

INTRODUCTION : LA FIN DE OAKES ?

Luc B. TREMBLAY* et Grégoire C. N. WEBBER**

I.

Vingt ans après la célèbre décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Oakes*¹ interprétant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*², le sens, la fonction et le fondement normatif des critères de justification des limites aux droits constitutionnels garantis demeurent toujours controversés. Par voie de conséquence, il existe de profonds désaccords, non seulement quant à l'application correcte des normes de l'article premier de la Charte dans des affaires particulières, mais quant à la nature même des normes constitutionnelles qu'il est du devoir des tribunaux d'appliquer³.

L'article premier de la Charte énonce ce qui suit :

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 principale question que soulève l'article premier relève de la théorie constitutionnelle : quelles conditions générales une règle de droit restreignant les droits et libertés garantis doit-elle satisfaire pour constituer

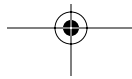
* Faculté de droit, Université de Montréal.

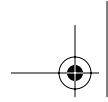
** Membre associé, Centre de recherche en éthique de l'Université de Montréal (CRÉUM) et Chercheur associé, Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique, Université McGill.

¹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

² *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

³ Pour un exemple récent, voir *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.





une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ?

Les juges de la Cour suprême du Canada y ont apporté divers types de réponses. Mais la réponse la plus influente demeure celle énoncée en 1986 par le juge en chef Brian Dickson dans l'affaire *Oakes*. Comme le souligne le constitutionnaliste Peter Hogg, cette dernière a pris certains des caractères d'un « holy writ »⁴. Pour qu'une restriction aux droits constitutionnels garantis puisse constituer une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il importe d'établir, conformément à une certaine norme de preuve, qu'elle satisfait à des critères justificatifs sévères concernant la légitimité, la rationalité, la nécessité et la proportionnalité de la restriction. Plus précisément, le juge en chef Dickson énonçait trois propositions fondamentales :

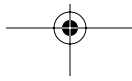
1. Il incombe à la partie qui demande le maintien d'une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis par la Charte de prouver que cette restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique⁵.
2. La norme de preuve aux fins de l'article premier est celle qui s'applique en matière civile, savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités, étant entendu que le degré de probabilité devait être « très élevé »⁶.
3. Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à certains critères de justification. Ces derniers sont bien connus⁷ :
 - A. L'objectif que visent à servir les restrictions à un droit constitutionnel garanti doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique : il doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis et il ne doit pas être contraire aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique.

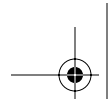
⁴ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Ont., Carswell, 1992, para. 35.8 (b).

⁵ *Oakes*, *supra*, note 1, para. 66.

⁶ *Id.*, para. 67-68.

⁷ *Id.*, para. 68-71.





INTRODUCTION: LA FIN DE OAKES ?

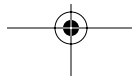
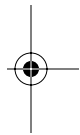
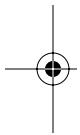
- B. Les moyens choisis doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question.
- C. Les moyens choisis doivent être nécessaire : ils doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question.
- D. Les effets préjudiciables que produisent sur les droits constitutionnels garantis les moyens choisis doivent être proportionnels à l'objectif reconnu comme suffisamment important.

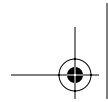
Malheureusement, cette réponse n'avait fait que repousser d'un cran la question théorique. En particulier, il fallait maintenant se demander : Que peut signifier pour une partie qui demande le maintien d'une restriction à un droit constitutionnel garanti dans une affaire donnée de démontrer à la Cour, en vertu de la norme de prépondérance des probabilités, que la restriction est « justifiée » ? Que peut signifier un degré de prépondérance des probabilités « très élevé » dans des affaires où les représentants élus de la population ont néanmoins pris une décision raisonnable à partir d'éléments de preuve incertains, contestés, difficiles ou impossibles à établir ? Quelles propriétés ou quels traits les restrictions aux droits constitutionnels garantis doivent-elles posséder pour être reconnues et acceptées comme légitimes, rationnelles, nécessaires et proportionnelles au sens de l'article premier ?

