



COMMISSION
SUR L'ÉTAT
D'URGENCE

PUBLIC ORDER
EMERGENCY
COMMISSION

Document commandé:
La nécessité dans le cadre de la Loi sur les
mesures d'urgence

Préparé par: Nomi Claire Lazar

Avis au lecteur

Conformément aux règles 5 à 10 des *Règles de pratique et de procédure de la phase relative aux politiques* de la Commission, le commissaire peut, à sa discrétion, faire appel à des experts externes pour produire des documents de discussion, de recherche ou d'orientation (« documents commandés »)

Les points de vue exprimés dans un document commandé sont ceux des auteurs et ne reflètent pas nécessairement ceux du commissaire. Les énoncés de faits contenus dans un document commandé ne représentent pas nécessairement le point de vue du commissaire. Les conclusions de fait du commissaire sont fondées sur la preuve présentée lors des audiences de la Commission.

Les parties et les membres du public peuvent fournir des commentaires écrits à la Commission en réponse à ce document. Des informations sur le processus de dépôt d'observations, y compris les dates limite, sont énoncées dans l'*Avis concernant la phase politique de la Commission* (disponible sur le site Web de la Commission).

La nécessité dans le cadre de la *Loi sur les mesures d'urgence*
Nomi Claire Lazar

La Commission sur l'état d'urgence a pour mandat d'évaluer le caractère approprié du recours à la *Loi sur les mesures d'urgence* et des mesures prises en vertu de cette loi lors de la crise des convois de février 2022, d'examiner les leçons tirées et de proposer des modifications afin de moderniser la *Loi*. Pour atteindre tous ces objectifs, il convient d'examiner le sens et les fonctions du concept de nécessité, lequel est un élément clé du seuil à atteindre pour déclarer l'état d'urgence ainsi qu'un critère indispensable lorsqu'il s'agit de justifier les mesures que le gouverneur en conseil pourrait prendre en cas d'urgence. La nécessité est intrinsèquement ambiguë, et les gouvernements peuvent se soustraire à l'obligation de rendre des comptes sous son couvert. En clarifiant – dans la mesure du possible – les sources de cette ambiguïté et en suggérant – toujours dans la mesure du possible – des outils pour la limiter, la présente note vise à aider la Commission, le Parlement et le public à déterminer si l'état d'urgence de février 2022 était justifié, et à interpréter comme il se doit les dispositions pertinentes de la *Loi* si celle-ci devait à nouveau être appliquée.

Dans la première partie, je situe le concept de nécessité par rapport à celui d'urgence. Dans la deuxième partie, j'explique les principales sources de l'ambiguïté inhérente à la nécessité et je recommande des moyens d'améliorer la clarté, de façon à ce que le fondement raisonnable invoqué par tout gouvernement soit manifeste. Dans la troisième partie, j'examine certains cas pertinents tirés de la jurisprudence canadienne et internationale afin d'élaborer une heuristique et des lignes directrices pour évaluer les cas où la nécessité est invoquée¹.

En ce qui concerne l'état d'urgence, le concept de nécessité est mentionné dans deux dispositions importantes de la *Loi sur les mesures d'urgence*, et la présente note abordera ces deux occurrences. (Nota : Dans la *Loi*, les termes « *necessitates* » et « *necessary* » sont rendus respectivement par « justifiant » et « fondée » dans la version française.)

Déclaration de l'état d'urgence	Prise de mesures d'urgence
Le gouverneur en conseil doit « croi[re], pour des motifs raisonnables, qu'il se produit un état d'urgence justifiant en l'occurrence des mesures extraordinaires » (paragr. 17(1)).	« [L]e gouverneur en conseil peut, par décret ou règlement, prendre dans les domaines suivants toute mesure qu'il croit, pour des motifs raisonnables, fondée en l'occurrence » (paragr. 19(1)).

La présente note ne vise pas à offrir une norme juridique; cette tâche incombe plutôt aux tribunaux. Ces procédés heuristiques servent plutôt un objectif plus large de responsabilité à l'égard du public dans un esprit d'engagement envers la primauté du droit². La responsabilité à l'égard du public est un processus continu qui englobe le dépôt du rapport de la Commission au Parlement ainsi que le débat public qui se poursuivra au cours du prochain cycle électoral et par la suite.

¹ Aux fins de l'élaboration de cette note, j'ai eu des conversations enrichissantes avec les professeurs Alan Brudner, Geneviève Cartier, David Dyzenhaus, John Ip, Jeff King et Jocelyn Stacey, mais je suis seule responsable du résultat.

² En ce qui concerne l'état d'urgence et la primauté du droit, voir David Dyzenhaus, "Schmitt v. Dicey : Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?" *Cardozo Law Review*, 27:5 (2006) : 2005-2040; David Dyzenhaus, "The Compulsion of Legality", *Emergencies And The Limits Of Legality*, éd. Victor Ramraj (Cambridge : Cambridge University Press, 2009); Oren Gross, "Chaos & Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?", *Yale Law Journal* 112:5, (2003) : 1011-1134; Nomi Claire Lazar, *States of Emergency in Liberal Democracies* (Cambridge : Cambridge University Press, 2009).

1.0 Nécessité et urgence

On entend par « urgence » une menace imminente pour la vie, l'intégrité physique, la propriété ou un mode de vie collectif. Pour être émergente, une menace doit apparaître ou empirer soudainement. Les situations d'urgence peuvent avoir pour origine des causes naturelles (feux de forêt, pandémies, inondations) ou humaines (effondrement économique, menaces de violence civile, coup d'État, guerre). Et souvent, les forces naturelles et humaines se combinent et intensifient la menace. Par exemple, les dégâts causés par une tempête peuvent favoriser l'apparition de maladies, tout comme une pandémie peut générer des troubles civils ou un effondrement économique.

Toutes les urgences ne sont pas des urgences *publiques*. L'incendie qui se déclare dans une maison n'est une urgence *publique* que si les pompiers ne sont pas en mesure d'empêcher sa propagation. Une crise cardiaque peut être révélatrice d'une urgence *publique* si les hôpitaux sont trop débordés pour fournir les soins qui permettraient normalement de sauver la vie de la victime. Une urgence devient *publique* lorsqu'elle représente une menace soudaine et imminente non seulement pour certaines personnes, mais également pour la collectivité ou pour le bien public. Ainsi, une urgence publique peut découler non seulement de la menace elle-même, mais aussi d'une incapacité soudaine de l'État à prendre les mesures adéquates. Par exemple, un tremblement de terre peut constituer une menace, mais il devient une urgence publique si les dégâts qu'il a causés rendent les routes impraticables pour les ambulances. De même, une émeute peut constituer une menace, mais elle ne devient une urgence que si la police n'a pas les moyens nécessaires pour rétablir l'ordre.

Il est donc évident qu'une menace émergente découle d'un *besoin* : cette menace existe lorsqu'il y a un décalage soudain entre ce dont nous avons besoin de toute urgence et les ressources publiques permettant normalement de répondre à ce besoin. Une menace peut créer un *niveau* de besoin plus élevé qui dépasse les ressources publiques normales, ou elle peut endommager les ressources publiques, de sorte que celles-ci ne sont plus en mesure de répondre aux besoins habituels. Si l'on entrevoit une montée des eaux imminente, on peut avoir besoin de bras supplémentaires pour placer des sacs de sable, d'abris d'urgence, etc. Dans un tel cas, il y a urgence publique. Mais si les dispositifs anti-inondation de la ville – digues, etc. – sont solides, alors il est possible que la montée des eaux ne constitue pas une urgence publique, puisque les ressources existantes continueront de répondre aux *besoins publics en matière* de sûreté et de sécurité³. Ainsi, on peut définir l'urgence publique comme étant un état de besoin collectif et urgent, un *état de nécessité*.

