 2 C.C.C. 103, inf. par [1964] R.C.S. 251

R. c. Ewanchuk, [1999] 1 R.C.S.330

R. c. Hicklin, (1868) L.R. 3 Q.B. 360

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697

R. c. Labaye, [2005] 3 R.C.S. 728

R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine, [2003] 3 R.C.S. 571

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S.103

R. c. Sharpe, [2001] 1 R.C.S. 45

R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731

Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123

Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 R.C.S.486

Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 R.C.S. 519

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038

Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 494

Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 494

B. DOCTRINE

I. Monographies

ALEXIS, R., *Theory of Legal Argumentation : The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

AQUIN, T., *La somme théologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1984-1986.

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, par VOLIQUIN, J., Paris, GF-Flammarion, 1965.

AYER, A.J., *Freedom and Morality and Other Essays*, Clarendon Press, Oxford [Oxfordshire] (New York, USA), Oxford University Press, 1984.

BAIER, K., *Reason, Ethics, And Society : Themes From Kurt Baier, with his response*, Chicago, Open Court, 1996.

BAIER, K., *The Moral Point of View : A Rational Basis of Ethics*, Ithaca (New York, USA), Cornell University Press, 1958.

BAIER, K., *The Rational And The Moral Order : The Social Roots of Reason and Morality*, Chicago, Open Court, 1995.

BAIRD, R.M. et S. E. ROSENBAUM, *Morality and the Law*, Buffalo, N.Y., Prometheus Books, 1988.

BEATTY, D.M., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994.

BEAUDOIN, G.-A. et E.P. MENDES, *Charte canadienne des droits et libertés*, 4e édition, Markham (Ontario), LexisNexis Butterworths, 2005.

BENN, S.I. et R. S. PETERS, *Social Principles and the Democratic State*, London, G. Allen & Unwin Ltd., 1959.

BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1879.

BRUN, H. et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4e édition, Cowansville, Editions Y.Blais, 2002.

CLOR, H. M., *Public Morality and Liberal Society*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1996.

CROWE, M. B., *The Changing Profile of the Natural Law*, The Hague, Nijhoff, 1977.

DEVLIN, P., *The Enforcement of Morals*, London, Oxford University Press, 1965.

DEVLIN, R. F., *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1991.

DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986.

DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.

DWORKIN, R., *The Philosophy of Law*, London (New York), Oxford University Press, 1977.

DWORKIN, R., *Une question de principe*, Paris, Presses universitaires de France, 1996.

FEINBERG, J. et H. GROSS, *Philosophy of Law*, 4th Edition, Belmont (California), Wadsworth Publishing Company, 1991.

FEINBERG, J., *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

FEINBERG, J., *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall Inc., 1973.

GEORGE, R.P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

GIBSON, D., *The Law of the Charter*, Toronto, Carswell Company Limited, 1986.

GOODIN, R. E. et P. PETTIT, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 1995, Basil, Blackwell Ltd., 1993, 679 p.

GRAY, T. C., *The Legal Enforcement of Morality*, New York, Alfred A. Knopf Inc., 1983.