En dépit d'une abondante jurisprudence et littérature doctrinale, les désaccords persistent toujours, tant en pratique qu'en théorie. Il s'ensuit que les conditions générales auxquelles doit satisfaire une règle de droit pour constituer une limite raisonnable à un droit constitutionnel dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique demeurent contestées, voire confuses, vingt ans après.

II.

Fondamentalement, l'article premier de la Charte concerne la justification des restrictions à des droits constitutionnels garantis dans le cadre d'une société libre et démocratique. De façon générale, une justification est une argumentation qu'on avance au soutien de quelque chose, telle qu'une norme, un jugement, une prétention, un énoncé, une décision ou une action. Elle est formée d'une ou plusieurs prémisses qui, enchaînées les unes aux autres, énoncent une ou plusieurs raisons d'accepter au mérite ce qu'elle est censée soutenir. La fonction d'une justification est de montrer pourquoi ce qu'elle est censée soutenir est bien ou suffisamment fondé. Son objectif





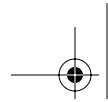
est de convaincre rationnellement les membres de l'auditoire à qui la raison est fournie d'accepter ce qu'elle est censée soutenir. Selon le contexte, l'auditoire peut être composé d'une seule personne (y compris soi-même), d'un groupe particulier de personnes ou de tous les êtres humains rationnels formant ce qu'il est convenu de nommer l'auditoire « universel ». Sans l'existence d'un auditoire à convaincre rationnellement, les processus de justification n'auraient pas d'objet.

Il est solidement établi en droit constitutionnel canadien qu'il appartient à la partie qui demande le maintien d'une restriction à un droit constitutionnel garanti dans une affaire donnée de démontrer à la Cour, en vertu de la norme de prépondérance des probabilités, que la restriction est justifiée. Mais que signifie cette proposition ? Que faut-il « justifier » par prépondérance des probabilités ? La réponse n'apparaît pas immédiatement puisque, dans le contexte de l'article premier de la Charte, la démonstration qu'une restriction est justifiée peut avoir deux objets conceptuellement distincts.

Premièrement, elle peut avoir pour objet la *prétention* qu'une restriction donnée à un droit constitutionnel garanti est justifiée aux fins de l'article premier. Dans ce cas, la partie qui soutient que la restriction est justifiée est tenue de démontrer à la Cour le bien fondé de sa prétention eu égard aux faits établis, au droit applicable et à d'autres considérations. La démonstration du bien fondé d'une prétention juridique est familière aux juristes. Elle constitue une forme d'argumentation juridique traditionnelle. En matière civile, par exemple, toute partie qui prétend qu'une chose existe, a existé ou existera doit avancer des raisons justificatives qui montrent, conformément à la norme de la prépondérance des probabilités, que la prétention est bien fondée. Aux fins de l'article premier, cela signifie que la partie qui prétend qu'une restriction est justifiée doit démontrer à la Cour, conformément à la norme de la prépondérance des probabilités, que la restriction possède bien une « justification ».

Deuxièmement, la démonstration peut avoir pour objet la *restriction* même. Dans ce cas, la partie qui soutient que la restriction à un droit est justifiée aux fins de l'article premier est tenue de démontrer à la Cour le bien fondé de la restriction eu égard aux faits établis, au droit applicable et à d'autres considérations. Elle doit énoncer les raisons qui soutiennent la restriction et démontrer que les prémisses qui les constituent sont pertinentes, suffisantes et acceptables. Aux fins de l'article premier, cela signifierait que la partie qui prétend qu'une restriction est justifiée doit démontrer à la Cour, conformément à la norme de la prépondérance des probabilités,





INTRODUCTION: LA FIN DE OAKES ?

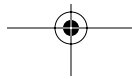
que chacune des prémisses qui constituent la justification sont pertinentes, suffisantes et acceptables.