Dans les régimes constitutionnels, l'interprétation du concept de nécessité au regard de la loi a grandement varié au cours de l'histoire. Chez les Romains, par exemple, il était courant de citer le dicton de Publilius Syrus selon lequel la nécessité donne la loi et ne la reçoit pas⁴. Ce dicton et ses variantes ont pris des tours pernicieux à travers les âges, les dirigeants profitant parfois de l'ambiguïté du concept de nécessité pour justifier des actes criminels tels que des invasions ou des exécutions de masse. Heureusement, ces prétentions sont généralement contestées⁵.

³ Nomi Claire Lazar, "Political Ethics in the State of Emergency", *Handbook of Political Ethics*, éd. Edward Hall et Andrew Sabl (Princeton : Princeton University Press, 2022).

⁴ Publilius Syrus, *Sentences de Publius Syrus*, par Jules Chenu, C.-L.-F. Panckoucke, Paris, 1835.

⁵ Voir, par exemple, la discussion portant sur la loi martiale et ses conséquences à Ceylan en 1848 dans Charles Fairman, *The Law of Martial Rule*, 2nd édition (Chicago : Callaghan & co, 1943), et la discussion portant sur le débat tenu par le Reichstag allemand sur l'invasion de la Belgique en 1914 dans Michael Walzer, *Guerres justes et injustes*, [Paris], Belin, 1999, p. 326-327.

Si les affirmations selon lesquelles nécessité fait loi *ont* pu jouir d'une certaine faveur, c'était parce qu'aucun système de droit ne peut être complet. En effet, les lois sont des règles générales qui doivent s'appliquer à des circonstances distinctes et particulières. Et si la loi est juste lorsque les cas similaires sont traités de la même manière, lorsqu'il y a nécessité, l'application normale de la loi peut sembler aboutir – dans ce cas – à une injustice⁶. C'est ce que voulait dire Abraham Lincoln lorsqu'il a justifié la suspension de l'habeas corpus pendant la guerre civile en posant la question rhétorique suivante : « Toutes les lois sauf une doivent-elles cesser de s'appliquer, et le gouvernement lui-même doit-il s'effondrer de peur que cette loi ne soit violée⁷? »

Mais le droit moderne sur les mesures d'urgence a été conçu de façon à ce que les cas de nécessité soient prévus dans la loi, et à ce que les mesures prises au nom de la nécessité entraînent l'application de mécanismes de responsabilisation à la fois juridiques et publics, comme en témoigne la codification du droit sur les mesures d'urgence depuis le 19^e siècle. Et cette codification est devenue plus rigoureuse au fil du temps. La *Loi sur les mesures d'urgence* fournit ainsi un cadre *juridique* évident relativement à la nécessité.

Mais si la nécessité peut être encadrée, et donc régie par la loi, elle ne peut être entièrement prévue dans la loi, et ce, pour deux raisons : l'ambiguïté relative à la détermination des *fins* poursuivies, et celle relative à la détermination des moyens appropriés. Nous pouvons comprendre la source de la première ambiguïté en nous appuyant sur l'affirmation faite par Cicéron dans *Des lois*, selon laquelle le bien public est la loi suprême (3.3.7). Il semble s'ensuivre que le bien public, quel qu'il soit, dicte ce qui est nécessaire ou requis : selon ce point de vue, il est *nécessaire* de préserver le bien public lors d'une crise pour respecter la loi suprême, et il est donc nécessaire de prendre toute mesure requise à cette fin. Mais voici l'ambiguïté : n'y aura-t-il jamais de désaccord concernant ce qu'est le bien public, et donc concernant la nécessité d'agir en cas de crise?

En temps normal, les démocraties parlementaires délibèrent et débattent du bien public à préserver et des moyens politiques à employer à cette fin. En d'autres termes, notre forme de gouvernement a normalement pour effet de rendre les questions de bien public procédurales. Grâce au processus de contestation possible dans la sphère publique, à l'élection et à la nomination de représentants qui débattent et votent au Parlement, aux enquêtes menées par les comités parlementaires, et aux mécanismes régulateurs constitutionnels assurés par les législatures et les tribunaux, les citoyens décident normalement ensemble, de manière continue et parfois sentencieuse, mais jamais de manière absolue, ce qui constitue le bien public. Dans notre système de gouvernement, le bien est, en ce sens, le produit de la bonne procédure et du bon fonctionnement des institutions. Ces décisions sont ensuite intégrées à la loi, à notre constitution et à la jurisprudence.

Mais comment cette décision procédurale relative au bien public, et donc aux fins poursuivies, fonctionne-t-elle en cas d'urgence? La lenteur – parfois intentionnelle – des institutions

⁶ Dans l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote donne à entendre que le point d'application de la loi, le moment où un juge statue, est le moment auquel la nécessité devrait entrer en jeu. Ainsi, les gens devraient aller de l'avant et enfreindre la loi en cas d'urgence, puis espérer la clémence d'un juge : « Quand, par la suite, la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplification, de corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question. » [1137b20–24].

⁷ Abraham Lincoln, *Message du 4 juillet 1861 à l'intention du Congrès*. <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/july-4-1861-july-4th-message-congress>.

parlementaires est notoire. Nos démocraties sont *délibérantes* parce qu'elles reposent sur le principe selon lequel la réflexion et le débat constituent le meilleur moyen d'adopter de bonnes lois. Mais cette même qualité, cette lenteur qui vise à générer des lois et des politiques judicieuses concernant le bien public et ce qui est nécessaire pour le préserver, est un luxe qu'on ne peut se permettre en temps de crise. Il pourrait s'avérer catastrophique de tenir de longues délibérations sur le bien public dans le cadre d'une situation d'urgence. C'est ce qui a incité le théoricien du droit de Weimar et parfois apologiste du nazisme Carl Schmitt à mépriser la démocratie parlementaire. Selon Schmitt, ce type de gouvernement n'est pas en mesure de se défendre contre ceux qui veulent le subvertir. Dans le chapitre 4 de sa *Théologie politique*, Schmitt a ainsi tourné en raillerie les démocraties libérales, affirmant qu'elles sont tellement paralysées par la procédure, la morale et les droits que, si elles devaient choisir entre le Christ ou Barabbas, elles proposeraient « une motion de renvoi ou la mise en place d'une commission d'enquête » pour discuter de la question⁸. En raison de cette lenteur découlant des délibérations, de ce refus de reconnaître et de défendre le bien de manière décisive, Schmitt pensait que les démocraties libérales ploieraient sous les menaces pesant sur leur système de gouvernement et leur mode de vie politique. Une minorité rejetant les politiques d'un gouvernement librement élu pourrait exiger que ce gouvernement soit renversé. Et Schmitt pensait qu'un tel gouvernement, s'il était fidèle à lui-même, serait paralysé par la procédure et une conception absolutiste des droits, resterait impuissant et mourrait⁹. Autrement dit, Schmitt pensait que toute démocratie libérale respectant la primauté du droit réagirait trop tardivement en cas de crise en raison des délibérations nécessaires pour cerner les mesures requises pour préserver le bien public.