- HAAKONSSSEN, K., *Natural Law and Moral Philosophy: From Grotius to the Scottish Enlightenment*, New York, Cambridge University Press, 1996.
- HARE, R. M., *Moral Thinking : Its Levels, Method, and Point*, Toronto, Clarendon Press : Oxford University Press (Oxford), 1981.
- HARE, R.M., *Applications of Moral Philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1972.
- HARE, R.M., *Essays On Political Morality*, Oxford (New York), Clarendon Press, Oxford University Press, 1989.
- HARE, R.M., *Essays on the Moral Concepts*, Berkeley, University of California Press, 1972.
- HARE, R.M., *Freedom and Reason*, 1965, Oxford, Oxford University Press, 1963.
- HARE, R.M., *Sorting Out Ethics*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- HARE, R.M., *The Language of Morals*, London, Oxford University Press, 1972.
- HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963.
- HART, H.L.A., *Legal and Moral Obligation*, dans *Essays in Moral Philosophy*, Seattle and London, A.I. Melden, 1958.
- HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
- HART, H.L.A., *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, dans *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 248-262.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- HART, H.L.A., *The Morality of the Criminal Law, Two Lectures*, Jerusalem, London, Magnes Press, Oxford University Press, 1965.
- HIEBERT, J.L., *Limiting Rights : The Dilemma of Judicial Review*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1996.
- HOGG, P.W., *Constitutional law of Canada*, Scarborough (Ontario), Carswell, 2001.
- KANT, E., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Delagrave, 1969.
- LACROIX, J. et M. WALZER, *Le pluralisme et l'universel*, Paris, Michalon, collection : Le bien commun, 2001.
- LARMORE, C., *Modernité et morale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.
- LEE, S., *Law and Morals*, Oxford (New York), Oxford University Press, 1986, 98 p.

- LEISER, B. et M. LIBERTY, *Justice, and Morals : Contemporary Value Conflicts*, 3rd ed., New York, Collier Macmillan, 1986, 466 p.
- LEVY, E.H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, University of Chicago Press, 1948.
- LYONS, D., *Ethics and the Rule of Law*, New York, Cambridge University Press, 1984, 229 p.
- MACCORMICK, N., *H.L.A. HART*, Stanford (California), Stanford University Press, 1981.
- MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 1978.
- MARMOR, A., *Interpretation and Legal Theory*, 2nd ed., Portland (Oregon), Oxford, 2005, 179 p.
- MARTIN, M.L., *The Legal Philosophy Of H.L.A. Hart : A Critical Appraisal*, 1987, Philadelphia, Temple University Press, 1932, 315 p.
- MILL, J.S., *De la liberté*, traduction de L. Lenglet, Paris, Gallimard, 1990.
- MITCHELL, B., *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, London, Oxford University Press, 1967.
- MOON, R., *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*, Toronto, University of Toronto Press, 2000.
- MOORE, M.S., *Educating Oneself in Public : Critical Essays in Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 2000, 480 p.
- PERRY, M.J., *The Constitution, the Courts, and Human Rights : An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, New Haven, Yale University Press, 1982, 241 p.
- POJMAN, L.P., *Ethical Theory : Classical and Contemporary Readings*, 4th ed., Belmont (California), Wadsworth, 2002.
- RAWLS, J., *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, traduit par SAINT-UPÉRY, M. et B. GUILLARME, Paris, La Découverte, 2002.
- RAZ, J., *The Morality of Freedom*, 1988, Oxford (New York), Toronto, Clarendon Press, Oxford University Press, 1986.
- RIBEIRO, M., *Limiting Arbitrary Power. The Vagueness Doctrine in Canadian Constitutional Law*, Vancouver, UBC Press, 2004.
- ROSS, W.D., *The Foundations of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1939
- SCANLON, T., *A Theory of Freedom of Expression*, dans DWORKIN, R. M., *The Philosophy of Law*, London, Oxford University Press, 1977.

SCHAUER, F., *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

SEIDLE, F.L., *Equity and Community : The Charter, Interest Advocacy and Representation*, Montreal, Institute for Research on Public Policy, 1993.

SINGER, P., *A Companion to Ethics*, Oxford (UK), Blackwell Reference, Cambridge, Mass., USA, 1991.

SINGER, P., *Questions d'éthique pratique*, traduit par MARCUZZI, M., Paris, éditions Bayard, 1997.

SUMNER, W., *The Hateful and the Obscene : Studies in the Limits of Free Expression*, Toronto, University of Toronto Press, 2004.

TAYLOR, C., *Les Sources du moi. La formation de l'identité moderne*, Paris, éd. du Seuil, 1998.

TREMBLAY, L.B., *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997.

WALUCHOW, W.J., *A Common Law Theory of Judicial Review : The Living Tree*, Cambridge (New York), Cambridge University Press, 2007, 283 p.