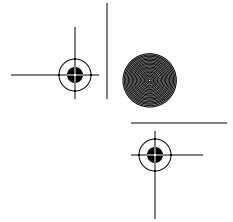
Démontrer conformément à la norme de la prépondérance des probabilités le bien fondé de la prétention qu'une restriction à un droit constitutionnel possède une justification et démontrer, conformément à la norme de la prépondérance des probabilités, le bien fondé de la restriction à un droit constitutionnel peuvent constituer deux choses bien différentes. Le seul fait de devoir démontrer le bien fondé de la prétention qu'une restriction est « justifiée » n'indique aucunement ce que constitue une « justification » des restrictions aux fins de l'article premier ou, pour le dire autrement, les conditions auxquelles une restriction doit être acceptée comme « justifiée ». Par conséquent, ce n'est pas parce que la prétention qu'une restriction possède une justification doit toujours être démontrée par prépondérance des probabilités que tous les éléments constitutifs d'une justification de la restriction aux fins de l'article premier doivent être établis en vertu de cette norme de preuve.

Cette distinction entre le bien fondé d'une prétention et le bien fondé d'une restriction n'a pas été immédiatement reconnue par les juristes. Ces derniers ont plutôt pris pour acquis que tous les éléments de preuve nécessaire à la démonstration de la justification d'une restriction devaient satisfaire à la norme de la prépondérance des probabilités. Or, les passages pertinents de l'affaire *Oakes* n'exigeaient pas cette lecture. Par exemple, le passage suivant semblait se rapporter à la démonstration du bien fondé de la prétention :

La norme de preuve aux fins de l'article premier est celle qui s'applique en matière civile, savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités. ... Néanmoins, le critère de la prépondérance des probabilités doit être appliqué rigoureusement. En fait, l'expression « dont la justification puisse se démontrer », que l'on trouve à l'article premier de la *Charte*, étaye cette conclusion. La norme générale applicable en matière civile comporte différents degrés de probabilité qui varient en fonction de la nature de chaque espèce ... Compte tenu du fait que l'article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera, pour reprendre l'expression de lord Denning, « proportionné aux circonstances »⁸.

⁸ *Oakes, supra*, note 1, para. 67-68.





Par contre, le passage suivant semblait concerner la démonstration de la justification de la restriction. Le juge en chef Dickson écrivait :

Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction. ... La cour devra aussi connaître les autres moyens dont disposait le législateur, au moment de prendre sa décision, pour réaliser l'objectif en question. Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi⁹.

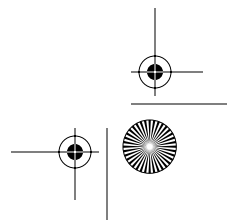
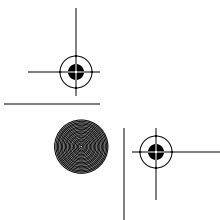
Quoi qu'il en soit, il existe une distinction entre, d'une part, la justification d'une prétention devant être établie selon le critère de la prépondérance des probabilités « appliqué rigoureusement » et à un « degré très élevé » et, d'autre part, la justification de la restriction dont les éléments constitutifs doivent être soutenus par une preuve forte et persuasive. Cette distinction pourrait expliquer pourquoi la question de la preuve des éléments constitutifs d'une justification des restrictions a été si controversée.

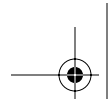
III.

Les désaccords sur la norme de preuve applicable aux fins de l'article premier se greffent à certains désaccords sur ce que constitue une « justification » des restrictions aux droits constitutionnels garantis aux fins de l'article premier. Ces désaccords se sont principalement articulés sur deux types de distinction. Premièrement, ils se sont articulés sur une distinction entre deux modes d'approcher l'étude de la « justification » des restrictions aux droits ou, pour le dire autrement, entre deux approches. Deuxièmement, ils se sont articulés sur les diverses versions ou conceptions possibles des théories résultant des deux modes d'approcher l'étude de la « justification ».