Mais la *Loi sur les mesures d'urgence* a été conçue pour remédier à ce problème. Elle n'élimine pas le processus de délibération, de débat et de surveillance visant à établir ce qui est nécessaire pour le bien public. Une commission d'enquête est créée, mais *après coup*, si bien que le gouvernement sait dès le départ qu'il pourrait y avoir des conséquences dans l'avenir. La *Loi sur les mesures d'urgence* a pour effet de reporter ces processus de délibération. Même si, en temps normal, les délibérations sur le bien public et sur les lois, les politiques et les mesures les mieux à même de le préserver ont lieu à l'avance, la *Loi* permet, dans certaines circonstances, que des décisions (provisaires) sur la nécessité et le bien public soient prises *sans tarder*, les délibérations et les prises de position devant avoir lieu en cours de route et *après coup*. Ainsi, si la *Loi sur les mesures d'urgence* ne définit pas clairement ce qu'est le bien public et, par conséquent, ce qui est nécessaire pour le protéger, elle crée un cadre juridique qui permet la formulation d'une certaine « hypothèse de travail fondée sur des données probantes » qui sera examinée et réexaminée tout au long de la situation d'urgence (par le comité d'examen parlementaire) et par la suite (par les tribunaux et la commission). Dans cette optique, toute affirmation schmittienne selon laquelle le recours à la *Loi sur les mesures d'urgence* au Canada relève de la dictature ou d'un pouvoir souverain témoigne d'une ignorance de la nature de la responsabilité publique et du rôle qu'elle joue dans cette loi. Il est donc erroné de qualifier de dictatoriale l'invocation de la *Loi sur les mesures d'urgence*, que son application soit légitime ou non dans un contexte donné. L'élément clé ici, c'est le temps.

En résumé, il est établi depuis longtemps que la loi doit parfois être abordée avec souplesse, dans les cas où son application rigide serait source d'injustice. Le caractère urgent de la nécessité est un motif commun justifiant le recours à la souplesse. Alors que certains soutiennent que la nécessité *l'emporte* sur le droit, d'autres estiment que la nécessité justifie l'adoption de

⁸ Carl Schmitt, *Théologie politique*, trad. de l'allemand par Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, 2020, p. 70.

⁹ Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, trad. de l'allemand par Jean-Louis Schlegel, Paris, Éditions du Seuil, 1988, p. 45 et suiv.).

cadres juridiques distincts, voire d'exceptions juridiques, mais uniquement lorsque cela sert le bien public. Or, puisque le bien public est normalement déterminé par un lent processus de délibération, il devient problématique dans nos démocraties d'évaluer si, dans une situation d'urgence, la nécessité justifie une approche souple – c'est-à-dire s'il existe vraiment un besoin lié au bien public. Le droit contemporain en matière d'urgence, comme la *Loi sur les mesures d'urgence*, est conçu de manière à optimiser la souplesse et le pouvoir de contrainte dans de telles situations, en remettant à plus tard les délibérations sur la nécessité. Les délibérations sur la déclaration de l'état d'urgence, qui peuvent avoir commencé dans la sphère publique et au sein du Cabinet, se poursuivent au Parlement dans les heures qui suivent la déclaration et s'étendent minimalement jusqu'au dépôt du rapport de la Commission en vertu de l'article 63 de la *Loi sur les mesures d'urgence* – et elles se poursuivront généralement lorsque tout cela appartiendra au passé. Les questions liées à la nécessité demeurent donc ambiguës, mais également susceptibles de contrôle sur le plan juridique. C'est ainsi que nous préservons la primauté du droit et notre engagement envers cette finalité, même en temps de crise.

Il incombe donc à la présente Commission, au Parlement et au public en général de déterminer si l'état d'urgence et les mesures prises étaient nécessaires au bien public. Cette question compose en partie le seuil juridique qui doit être atteint pour déclarer l'état d'urgence, mais il s'agit aussi, plus globalement, d'une question d'éthique politique. Même dans les cas où l'exercice des pouvoirs conférés par une loi sur les mesures d'urgence est, à proprement parler, légal, la question de savoir si la justification théorique du bien public était valable continue à se poser dans une démocratie. Il est donc important que nous examinions le fonctionnement du recours à l'argument de nécessité.

2.0 Les ambiguïtés de la nécessité

Que dit-on vraiment lorsqu'on affirme qu'une mesure est *nécessaire*? D'emblée, nous devons reconnaître qu'il existe plusieurs types de nécessité qui sont liés entre eux. Il y a notamment les nécessités pratiques, techniques, biologiques, morales et juridiques, en plus des nécessités imposées par la logique. Si vous voulez conduire une voiture, il est nécessaire d'avoir accès à une voiture (nécessité pratique), et il est nécessaire qu'il y ait du carburant dans le réservoir (nécessité technique). Il est également nécessaire que vous ayez le contrôle de vos membres (nécessité biologique). Il est aussi nécessaire que la promenade en voiture que vous vous proposez de faire ne vous amène à négliger aucun devoir essentiel – par exemple, que vous ne négligiez pas, en allant vous la couler douce sur des routes panoramiques, d'apporter du réconfort à votre enfant hospitalisé qui s'apprête à subir une intervention chirurgicale (nécessité morale). Il est par ailleurs nécessaire que vous soyez détenteur d'un permis de conduire et que tout le monde dans la voiture ait bouclé sa ceinture (nécessité juridique).

Les arguments de nécessité qui président aux affirmations ci-dessus n'ont rien d'absolu; ils sont plutôt le fruit d'une relation logique. Affirmer qu'un fait ou une mesure est nécessaire, c'est affirmer qu'en son absence, une autre chose ne peut exister ou ne peut être réalisée. Les arguments de nécessité sont donc la manifestation de *conditions*, et ce sont des affirmations conditionnelles. Ainsi, la nécessité elle-même n'a aucun caractère absolu; elle exprime plutôt cette *relation de conditionnalité*. La nécessité est un concept relationnel. C'est là la source de son ambiguïté inhérente et la raison pour laquelle elle peut être régie par la loi, mais ne peut être entièrement définie dans celle-ci.

En vertu de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, auquel le Canada est partie, les États ont au bout du compte le droit, moralement et juridiquement parlant, de prendre des mesures qui imposent des limites ou dérogent temporairement aux droits et libertés en situation de crise. En fait, les États pourraient être *forcés* de prendre de

telles mesures, car le bon fonctionnement de l'État est une condition nécessaire à la protection de tout droit et de toute liberté, ainsi qu'à la préservation de la sécurité des personnes et des biens. Pour protéger les autres droits, pour protéger la nation et son peuple contre les menaces à l'intégrité territoriale (et donc à l'autodétermination), pour protéger un mode de vie et pour protéger le bien-être des citoyens dans leur ensemble, un État et ses institutions, lorsqu'ils sont menacés, ont le droit – et peut-être l'obligation morale – de se défendre¹⁰. Bien entendu, aucun État ne peut garantir parfaitement le bien-être de sa population, mais on pourrait dire que tout État digne de ce nom doit y aspirer, et qu'il a alors le droit de déroger temporairement à certains droits lorsqu'une situation d'urgence l'exige.

Bien souvent, les conditions qui sous-tendent la nécessité restent opaques, ce qui complique l'évaluation des arguments de nécessité invoqués par le gouvernement. Un gouvernement peut déclarer : « Cette chose X qui se produit actuellement constitue une menace terrible pour le bien public, et ces mesures spéciales sont donc nécessaires. » Cependant, une telle déclaration cache plusieurs étapes intermédiaires.

Premièrement, la nécessité d'une mesure est tributaire de la nécessité d'atteindre le but visé par cette mesure. En d'autres termes, les mesures ne sont nécessaires que s'il existe *réellement* une menace terrible et si cette dernière a *réellement* une incidence importante sur une représentation justifiable et acceptée du bien public. Une menace pour l'État est une menace pour le bien public si et seulement si un État digne de ce nom (mais non parfait) est une condition nécessaire au bien-être de la population, et si la menace compromet la capacité de l'État à œuvrer pour le bien-être de sa population. Dans une telle situation, une menace ne devient une situation d'urgence justifiant des dérogations aux droits – ou, autrement dit, une déclaration d'état d'urgence et la prise de mesures d'urgence ne deviennent *nécessaires* – que si, et seulement si, les mécanismes habituels (qui peuvent inclure les *limitations* ordinaires des droits) ne permettent pas de faire face à la menace.