2. Publications gouvernementales

ROYAUME-UNI, Committee on Homosexual Offenses and Prostitution, *The Wolfenden Report*, New York, Stein and Day, 1963

3. Articles de revue

ACKERMAN, B., « The Rise of World Constitutionalism », (1997) 83 Va. L. Rev. 771.

ALEINIKOFF, A. T., « Constitutional Law in the Age of Balancing », (1987) 96 The Yale Law Journal 943.

ANSCOMBE, G. E. M., « Modern Moral Philosophy », (1958) 33 Philosophy 1.

ATKINSON, M., « Interpreting Retributive Claims », (1974) 85 Ethics, 1, 80.

BAIER, K., « The Point of View of Morality », (1954) 32 The Australasia Journal of Philosophy 104.

BALL, S. W., « The Relevance of Ethical Theory in Philosophy of Law », (1990) 3 Ratio Juris 340.

BENDER, P., « Justification for Limiting Constitutionally Guaranteed Rights and Freedoms: Some Remarks about the Proper Role of Section One of the Canadian Charter », (1983) CITATION Manitoba Law Journal 13.

BENYEKHLEF, K., « Démocratie et libertés: quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », (1993) 38 R.D. McGill 91.

BERNATCHEZ, S., « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », 36 R.D.U.S. 16.

BIGENWALD, A., « L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la Charte des droits et libertés », (1994) 35 Cahiers de droit 779.

BREST, P., « The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship », (1981) 90 Yale Law Journal 1063.

CANE, P., « Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate », (2006) 10 The Journal of Ethics 21.

CHOUDHRY, S., « So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1 », (2006) 34 S.C. Law Rev. (2d) 501.

COHEN, J., « Critiquing the Legal Order in The Name of « Critical Morality » », (1995) 16 Cardozo Law Review 1599.

DANIELS, N., « Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics », (1979) 76.5 Journal of Philosophy 256.

DASSIOS, C.M. et C.P. PROPHET, « Charter Section 1 : The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada », (1993) 15 Advocates' Quarterly 289.

DAVIDOV, G., « The Paradox of Judicial Deference », (2000-2001) 12 R.N.D.C. 133.

DEVLIN, P., « Law and Morality », (1964/1965) 1 Manitoba Law School Journal 243.

DEVLIN, P., « Law, Democracy , and Morality », (1962) 110 U. Pa. L. Rev. 635.

DWORKIN, R., « Equality, Democracy, and Constitution : We the People in Court », (1990) 28 Alberta Law Review 325.

DYZENHAUS, D., « Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality », (1991) 1 C.R. (4th) 367.

DYZENHAUS, D., « Should Community Standards Determine Obscenity? », 72 C.R. (3d) 49.

ELLIOT, R.M., « Developments in Constitutional Law : The 1989-90 Term », (1991) 2 S.C. Law Rev. (2d) 83.

GARDBAUM, A., « Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All », (1991) 104 Harv. L. Rev. 1350.

GARET, R., « Communitarity and Existence : The Rights of Groups », (1983) 56 S.C. Law Rev. 1001.

GIBSON, D., « The Deferential Trojan Horse : A Decade of Charter Decisions », (1993) 72 R. du B. Can. 417.

GONTHIER, C., « Law and Morality », 29 Queen's L.J. 408.

HARCOURT, B. E., (1999) 90 J. Crim. L & Crim. 109.

HART, H.L.A., « Legal and Moral Obligation », dans MELDEN, A.I., Essays in Moral Philosophy, Seattle, University of Washington Press, 1958, p. 82-107.

HART, H.L.A., « Are There Any Natural Rights? », (1955) 64 Philosophical Review 175.

HART, H.L.A., « Social Solidarity and the Enforcement of Morals », (1967) 35 U. Chi. L. Rev. 1.