Selon une première approche, la justification des restrictions aux droits est envisagée d'un point de vue *externe*. De ce point de vue, il suffit de vérifier si la restriction est soutenue par une raison valable que d'autres personnes raisonnables, notamment l'auteur de la restriction, a pu juger acceptables et suffisantes. Il y a justification dès lors qu'il y a une raison valable. En l'absence d'une telle raison, la restriction est dénuée de toute justification : elle

⁹ *Id.*, para. 68.





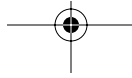
INTRODUCTION : LA FIN DE OAKES ?

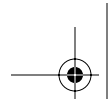
est arbitraire. Selon cette approche, il n'appartient pas aux juristes de déterminer si les raisons avancées au soutien d'une restriction donnée sont bonnes ou mauvaise. Les juristes doivent faire preuve de déférence envers les choix politiques des institutions gouvernementales. Il s'ensuit qu'une restriction aux droits constitutionnels garantis est suffisamment justifiée dès lors que la partie qui en demande le maintien montre, à la satisfaction de la Cour, conformément à une certaine norme de preuve, que la restriction est soutenue par une « raison valable ». Démontrer qu'une règle de droit est justifiée consiste donc à montrer qu'elle possède ce qu'on peut nommer un « fondement rationnel ». Pour cette raison, la première approche a engendré ce qu'on peut nommer la *théorie du fondement rationnel*¹⁰.

Selon une seconde approche, la justification des restrictions aux droits est envisagée d'un point de vue *interne*. De ce point de vue, il ne suffit pas de vérifier si les raisons avancées au soutien d'une restriction donnée sont valables. Il est nécessaire de vérifier si les raisons valables avancées sont bonnes, compte tenu de certains standards ou critères normatifs acceptables. Il y a justification dès lors qu'il y a des bonnes raisons. En l'absence de bonnes raisons, la justification n'est pas suffisante pour soutenir une restriction à des droits constitutionnels garantis. Selon cette approche, les juristes n'ont pas faire preuve de déférence envers les choix politiques des institutions gouvernementales. Ils doivent se persuader du bien fondé de la justification. Il s'ensuit qu'une restriction aux droits constitutionnels garantis est suffisamment justifiée si la partie qui en demande le maintien montre, à la satisfaction de la Cour et conformément à une certaine norme de preuve, non seulement que la mesure possède une raison valable au sens de la première approche, mais que les motifs qu'on avance en sa faveur constituent des « bonnes raisons », compte tenu de certains standards ou critères normatifs acceptables. Démontrer qu'une restriction est justifiée consiste donc à montrer qu'elle est bien fondée compte tenu de certains standards normatifs, c'est-à-dire, qu'elle possède un « fondement légitime ». Pour cette raison, la seconde approche a engendré ce qu'on peut nommer la *théorie du fondement légitime*¹¹.

¹⁰ Voir, par exemple, Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel » (1999) 44 *R.D. McGill* 39.

¹¹ Voir, par exemple, L.B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime » (2002) 47 *R. D. McGill* 3.

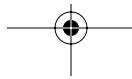
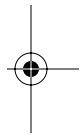


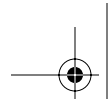


La théorie du fondement rationnel et la théorie du fondement légitime soulèvent un ensemble de questions, dont les plus immédiates sont évidentes : « qu'est-ce qu'une raison valable ? », « qu'est-ce qu'une bonne raison justificative ? », « que faut-il montrer à la Cour afin d'établir l'existence de l'une ou l'autre ? » et « en vertu de quelle norme de preuve ? ». Plus fondamentalement, elles requièrent une réponse à la question suivante : « pour quels motifs les juristes devraient-ils approcher la justification d'un point de vue externe ou interne » ? Ces questions, et bien d'autres, nous conduisent au second type de désaccords relativement à la justification des restrictions aux droits constitutionnels garantis. Ces désaccords s'articulent sur les diverses versions possibles de la théorie du fondement rationnel, d'une part, et sur les diverses conceptions de la théorie du fondement légitime, d'autre part.