Par exemple, si un État affirme qu'il est nécessaire de rétablir la libre circulation transfrontalière des marchandises, ce n'est évidemment pas parce que la libre circulation transfrontalière des marchandises correspond, en soi, au bien public. Cette circulation est plutôt nécessaire *afin que* les chaînes d'approvisionnement ne soient pas interrompues, et *afin que* de bonnes relations commerciales puissent être maintenues avec les partenaires commerciaux. Par ailleurs, les chaînes d'approvisionnement et les bonnes relations commerciales sont nécessaires *pour que* les usines et les entreprises puissent fonctionner, *de sorte que* la population puisse travailler et que l'économie soit robuste. Ce fonctionnement et ce travail sont quant à eux importants *afin d'accroître* la richesse, avec tous les avantages que cela comporte, et de réduire la pauvreté, et toutes ses conséquences désastreuses, ce qui contribuera au bien-être humain. Toute cette chaîne de conditions, enchâssées les unes dans les autres, appuie la décision finale selon laquelle il est nécessaire de *faire quelque chose* pour rétablir la libre circulation transfrontalière des marchandises. Si l'on n'expose pas en détail chaque étape du raisonnement, il devient facile d'introduire en douce dans cette chaîne un élément par rapport auquel la nécessité serait indéfendable. Cela est particulièrement vrai lorsque la menace est sérieuse, sans pour autant être existentielle. Par exemple, une menace d'anéantissement nucléaire n'est pas la même chose qu'une menace de préjudice économique. Et dans la zone floue qui existe entre les deux, le jugement politique interviendra à la fois au moment de la décision et par la suite.

On peut s'attendre à trouver, tout au long de la chaîne de conditions inhérente à une situation d'urgence, des maillons forts et des maillons faibles, des points où l'argument de nécessité

¹⁰ J'expose ces arguments en détail dans Lazar, *States of Emergency*.

semble solide et des points où il peut sembler faible. Il serait raisonnable de s'attendre à une relation de nécessité plus faible là où les conditions dépendent :

- d'évaluations de probabilités et du risque;
- d'évaluations comparatives des moyens appropriés;
- de l'existence ou de l'inexistence de mesures préalables et préventives;
- des attentes en matière de coopération intergouvernementale.

Ces points font partie de ceux qui devront faire l'objet d'une attention particulière de la part de la Commission, du Parlement et du public lors de l'examen des éléments de nécessité de la situation d'urgence, car chacun d'eux constitue un maillon faible potentiel dans la chaîne des conditions.

2.1 Risque et probabilité

Certains aspects d'une urgence sont prévisibles. Par exemple, nous savons avec une quasi-certitude que la rivière Rouge, au Manitoba, connaîtra des crues périodiques, et que les pandémies se produisent également de manière périodique. Mais la plupart des urgences ont des aspects dynamiques. Dans le cas d'une inondation, nous n'apprendrons qu'à la dernière minute quelle sera la gravité de la situation, quelles seront les zones les plus touchées, dans quelle mesure les dispositifs anti-inondation, comme les systèmes de digues, sont sûrs, etc. Dans le cas d'une pandémie, les scientifiques ont besoin de temps pour étudier les mécanismes de transmission de la maladie, établir sa progression, sa morbidité et sa mortalité, déterminer des méthodes d'atténuation efficaces et concevoir des traitements. Autrement dit, lorsque nous sommes confrontés à une menace, il est rare que nous la comprenions pleinement au départ. Cela signifie que les décideurs doivent toujours agir en dépit du manque d'informations, et donc dans des conditions d'incertitude. Les dirigeants doivent faire preuve de jugement et rechercher les meilleurs renseignements disponibles pour évaluer le risque et la probabilité, et toute affirmation de nécessité dans ces conditions d'incertitude sera donc elle-même incertaine.

Il peut être utile, en ce qui concerne le caractère incertain des affirmations de nécessité, d'envisager un parallèle avec la théorie de la guerre juste. Ce parallèle est manifeste pour trois raisons : premièrement, l'État est l'agent moral dans les deux scénarios; deuxièmement, dans les deux cas, il y a un acte de langage (une déclaration de guerre ou d'état d'urgence) qui modifie la position morale, les devoirs et les obligations de l'État; et troisièmement, la légitimité de ce changement repose sur un avis de nécessité. Comme pour l'état d'urgence, lors d'une déclaration de guerre ou de la prise de certaines mesures en temps de guerre, la justification repose sur des critères supposant une détermination probabiliste de la nécessité. En ce qui concerne la déclaration de guerre, les théoriciens de la guerre juste soutiennent que la guerre doit être le *dernier recours*. En d'autres termes, la guerre ne peut pas être l'option *privilégiée*, elle doit être la seule option – et donc la mesure *nécessaire* – pour protéger l'État de la menace. Mais cette description cache de nombreuses déterminations probabilistes. Dans quelle mesure sommes-nous certains de l'existence d'un préjudice *tel* qu'il justifie le déclenchement d'une guerre? Et dans quelle mesure sommes-nous certains qu'il n'existe aucune autre option viable? S'il y a encore une infime possibilité que la diplomatie permette d'obtenir des résultats, même si le fait d'attendre pose des risques, la déclaration de guerre est-elle justifiée? Nous connaissons rarement l'avenir avec certitude et nous devons souvent prendre des décisions urgentes en nous appuyant sur des renseignements insuffisants.

C'est pourquoi la norme juridique de la Loi sur les mesures d'urgence n'exige pas la nécessité en tant que telle, mais plutôt des « motifs raisonnables de croire » à la nécessité. Et la question de savoir si ces motifs étaient raisonnables repose sur l'évaluation du risque et de la

probabilité. Or, le fait d'insister sur les évaluations du risque et de la probabilité peut faire apparaître des maillons faibles dans la chaîne de conditions, tout comme il peut permettre de justifier des conditions qui semblent faibles a priori. Par exemple, s'il y avait encore une *faible* possibilité de négocier le retrait du convoi, mais que les renseignements dont disposait le gouverneur en conseil à ce moment-là donnaient à penser que la probabilité de réussite des négociations dans un délai raisonnable, compte tenu du temps écoulé, était mince, le public pourrait quand même juger que le gouverneur en conseil avait des motifs raisonnables de croire qu'il était nécessaire de déclarer l'état d'urgence. En résumé, la plupart des avis de nécessité sont probabilistes, et nous devons évaluer les affirmations de nécessité dans ce contexte. Nous devons examiner de près la manière dont ces évaluations ont été faites (quels outils d'évaluation des risques ont été utilisés, quelles informations ont été recherchées, etc.).

2.2 Le problème des moyens multiples

Même si la déclaration de l'état d'urgence est nécessaire, ou si l'on peut raisonnablement croire qu'elle l'est, la *Loi sur les mesures d'urgence* précise également que le gouverneur en conseil doit juger chaque mesure à prendre tout aussi raisonnable et doit expliquer au Parlement et à la population pourquoi il estime que ces mesures sont nécessaires. Mais sachant qu'il existe généralement de multiples façons d'atteindre un objectif, même dans les situations d'urgence publique, comment peut-on prétendre qu'une mesure en particulier était nécessaire? En outre, même si le fait de démontrer l'efficacité des mesures prises atteste en quelque sorte leur caractère approprié, cela ne suffit pas. Ainsi, la question posée par le gouvernement dans le cadre du mandat de la Commission est quelque peu trompeuse. Efficacité n'est pas synonyme de nécessité, car affirmer qu'une mesure est nécessaire revient à dire que *sans cette mesure, l'objectif n'aurait pas pu être atteint*. Autrement dit, la mesure doit être une condition nécessaire à l'atteinte de l'objectif. S'il existe plusieurs mesures susceptibles de permettre l'atteinte de l'objectif, alors aucune mesure n'est réellement nécessaire, puisque le gouverneur en conseil aurait toujours pu choisir un autre moyen. L'exemple qui suit illustre bien ce principe : si vous voulez vous rendre d'Ottawa à Winnipeg, vous pouvez prendre le train (un moyen *efficace* pour vous aider à atteindre votre objectif), votre voiture (moyen tout aussi efficace) ou l'avion. Il s'agit de trois moyens efficaces qui vous permettront de vous rendre d'Ottawa à Winnipeg. Cependant, aucune de ces mesures n'est *nécessaire* pour se rendre à Winnipeg. Si vous prenez le train, *alors* vous pourrez vous rendre à Winnipeg. Mais vous ne devez pas *absolument* prendre le train pour aller à Winnipeg.