HART, H.L.A., « Immorality and Treason », The Listener, 30 July 1959, pp.162-163

HÄYRY, H., « Liberalism and Legal Moralism: The Hart-Devlin Debate and Beyond », 4 Ratio Juris 202.

HITTINGER, R., « The Hart-Devlin Debate Revisited », (1990) 35 Am. J. Juris. 47, 51-52.

LEADER, S., « Le juge, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Ronald Dworkin », (1986) 2 Droit et société 29.

LEBEL, L., « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux », (2001) 3 Éthique publique 51.

MACINTYRE, A., « Individual and Social Morality in Japan and the United States: Rival Conceptions of the Self », (1990) 40 Philosophy East & West 489.

MENDES, E.P., « In Search of a Theory of Social Justice; The Supreme Court Reconceives the Oakes Test », (1990) 24 R.J.T. 1.

MENDES, E.P., « The Crucible of the Charter : Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1 » dans BEAUDOIN, G.-A., et E.P., Mendes (dir.), Charte canadienne des droits et libertés, 3 éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée., 1996.

MOORE, M.S., « Four Reflections on Law and Morality », Conference on Law and Morality, Williamsburg (Virginia), Institute of Bill of Rights Law, College of William and Mary School, of Law, 2006.

- NEILSEN, K., « À la recherche d'une perspective émancipatrice: l'équilibre réfléchi large et le cercle herméneutique », dans COUTURE, J. (dir.), *Éthique et rationalité*, Montréal, Mardaga, 1992, p. 51-71.
- NEILSEN, K., « Moral Point of View Theories », (1999) 31 *Critica*, *Revista Hispanoamericana de Filosofia* 105.
- NIELSEN, K., « Moral Point of View Theories », 31 *Véase Critica* 105.
- PHARO, P., « L'enquête en sociologie morale », (2004) 54 *L'Année sociologique*, *Ethique et sociologie* 2.
- RAZ, J., « Morality as Interpretation », (1991) 101 *Ethics* 392.
- RICHARDS, D.A.J., « Sexual Autonomy and The Constitutional Right to Privacy : A Case Study in Human Rights and the Unwritten Constitution », (1979) 30 *Hasting L.J.* 957.
- SADURSKI, W., « Conventional Morality and Judicial Standards », (1987) 73 *Virginia Law Review* 339.
- SARTORIUS, R.E., « Social Policy and Judicial Legislation », (1971) 8 *American Philosophical Quarterly* 151.
- SARTORIUS, R.E., « The Enforcement of Morality », (1971-1972) 81 *Yale L.J.* 891
- SCANLON, T., « The Aims and Authority of Moral Theory », (1992) 12 *Oxford Journal of Legal Studies* 1.
- SUMMERS, R.S., « Two Types of Substantive Reasons : The Core of a Theory of Common-law Justification », (1978) 63 *Cornell L. Rev.* 707.
- TEN, C.L., « Enforcing a Shared Morality », (1972) 82 *Ethics* 321.
- TREMBLAY, L.B., « La théorie du fondement rationnel », (1999) 44 *R.D. McGill* 39.
- TREMBLAY, L.B., « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité », 10 *Nat'l J. Const. L.* 41.
- TREMBLAY, L.B., « Le Canada de la Charte : Une démocratie neutre ou perfectionniste? », (1995) 40 *R.D. McGill* 487.
- WALZER, M., « Philosophy and Democracy », (1981) 9 *Pol. Theory* 379.
- WEINRIB, L.E., « The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter », (1988) 10 *S.C. Law Rev.* 469.
- WELLINGTON, H., « Common Law, Rules and Constitutional Double Standards : Some Notes on Adjudication », (1973) 83 *Yale L.J.* 221.

WELLINGTON, H., « The nature of Judicial Review », (1982) 91 Yale L.J. 486.

WILSON, B., « Building the Charter Edifice : The First Ten Years », dans BEAUDOIN, G.A., La Charte : dix ans après, Cowansville, éditions Yvon Blais, 1992, 238 p.