Il existe au moins deux versions de la théorie du fondement rationnel. En vertu d'une première conception, il est requis de démontrer que la « raison valable » avancée au soutien de la restriction faisait partie des motifs mêmes qui ont poussé son auteur à restreindre un droit ou une liberté garanti. En ce sens, il faut démontrer que l'auteur de la restriction avait un fondement rationnel en décidant de restreindre un droit ou une liberté. En vertu d'une seconde conception, il suffit de montrer que la restriction a un fondement rationnel, indépendamment de savoir si son auteur lui-même agissait rationnellement ou sur la base de la raison valable avancée au soutien de la restriction. Il suffit donc de montrer que la restriction elle-même est soutenue par une raison valable que l'auteur aurait pu avoir en décidant de restreindre un droit ou une liberté.

Pour sa part, il existe au moins trois conceptions concurrentes plausibles de la justification des restrictions aux droits fondées sur la théorie du fondement légitime. La première conception procède de « l'utilitarisme politique ». Une restriction aux droits constitutionnels garantis est soutenue par une bonne raison si la partie qui en demande le maintien montre, à la satisfaction de la Cour conformément à une certaine norme de preuve, que ses conséquences contribuent à maximiser un certain état de chose désirable ultime, que ce soit le « bien-être général », le « plus grand bonheur du plus grand nombre d'individus dont les intérêts sont en jeu », ou l'« utilité », selon l'une des interprétations plausibles de ces concepts. La seconde conception procède des « théories des droits ». Une restriction aux droits constitutionnels garantis est soutenue par une bonne raison si la partie qui en demande le maintien montre, à la satisfaction de la Cour conformément à une certaine norme de preuve, que la restriction se conforme à un ensemble





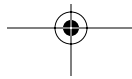
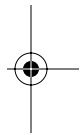
INTRODUCTION: LA FIN DE OAKES ?

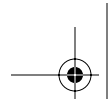
de principes constitutionnels matériels qui reconnaissent et confèrent aux droits constitutionnels garantis une certaine priorité normative par rapport à la promotion et à la réalisation de valeurs, de buts sociaux et autres objectifs concurrents. La troisième conception procède du « principe de proportionnalité ». Une restriction aux droits constitutionnels garantis est soutenue par une bonne raison si la partie qui en demande le maintien montre, à la satisfaction de la Cour conformément à une certaine norme de preuve, que la restriction optimise en contexte les valeurs concurrentes, autant le droit ou la liberté auquel elle porte atteinte que la valeur qu'elle est censée promouvoir, conformément au principe de proportionnalité.

IV.

Les critères énoncés dans l'affaire *Oakes*, aussi connu sous le nom de « test de *Oakes* », soulèvent donc plusieurs questions, même vingt ans après leur énonciation. En décembre 2006, plusieurs universitaires se sont réunis à l'Université de Montréal afin d'examiner quelques-unes de ces questions. Ils se sont interrogés sur la « fin de *Oakes* », étant entendu que cette fin pouvait être comprise soit comme la *finalité* de la conception des droits et de leurs restrictions que préconise « le test de *Oakes* », soit comme la *fin* de l'époque où *Oakes* dominait la jurisprudence constitutionnelle canadienne. Plusieurs questions ont été débattues, telles que : la jurisprudence constitutionnelle a-t-elle été bien servie par les évaluations de proportionnalité entre un droit et ses limites ? La logique du « test de *Oakes* » a-t-elle politisé les évaluations juridiques ? Les mots clés de la jurisprudence de l'article premier de la Charte sont-ils les mêmes que les mots clés de l'article premier ? Y a-t-il un seul mode d'argumentation pour démontrer qu'une restriction à un droit constitutionnel est raisonnable et peut être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique ? S'agit-il d'une question de faits et de preuve ou d'argumentation et de moralité politique ? Le « test de *Oakes* » remet-il en question les distinctions entre le juridique et le politique, les droits et libertés et les politiques publiques, le législateur et la cour ? Quelle conception des droits et libertés se dégage des évaluations de proportionnalité et d'équilibre avec les intérêts publics ? Quelles images d'une « société libre et démocratique » peut-on dégager de la jurisprudence ?