Pour cerner les raisons pour lesquelles certaines mesures ont été jugées nécessaires plutôt que d'autres, il peut être utile de chercher à clarifier la *façon* dont le gouverneur en conseil voulait régler la situation d'urgence. En d'autres termes, les personnes qui évaluent les mesures peuvent vouloir **faire ressortir les adverbess** en jeu. Il est possible, si vous voulez vous rendre *rapidement* d'Ottawa à Winnipeg, qu'il soit vraiment nécessaire de prendre l'avion, plutôt que d'utiliser une voiture ou de prendre le train.

Les affirmations selon lesquelles une mesure est nécessaire peuvent dissimuler des considérations latentes prenant la forme d'adverbes. Autrement dit, un gouvernement qui juge nécessaire de régler une situation voudra le faire d'une manière particulière, suivant certaines caractéristiques. Par exemple, il peut sembler important, pour diverses raisons, de régler une situation d'urgence :

- rapidement;
- sécuritairement;
- équitablement;
- prudemment;
- efficacement;
- de manière décisive;

- sans tarder;
- de manière rentable.

Ces paramètres qui ont pour effet de modifier le résultat recherché auront une incidence sur la perception de nécessité, faisant en sorte que certaines mesures ne seront plus seulement désirables. Comme l'a judicieusement souligné la professeure Jocelyn Stacey, même si, techniquement, la *Loi sur les mesures d'urgence* ne peut être invoquée que si aucune autre loi ne peut être utilisée, il est possible que le recours à une autre loi soit moralement pire. Par exemple, le gouvernement n'avait pas besoin d'invoquer la *Loi sur les mesures d'urgence* pour faire appel à l'armée lors de la crise des convois. Il aurait pu le faire en vertu de l'article 275 de la *Loi sur la défense nationale*, et cela aurait pu permettre de mettre efficacement fin à la crise. Mais cela aurait-il été préférable¹¹? L'attention portée aux autres valeurs en jeu, à la façon dont le gouvernement voulait résoudre la crise, permet d'expliquer pourquoi le recours à la *Loi sur les mesures d'urgence* peut être justifié lorsqu'il existe une autre solution, mais que celle-ci est jugée, pour des raisons morales ou autres, discutable ou trop radicale. S'il était nécessaire non seulement de résoudre la crise, mais également de le faire de manière sécuritaire et prudente, alors ces adverbies porteurs de valeur pouvaient exclure l'option de la *Loi sur la défense nationale*. Sur le moment, les jugements portés seront toujours prudents, et nous devons garder cela à l'esprit par la suite. Cependant, il incombe aux personnes qui demandent des comptes au gouvernement de se demander si les adverbies eux-mêmes sont raisonnables et justes. Le gouvernement doit aussi être tenu responsable de ses prétentions et de ses choix implicites.

2.3 Préparation et prévention.

Un troisième domaine où la chaîne implicite de conditions peut dissimuler un argument faible en faveur de mesures d'urgence est celui de la préparation et de la prévention. On se souviendra qu'en plus d'impliquer une menace soudaine et urgente pour le public, une situation d'urgence publique implique aussi une inadéquation soudaine entre les besoins du public et la capacité du gouvernement à y répondre. C'est pourquoi tous les gouvernements au Canada disposent de procédures et de mesures préventives pour prévoir les situations d'urgence les plus probables et pour y faire face. Par exemple, les villes où les blizzards sont fréquents, comme Ottawa, disposent de plans, de protocoles de communication et d'équipement qui, dans l'éventualité d'une grosse tempête de neige, font qu'on ne réclamera normalement pas la déclaration d'un état d'urgence ou la prise de mesures d'urgence. Les situations d'urgence publiques sont le résultat de besoins non comblés; ce sont des états de *nécessité* découlant de l'interaction entre une situation extrême qui affecte le bien-être du public et les moyens dont on dispose pour combler ces besoins.

Cela soulève la question de la possibilité pour un gouvernement de prétendre qu'une déclaration d'état d'urgence et que la prise de mesures d'urgence étaient nécessaires dans la mesure où, à un moment quelconque en amont, la prise de certaines décisions aurait peut-être pu (nous voilà de nouveau dans la sphère des probabilités) éviter la situation d'urgence. Si Ottawa n'avait pas de plans pour les tempêtes de neige, pourrait-elle raisonnablement affirmer que des mesures d'urgence – par exemple réquisitionner des chasse-neige – étaient justifiées vu leur nécessité? D'une part, il se peut que les mesures soient nécessaires sur le moment, et donc potentiellement légales. Mais d'autre part, se peut-il que les pouvoirs en place demeurent coupables moralement ou politiquement du fait qu'ils ont négligé de prévoir la situation et de s'y préparer?

¹¹ Communication personnelle. Vendredi 30 septembre 2022.

La culpabilité varie selon le cas, car il n'est pas toujours raisonnable de s'attendre à ce qu'un État soit préparé. Premièrement, il n'est pas possible de prévoir toutes les situations d'urgence. Deuxièmement, il y a toujours des compromis politiques, sociaux et économiques entre le coût de la prévention et le coût de la réponse. La prévention répond à des faits hypothétiques et est évaluée en fonction de ceux-ci, ce qui veut dire qu'il n'est pas nécessairement facile de consacrer des ressources à une chose qui ne s'est pas encore produite et qui ne se produira peut-être pas. Par exemple, un hôpital spécialisé dans les maladies infectieuses et une capacité de soins de santé ajustable pourraient peut-être aider à contrer une urgence sanitaire, mais leurs coûts élevés risquent de diminuer les ressources consacrées aux soins de tous les jours. Chaque entité politique démocratique doit considérer les priorités, les coûts et les bénéfices relatifs.

Par ailleurs, c'est en droits et non en argent que se mesure le coût de certaines mesures préventives. En effet, il y a des circonstances dans lesquelles une limite permanente aux droits et à la liberté peut empêcher qu'une situation émergente, nécessitant des restrictions plus sévères aux droits, ne se développe. Par exemple, la *Loi sur la salubrité des aliments au Canada* (2012) limite la possibilité de tenir certains discours (p. ex. les articles 6, 8, 9 et 11) et réduit les droits à la vie privée et à la propriété (articles 24 et 26) dans le but de prévenir des préjudices publics. Ainsi, le paragraphe 6(1) restreint la parole et l'expression en qualifiant d'infraction le fait d'étiqueter « ...un produit alimentaire, ou d'en faire la publicité, d'une manière fausse, trompeuse ou mensongère ou susceptible de créer une fausse impression quant à sa nature, sa qualité, sa valeur, sa quantité, sa composition... » alors que l'article 26 permet aux inspecteurs, s'ils ont des motifs valables, de pénétrer dans un lieu privé pour effectuer une perquisition, et même de restreindre l'accès d'une personne à sa propre propriété. En imposant une limite mesurée et préventive sur les droits en amont (publicité trompeuse et inspection d'usine), nous évitons peut-être les restrictions plus graves en aval. Le droit de réunion pacifique constitue un autre exemple. Il se peut qu'en imposant quelques limites à ce droit, par exemple fixer une distance à maintenir entre des manifestants et certains lieux (assemblées législatives, établissements de soins de santé, infrastructures essentielles), ou en restreignant le matériel autorisé lors d'une manifestation, la liberté de réunion pacifique s'exerce en toute vigueur pour les fins recherchées, sans risque pour la sécurité et la vie citoyenne. Parfois, le recours à des limites préventives modérées mais permanentes réduit la nécessité de restreindre. Mais comme pour la prévention et la préparation coûteuses, chaque entité politique doit peser les priorités et faire preuve de prudence dans de tels jugements.

La clé consiste à voir que l'affirmation faite par une entité politique qu'une mesure était *nécessaire* cache peut-être, à certains points de la chaîne de conditions, une autre mesure qu'elle aurait raisonnablement dû prendre avant. Cette constatation peut révéler les cas où, tous les autres paramètres étant égaux, un état devrait assumer une part de responsabilité pour le seul fait d'avoir réuni les conditions de la « nécessité ». Une fois de plus, bien que la condition de nécessité puisse être réelle dans le moment en question, et qu'un seuil légal soit potentiellement atteint, la responsabilité publique est plus large que la responsabilité légale. Par conséquent, la question de la responsabilité subsiste.

La complexité s'accroît dans les États fédéraux. Cela vient peut-être du fait que l'immobilisme – attribuable à une incapacité ou à des motifs politiques ou autres – d'un ordre de gouvernement crée une situation de nécessité qui ne se serait pas nécessairement produite si le gouvernement en question avait agi. L'un des gouvernements peut se retrouver dans une position où la décision d'un autre gouvernement d'agir ou de ne pas agir est ce qui rend la déclaration de l'état d'urgence et les mesures prises *nécessaires*. Si c'est dans son devoir moral – et non légal – que le gouvernement passif a failli, le public demeure justifié de lui demander des comptes.

Dans ce contexte, on notera que dans la décision de la Cour suprême du Canada *Perka c. La Reine*, les juges Ritchie, Dickson, Chouinard et Lamer ont conclu que le fait de ne pas avoir pris des mesures raisonnables antérieurement pour empêcher qu'une situation ne se produise pouvait invalider une requête de défense fondée sur la nécessité pour un acte criminel : « Si l'accusé a prévu ou aurait dû prévoir que ses actes pourraient donner lieu à une situation d'urgence qui exigerait la perpétration d'une infraction à la loi, il se peut qu'il ne puisse pas faire valoir que sa réaction a été involontaire¹². » Cela met en évidence le fait que la responsabilité morale et politique peut découler d'une inaction antérieure.

J'ai mentionné que pour juger un argument fondé sur la nécessité, il est nécessaire de bien voir toute la chaîne de conditions qu'il représente. D'une part, la responsabilité exige que nous nous interroguions sur la nécessité qu'on atteigne le but visé : celui-ci sert-il un bien public clair et urgent? D'autre part, elle exige que nous examinons des questions de risque et de probabilité, la question des moyens multiples, et l'absence de préparation et de prévention ayant éventuellement contribué à ce que la condition de nécessité se pose. Une vision claire de l'ensemble de la chaîne des conditions fait qu'il est plus difficile de cacher les motifs étrangers au bien public et plus facile d'évaluer si la conception du bien public utilisée par le gouvernement au moment de la décision en est une que le Parlement et le public seront disposés à accepter après les faits.

Ayant examiné le fonctionnement des moyens de défense fondés sur la nécessité, je vais maintenant proposer à la Commission, au Parlement et au public certains outils et heuristiques qui leur permettront de poursuivre la démarche.

3.0 Les heuristiques de la nécessité

J'ai soutenu ci-dessus que des mesures législatives telles que la *Loi sur les mesures d'urgence* visaient à ce que la nécessité ne soit pas étrangère à la loi. En particulier, j'ai mentionné que les arguments fondés sur la nécessité, pour être justifiés dans une situation d'urgence, doivent être au service du bien public, qui est la loi suprême. J'ai également mentionné qu'une décision quant au bien public s'avère un jugement invalidable dans des instances procédurales telles que les délibérations démocratiques de différentes sortes. Cela dit, par le discours public, les élections, les débats parlementaires, les enquêtes des comités, etc., nous en venons à une compréhension d'une conception toujours révisable de ce en quoi consiste le bien public. Évidemment, certaines normes sont davantage fondatrices que d'autres, en particulier les normes que régissent les procédures elles-mêmes, comme la règle de droit, et les normes qui concernent les droits fondamentaux, qui sont enchâssées dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, deux documents auxquels la *Loi sur les mesures d'urgence* doit être conforme.

J'ai également mentionné ci-dessus que les conditions d'urgence sont telles qu'elles ont tendance à s'opposer aux procédures habituelles, ce qui rend le jugement sur une conception (invalidable) de ce qu'est le bien public d'autant plus difficile à rendre.

Les lois contemporaines sur les situations d'urgence, comme la *Loi sur les mesures d'urgence*, visent à inclure la règle de droit dans les situations de crise par des moyens institutionnels novateurs. Elles le font en déplaçant l'horizon temporel du jugement de la nécessité. Alors que normalement, les procédures démocratiques établissent qu'une loi ou une politique favorise le

¹² *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

bien public *avant* son adoption, dans un contexte d'urgence, conformément à une mesure législative telle que la *Loi sur les mesures d'urgence*, le cadre temporel se déplace de telle sorte qu'au lieu d'avoir lieu avant l'urgence, ce discours démocratique a lieu durant et après celle-ci. Le déplacement du cadre temporel optimise l'équilibre entre la flexibilité, en rejoignant les arguments fondés sur la nécessité, et la responsabilité, en déterminant la justification de ces arguments. Il en est ainsi car les leaders peuvent agir immédiatement en situation d'urgence : ils peuvent utiliser une hypothèse de travail invalidable, fondée sur des données probantes, de ce qui est nécessaire pour le bien public, tout en étant responsables à partir de ce moment.

Les entités responsables d'exiger des comptes au gouvernement – le Parlement, la Commission, les Canadiens et, ultimement, les historiens – peuvent bénéficier de certaines heuristiques explicites pour réfléchir à la nécessité en contexte d'urgence. La Cour fédérale a elle aussi une responsabilité en matière d'obligation de rendre compte, mais elle déterminera ses propres normes futures, à partir de la jurisprudence. Pour tirer profit de ces heuristiques, la chaîne des conditions doit être claire. En d'autres termes, la nature de ce qui est nécessaire selon le gouverneur en conseil et la raison pour laquelle elle l'est doivent être claires. Mais une fois cette clarté établie, ces heuristiques peuvent aider à évaluer ces allégations de nécessité.

Pour comprendre les heuristiques et savoir pourquoi elles ont un sens, il est utile d'examiner les cas qui sont survenus dans la jurisprudence internationale au lendemain des attaques terroristes du 11 septembre. À l'époque, certains gouvernements – parfois en raison d'une obligation dictée par les tribunaux – mettaient en place de nouvelles institutions pour assurer la solidité de la règle de droit même lorsque la nécessité était invoquée. Cette jurisprudence était peut-être rendue possible en raison de la nature éphémère ou préventive des menaces du moment. Après le 9 septembre, on craignait le chaos et les pertes de vie massives – malgré leur très faible présence immédiate –, ce qui a peut-être donné une distance suffisante pour calmer les tribunaux. Parmi les causes de cette époque qui traitent du concept de nécessité ou qui l'invoquent, l'affaire *Belmarsh*, au Royaume-Uni, est particulièrement intéressante et utile en ce qui nous concerne, en partie parce qu'elle traite de nécessité en tant qu'élément de seuil et de nécessité en tant que condition pour des mesures individuelles, et en partie parce qu'elle montre des heuristiques utiles.