Les sept essais critiques de la présente collection s'interrogent sur ces questions et plusieurs autres. Brian Slattery se questionne sur le rapport entre un droit et ses limites. La Cour suprême prône une définition abstraite d'un droit suivi d'une évaluation constitutionnelle de ses limites en s'appuyant



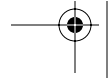
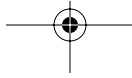


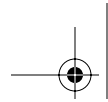
sur le « test de *Oakes* ». Cette approche *uniforme* ne s'intéresse pas forcément aux particularités des différents droits de la Charte mais s'interroge plutôt sur le rapport entre l'objectif d'une limite et les moyens législatifs pour y répondre. Elle divorce les droits de leurs racines : ils deviennent des abstractions impossibles d'actualiser en pratique. Slattery propose une approche *pluraliste* selon laquelle chaque limite doit être évaluée à la lumière du droit lui-même et non selon un « test » abstrait. Cette approche prône une *common law* constitutionnelle qui permet au contenu des droits de se développer avec chaque nouvelle limite.

Grégoire C. N. Webber¹² challenges the *received approach to the limitation of rights*, arguing that the *Oakes* test and the Supreme Court's jurisprudence have strayed from the path set by section 1 of the *Charter*. The Court employs the key words "infringement", "impairment", "breach", and "violation" to trigger a proportionality analysis, with the consequence that the limitation clause analysis is looked upon with suspicion as a defence from the infringement of constitutional rights. Yet, section 1 of the *Charter* speaks of a right's *limit*, which is synonymous with its "boundary", "demarcation", and "border", suggesting that a limitation clause serves as a gateway for specifying and defining indeterminate rights. This understanding allows for rights to be situated within, rather than opposed to, a free and democratic society. In this way, the legislature's acts become a source for the definition of rights rather than their violation and all rights become candidates for being absolute.

Alan Brudner s'engage à articuler une conception des droits et du bien public qui explique le « test de *Oakes* ». À première vue, la jurisprudence de la Cour suprême est incohérente : elle semble présumer que les droits sont complètement définis indépendamment des considérations du bien public, qui peuvent néanmoins leur porter atteinte. Il semble qu'il y ait deux alternatives : soit les droits sont définis indépendamment du bien public et ne peuvent être violés en son nom, soit ils découlent du bien public et que c'est un non-sens de prétendre qu'ils peuvent être violés par les considérations de bien public. La première possibilité présume la priorité du droit, la deuxième la priorité du bien. Malgré cette incohérence apparente, la philosophie de Hegel explique comment les droits et le bien public se situent dans différents cadres de justice politique qui sont néanmoins complémentaires.

¹² Les textes rédigés en français sont résumés en anglais.



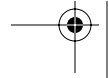
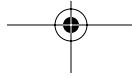


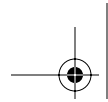
INTRODUCTION: LA FIN DE OAKES ?

Luc B. Tremblay explores the normative foundation of the principle of proportionality. Articulating constitutive propositions for proportionality reasoning with respect to rights and their limits, Tremblay argues that this mode of constitutional reasoning does not presuppose a correct interpretative approach to constitutional text or a correct application of abstract political morality for demarking the content of rights. Rather, by focusing on context and pragmatic reasoning, the principle of proportionality draws on two ethical and moral considerations : the principle of moral impartiality and the idea that political morality rests on the unanimous acceptance of reasons justifying recourse to the State's coercive power. Proportionality reasoning focuses on those affected by measures ; it assigns weight to competing interests, allowing each interest to be taken into consideration in determining the proportional response. While this approach to reasoning about rights is morally attractive, Tremblay leaves open the question whether it is sufficiently attractive.