Belmarsh concernait les droits de neuf hommes – tous des non-ressortissants britanniques. Étant donné leurs liens allégués à des groupes terroristes, ces hommes ont été détenus indéfiniment et sans procès en vertu de la *Anti-terrorism, Crime, and Security Act 2001*. Le gouvernement du Royaume-Uni avait invoqué une dérogation à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui stipule que « [t]oute personne a droit à la liberté et à la sûreté ». En raison de cette dérogation, le ministre de l'Intérieur a été en mesure, en vertu de l'article 21 de la Convention, de statuer que ces personnes constituaient une menace à la sécurité nationale, et en vertu de son article 23, de les mettre en détention indéfiniment à moins qu'ils n'optent pour la déportation. En raison de leurs liens allégués avec les groupes terroristes, ces hommes risquaient la torture ou la mort dans leur pays, ce qui voulait dire que leur déportation forcée violerait le principe de non-refoulement du droit international. Ils se sont adressés au comité d'appel de la Chambre des Lords, affirmant que leur détention indéfinie violait les droits que leur conférait l'article 5 de la Convention et que la dérogation prise par le gouvernement en vertu de ses dispositions d'urgence (article 15) était inégale.

D'un côté, pour qu'elle soit légale, la dérogation devait respecter le critère de nécessité de l'article 15. Cet article va comme suit : « En cas de (...) danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige... ». Ainsi, la situation doit être urgente et importante au point où elle *nécessite* des dérogations, et celles-ci

doivent, chacune et individuellement, être nécessaires strictement pour résoudre le problème : la question du seuil et la question des mesures.

En ce qui concerne la question du seuil – le contexte suivant le 9 septembre justifiait-il la prise des dérogations –, Lord Bingham a répondu qu'il n'appartenait pas au tribunal de trancher. [Traduction] « Je conçois qu'une grande importance soit accordée au jugement du ministre de l'Intérieur, de ses collègues et du Parlement sur cette question, car ils ont été appelés à exercer un jugement particulièrement politique. Pour ce faire, ils devaient prédire, à partir de faits, ce que des personnes pourraient faire ou ne pas faire, et à quel moment elles le feraient le cas échéant, et quelles seraient les conséquences si elles le faisaient. Toute prédiction sur le comportement des êtres humains (contrairement aux phases de la Lune ou le niveau de l'eau à London Bridge) est nécessairement problématique. Des personnes raisonnables et éclairées ne voient pas nécessairement les choses de la même façon, et un jugement n'est pas faux ou déraisonnable parce que ce qu'on croyait qu'il arriverait ne s'est pas produit. Si tant est qu'on ait péché, il aurait été irresponsable qu'on ne le fasse pas par excès de prudence...¹³ ».

Lord Bingham ajoute : [Traduction] « Plus une question est politique en essence, plus une résolution politique est appropriée et moins une décision des tribunaux est susceptible d'être appropriée. Ainsi, moins l'éventuel rôle du tribunal sera important. C'est le rôle des entités politiques, et non judiciaires, de régler les questions politiques¹⁴. » Cet avis est parfois considéré comme conforme à la jurisprudence mondiale, mais dans le contexte américain (et peut-être d'autres), les tribunaux ont, en périodes de graves crises, utilisé des approches différentes pour gérer les droits¹⁵. »

Comme l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, la *Loi sur les mesures d'urgence* exige qu'une évaluation de l'état de nécessité soit faite avant son utilisation. Lord Bingham a indiqué que la nécessité de la dérogation – l'équivalent dans le cas qui nous occupe à déterminer la nécessité d'une déclaration sur la présence d'un état d'urgence – relevait du jugement politique et non judiciaire. De longue date, les tribunaux sont réticents à donner leur point de vue sur des questions de jugement politique. Cela dit, la responsabilité prend de nombreuses formes dans les démocraties, et, en toutes lettres ou implicitement, on trouve plus d'un contrôle à l'égard du pouvoir exécutif dans la *Loi sur les mesures d'urgence*. Bien que les opinions puissent diverger sur ce point, les tribunaux peuvent légitimement choisir d'éviter les questions politiques que les commissions d'enquête publique, le Parlement et le public peuvent légitimement aborder. Même lorsque les tribunaux sont réticents à exiger des comptes du pouvoir exécutif pour ses décisions politiques, les citoyens sont tout à fait justifiés de le faire.

Mais pour ce qui est de juger la nécessité de mesures prises dans une crise, les Lords juristes ont été beaucoup moins réticents. Ils ont jugé que la détention pour une période indéterminée de ressortissants étrangers soupçonnés d'implication dans des activités terroristes était une mesure disproportionnée, non nécessaire dans la stricte mesure où la situation l'exigeait, non liée rationnellement à la menace à la sécurité et discriminatoire sur le plan de la nationalité. Pour ces raisons, les Lords juristes ont conclu que la détention envisagée par le ministre de l'Intérieur n'était pas nécessaire, et donc illégale.

¹³ *A and others v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56. S. 29.

¹⁴ Il convient de mentionner la dissidence de Lord Hoffman, qui a soutenu qu'il n'était pas crédible d'affirmer que l'existence d'un pays était menacée : [Traduction] « Il ne fait aucun doute que nous survivrons à al-Qaïda ». S. 96

¹⁵ Voir, par exemple, les propos très pertinents sur la jurisprudence de guerre dans Lee Epstein et coll. « The Supreme Court during Crisis: How War Affects only Non-War Cases », *New York University Law Review* 80,1 (2005): 1-116.

Pour en arriver à cette conclusion, les magistrats ont emprunté un raisonnement utilisé dans l'arrêt *R. c. Oakes* de la Cour suprême du Canada. Les Lords ont mentionné cette affaire en partie parce que les appelants avaient invoqué une affaire anglaise, de *Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing*, qui elle-même tirait son argumentaire de cette affaire canadienne.

Il est possible que l'argumentaire utilisé dans l'arrêt *Oakes* ne soit pas directement approprié pour interpréter les prescriptions de la *Loi sur les mesures d'urgence*, en particulier en ce qui concerne la déclaration d'urgence. Cela dit, il constitue une heuristique utile pour clarifier la nécessité des mesures. L'arrêt *Oakes* concerne l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, selon laquelle les droits au Canada « 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 démocratique¹⁶. » Beaucoup de droits mentionnés dans la *Charte* sont assortis de limites dans le texte même, mais l'article 1 mentionne qu'il peut survenir des occasions dans lesquelles des limites supplémentaires sont justifiables. La Cour suprême du Canada a élaboré le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* pour aider à évaluer le caractère justifiable d'une limite imposée à un droit.

La première partie du critère exige que le gouvernement limite uniquement un droit ou une liberté si l'objectif est important. La Cour a conclu qu'une restriction à un droit doit se rapporter « ...à des préoccupations sociales, urgentes et réelles...¹⁷ » En ce qui nous concerne – une heuristique pour évaluer le recours à la *Loi sur les mesures d'urgence* –, cette partie du critère peut servir à rappeler que les pouvoirs d'urgence sont subordonnés au bien public, qui est la loi suprême. Pourtant, le seuil pour déclarer un état d'urgence est clairement *plus élevé* que celui de la première partie du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. L'urgence et la réalité ne suffisent pas à ce que la déclaration d'un état d'urgence soit *nécessaire*, en partie parce que des mesures non liées à une situation d'urgence sont peut-être suffisantes.

La seconde partie du critère comporte trois sous-sections qui, lorsque la nécessité de déclarer un état d'urgence est établie, indiquent clairement de quelle façon évaluer la nécessité de prendre telle ou telle mesure d'urgence. Premièrement, le gouvernement doit montrer que la restriction du droit (dans le cas présent, la dérogation à celui-ci) qui est imposée pour atteindre l'objectif important est raisonnable et justifiée. Deuxièmement, la restriction (ou dérogation) : a) doit être « [équitable] et non [arbitraire], être soigneusement [conçue] pour atteindre l'objectif en question et avoir un lien rationnel avec cet objectif. »; b) le droit doit être limité (ou faire l'objet d'une dérogation) « le moins possible » pour l'atteinte du but visé; c) « il doit y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive et l'objectif poursuivi ». Cela signifie que plus les conséquences de la restriction du droit sont graves, « plus l'objectif doit être important¹⁸. »

Examiner l'arrêt *Oakes* a comme conséquence intéressante de fournir un appui à l'hypothèse de David Dyzenhaus selon laquelle différentes normes de nécessité peuvent convenir pour juger la nécessité de la *déclaration* et juger la nécessité des mesures¹⁹. L'on pourrait élaborer cette vision à la lumière de l'arrêt *Oakes* comme suit : la norme de la nécessité est moindre pour la déclaration parce que celle-ci n'a en elle-même aucune conséquence sur les droits. Ainsi, dans le cas d'une déclaration, l'heuristique de la nécessité pourrait découler uniquement des parties 1 et 2a) du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Par exemple, on pourrait postuler

¹⁶ R. v. Oakes, 1986] 1 SCR 103

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Communication personnelle, 8 août 2022.

que pour qu'une déclaration satisfasse à l'heuristique de la nécessité, le gouverneur en conseil doit avoir des motifs raisonnables de croire qu'une telle déclaration est urgente et *critique* (ce dernier mot étant à comprendre à la lumière des définitions figurant dans la *Loi*) et serait « [équitable] et non [arbitraire], (...) soigneusement [conçue] pour atteindre l'objectif en question et avoir un lien rationnel avec cet objectif²⁰. » Cette heuristique peut fonctionner efficacement de concert avec la chaîne des conditions, car c'est par l'entremise de celle-ci que les liens entre les moyens et les fins et que les justifications de celles-ci se révèlent dans leur entièreté.

L'heuristique de nécessité de la déclaration d'un état d'urgence pourrait ressembler à ceci : Si, après que la menace ait été décrite en détail à l'aide d'une évaluation des risques et de la meilleure information disponible, il s'avère qu'elle réduit gravement la capacité de l'État à assurer le bien-être de la population, et si et seulement si les mécanismes habituels (qui peuvent inclure des *restrictions* aux droits exercés au quotidien, comme c'est le cas de la plupart des mesures gouvernementales) ne suffisent pas à lui faire face, et que le recours à une loi sur les situations d'urgence, dans les circonstances données, est juste, non arbitraire et raisonnablement susceptible d'atteindre l'objectif en question, la condition de nécessité du seuil de déclaration est alors respectée.

On notera que cette approche attire l'attention sur les aspects politiques et communicatifs d'une déclaration d'état d'urgence. Une déclaration d'état d'urgence rend possible la prise de mesures d'urgence. Or, s'il s'avère que les *mesures* n'étaient pas formellement nécessaires, ce seul fait ne suffit pas à conclure que la *déclaration* n'était pas nécessaire. Cela s'explique par le fait qu'une déclaration a également une fonction de communication. Par exemple, une déclaration d'état d'urgence pourrait servir à avertir les individus qui menacent d'utiliser la violence ou qui représentent une menace imminente pour les institutions démocratiques qu'ils n'agiront pas en toute impunité, et à montrer à la population que le gouvernement demeure fonctionnel et déterminé à faire régner la paix et l'ordre. Cette fonction de communication, lorsqu'elle est utilisée délibérément, ne pose pas en elle-même un risque pour les droits et peut contribuer à résoudre le problème. En effet, dans l'idéal, déclarer l'état d'urgence serait suffisamment efficace pour rendre non nécessaire toute dérogation aux droits. Déclarer l'état d'urgence favorise l'obtention de la fin, et ce, indépendamment des mesures qui suivent (ou non).

En ce qui concerne la nécessité de mesures d'urgence particulières, la deuxième partie du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* constitue ici aussi un bon outil pour mettre au jour et évaluer la pertinence de la chaîne des conditions. L'heuristique de la nécessité des mesures pourrait ressembler à ceci : Si un état d'urgence a été déclaré, les mesures visant à y faire face peuvent être jugées nécessaires si et seulement si : a) ces mesures sont « équitables et non arbitraires, [sont] soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question » lorsque cet objectif est entièrement décrit (au lieu de mentionner uniquement que le problème doit être réglé, ajouter à ce dernier mot un qualificatif tel que *rapidement*, *complètement* ou d'autres adverbes justifiés dans le scénario donné) et que les mesures ont « un lien rationnel avec cet objectif »; b) le droit restreint l'est « le moins possible »; c) la restriction est proportionnelle à l'objectif.

De cette façon, le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, combiné à une élaboration exhaustive de la chaîne des conditions, peut contribuer à guider la réflexion sur la nécessité au service de la responsabilité publique.

4.0 Conclusion

²⁰ R. v. Oakes, 1986] 1 SCR 103.

Étant essentiellement relationnelle, la nécessité est un concept dont l'ambiguïté est permanente. L'objectif de cet article était de décortiquer autant que faire se peut ce concept appliqué à un contexte d'urgence. Le but était d'apporter une clarification à la Commission, au Parlement et au public en pesant la nécessité de la déclaration de l'état d'urgence et de la prise de mesures d'urgence. L'article milite pour que la chaîne des conditions qui décrivent la nécessité en situation de menace soit pleinement dégagée; il souligne également les points sensibles, tels que les évaluations des risques et le problème des moyens multiples, qui pourraient justifier une plus grande attention. Enfin, l'article montre en quoi le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, qu'il serve ou non de norme juridique, peut être une heuristique efficace pour évaluer les arguments fondés sur la nécessité à des fins plus vastes de responsabilité publique.

Il est important de noter qu'au moment de rédiger ce document, les tribunaux du Canada n'avaient pas encore rendu de décision sur les questions liées à la *Loi sur les mesures d'urgence* et les mesures prises sous son régime. C'est donc dire que nous ignorons quel critère juridique la Cour fédérale utilisera. Mais ce que nous savons, c'est que les mesures prises en vertu de la *Loi sur les mesures d'urgence* doivent, d'un point de vue légal, être conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés* et aux obligations du Canada relatives au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, et qu'elles doivent être temporaires, nécessaires dans la stricte mesure où la situation l'exige, et pouvoir faire l'objet d'un examen au Parlement et dans les tribunaux. Lorsque les mesures d'urgence d'un gouvernement satisfont à ces critères, il est possible que les restrictions faites aux droits et aux libertés respectent la règle de droit et la constitution canadienne.

Pour maintenir la règle de droit dans ces circonstances, nous devons garder à l'esprit le caractère holistique de la *Loi sur les mesures d'urgence*, dont l'intention est de permettre que des mesures d'urgence soient prises, mais dans le respect de la règle de droit. Pour que ce principe soit respecté, la *Loi* inclut différentes formes de délibérations démocratiques, mais reporte à plus tard la temporalité des délibérations par rapport à l'action du pouvoir exécutif. Ces délibérations et obligations de rendre compte concurrentes ou postérieures aux faits incluent une responsabilité devant la loi, puisque la Cour fédérale peut examiner les mesures prises en vertu de la *Loi*. Mais d'autres formes de délibérations et d'obligations de rendre compte prévues dans la *Loi* sont plus largement publiques et politiques. Et il est juste que le public évalue si l'utilisation de la *Loi* était appropriée sur le plan légal, mais aussi sur d'autres plans. Faire respecter la règle de droit signifie également que nous devons insister sur la définition de ce qui a entraîné la déclaration de l'état d'urgence et la prise de chacune des mesures : le bien public. De cette façon, les procédures au moyen desquelles nous définissons, évaluons et réévaluons notre conception commune du bien public, une pratique commune qui façonne le cœur de notre système de gouvernement et notre mode de vie public, peuvent se poursuivre même dans un état d'urgence.