Daniel M. Weinstock tente de situer le « test de *Oakes* » dans les grands débats philosophiques entre les déontologistes et les conséquentialistes. Ces débats nous permettent de constater deux possibilités pour les limites aux droits constitutionnels. D'une part, une limite peut *constituer* un droit. Sans limites, le droit est indéterminé et sans contenu – ses limites ne restreignent pas sa portée mais lui permettent plutôt d'avoir une pertinence concrète. D'autre part, une limite peut restreindre la portée autrement illimitée d'un droit. Cette conception *contingente* propose que chaque limite a une autre finalité que le droit, telles la moralité publique, la santé, l'économie, la sécurité nationale. Sur le plan philosophique, la conception *constitutive* est préférable : elle nous permet de situer les droits et libertés comme des composantes d'une société libre et démocratiques et d'évaluer si les actes étatiques sont proportionnels aux devoirs que nous imposent ces derniers. Cependant, pour les fins de l'institution judiciaire et le devoir de révision constitutionnelle des actes étatiques, le juge devrait adopter la conception *contingente* des limites. Il devrait présupposer que le contenu des droits et libertés est prédéterminé plutôt que déterminé par le législateur. En ce sens, la dimension institutionnelle nous oblige de favoriser une conception philosophique inférieure.

Danielle Pinard explores the *Oakes* test through the lens of evidence and proof. Whereas the Supreme Court promises rigorous, systematic, and objective evaluations of empirical data in evaluating the justification of a right's infringement, that promise has not been kept. The appeal to a discourse of evidence and proof allows for a masquerading of scientific precision in





the place of moral-political reasoning, of demonstrating logical conclusions in the place of arguing for tentative conclusions, and of “social facts” as adjudicative facts. By appealing to judicial notice, awarding precedential value to facts, having recourse to common sense, changing the object of proof to rational basis, and appealing to hypothetical facts, the Supreme Court has attempted to keep its promise to factual inquiry and, in so doing, to immunize itself from the criticism that would await should the rhetorical veil be removed. Although the Court’s attempts to give the impression that it is keeping a broken promise, it should be recognized that the promise was not kept because it was, and only could be, false.

Mark Antaki nous invite à examiner un autre élément rhétorique du « test de *Oakes* » : le discours de valeurs. L’arrêt *Oakes* a été un élément clé dans l’établissement d’un nouveau vocabulaire constitutionnel par la Cour suprême. La dignité humaine, la justice sociale et la présomption d’innocence sont toutes, selon la jurisprudence, des valeurs – la Constitution elle-même devient un « document de valeurs ». Cette observation amène Antaki à nous demander de réfléchir et de prendre au sérieux ce vocabulaire : que signifie ce discours de valeurs et comment soulève-t-il les questions de qui nous sommes et comment nous vivons le droit ?

V.

Sans aucun doute, le « test de *Oakes* » a atteint le statut d’idée reçue dans la jurisprudence de la Cour suprême. Depuis plus de vingt ans, il énonce la méthodologie dominante pour l’évaluation constitutionnelle des restrictions aux droits et libertés de la Charte. Les sept essais de la présente collection nous invitent à réfléchir et à réévaluer le « test de *Oakes* » et son statut dans la jurisprudence constitutionnelle. Ils ne répondent pas à toutes les questions que soulèvent l’arrêt *Oakes* et l’article premier de la Charte. Ils n’épuisent pas toutes les évaluations et les critiques possibles. Mais ils nous invitent à questionner ce qui n’est pas souvent questionné et à remettre en question les assises de la jurisprudence de la Charte. Bref, ils nous invitent à saisir soit la fin, soit la finalité de *Oakes*.

