

Concilier les libertés civiles et la santé publique dans la réponse à la COVID-19

Septembre 2020



Une note de breffage de la SRC

Concilier les libertés civiles et la santé publique dans la réponse à la COVID-19

Une note de breffage de la SRC

Auteurs

Colleen M. Flood, MSRC (Présidente)	Université d'Ottawa
Vanessa MacDonnell	Université d'Ottawa
Bryan Thomas	Université d'Ottawa
Kumanan Wilson	Université d'Ottawa

Responsable de la surveillance du processus d'examen par les pairs

Tom Marrie, MSRC	Dalhousie University
------------------	----------------------

Pairs examinateurs de la note de breffage

W.A. Bogart	University of Windsor
Jennifer Llewellyn	Dalhousie University
Carissima Mathen	Université d'Ottawa

Forme suggérée pour les citations de cette note de breffage :

Flood, C.M., MacDonnell, V., Thomas, B., Wilson, K. *Concilier les libertés civiles et la santé publique dans la réponse à la COVID-19*. Société royale du Canada. 2020

Image de couverture

Daniel Evans, *Atenoux VIII* (2018)

Œuvre numérique, relief, sérigraphie, chine collé

Daniel Evans explore dans ses œuvres l'intersection entre l'expérience physique et l'expérience virtuelle, s'attardant plus particulièrement sur la relation qui existe entre l'individu et ses données utilisateur. La série *Atenoux* dépeint un chapelet d'îles, chacune générée de manière procédurale à partir d'une image tridimensionnelle modifiée qui représente 24 heures de données de localisations tirées du compte utilisateur Google de l'artiste. Le reflet de chaque île est composé d'une petite fraction des données textuelles originales utilisées pour générer l'image. Constituant une forme de visualisation créative des données, ces œuvres visent à rendre visible et à situer dans leur contexte un fragment de l'ampleur de la collecte de données qui intervient quotidiennement dans notre vie et de le manifester d'une façon qui ramène les données à ce qu'elles représentent – une spatialisation de l'expérience et du mouvement vécus.

Reconnaissance territorial

Le siège social de la Société royale du Canada est situé à Ottawa, territoire traditionnel et non cédé de la nation algonquine.

Les opinions exprimées dans ce report sont celles des auteurs et ne représentent pas nécessairement les opinions de la Société royale du Canada.

Contexte concernant la préparation de cette note de breffage

Établi par le président de la Société royale du Canada en avril 2020, le Groupe de travail de la Société royale du Canada sur la COVID-19 s'est vu confier le mandat de dégager des perspectives éclairées par la recherche sur les grands enjeux sociétaux qui se posent au Canada relativement à sa réponse à la COVID-19 et à sa démarche subséquente de rétablissement.

Le Groupe de travail a établi un ensemble de sous-groupes de travail chargés de préparer rapidement des notes de breffage destinées à éclairer par des données probantes les réflexions des décideurs politiques.

À propos des auteurs

Colleen M. Flood, Titulaire d'une chaire de recherche universitaire et directrice du Centre de droit, éthique et politique de la santé de l'Université d'Ottawa

Vanessa MacDonnell, Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa et codirectrice du Centre de droit public de l'Université d'Ottawa

Bryan Thomas, Associé de recherche principal et professeur auxiliaire au Centre de droit, éthique et politique de la santé de l'Université d'Ottawa

Kumanan Wilson, Médecin-chercheur à l'Hôpital d'Ottawa et à l'Institut de recherche Bruyère, et professeur de médecine à l'Université d'Ottawa

Note des auteurs

La présente note de breffage s'appuie en partie sur deux publications : (1) Colleen M. Flood, Bryan Thomas et Kumanan Wilson, « Civil Liberties vs. Public Health » et (2) Vanessa MacDonnell, « Ensuring Executive and Legislative Accountability in a Pandemic », dans Colleen M. Flood, Vanessa MacDonnell, Dre Jane Philpott, Sophie Theriault et Sridhar Venkatapuram (éd.), *Vulnerable: The Policy, Law and Ethics of COVID-19* (Ottawa : University of Ottawa Press 2020), disponible en ligne : <https://press.uottawa.ca/vulnerable.html.html>.

Nous remercions Terry Skolnik, Martha Jackman et les trois pairs examinateurs pour leurs commentaires extrêmement utiles, ainsi qu'Arianne Kent pour l'aide à la recherche si précieuse qu'elle nous a apportée.

Table des matières

Sommaire exécutif	4
Introduction	7
Aperçu des libertés civiles menacées par la COVID-19.....	8
Liberté d'expression	8
Liberté de réunion	8
Liberté de religion	8
Droit à la mobilité	9
Droit à la liberté et sécurité de la personne.....	9
Droit à la vie privée.....	10
Application discriminatoire.....	10
Libertés civiles en période d'urgence de santé publique.....	11
Réflexions préliminaires sur le maintien du juste équilibre entre les libertés civiles et la santé publique dans la gestion de la pandémie de la COVID-19	13
Analyse et conclusion.....	15
Références	17

Sommaire exécutif

La pandémie de la COVID-19 a mis en relief les défis qui se posent actuellement aux gouvernements, lesquels ont à concilier les libertés civiles et les impératifs de santé publique au milieu du chaos de l'urgence de santé publique que nous vivons. Les stratégies établies et émergentes de lutte contre la pandémie peuvent parfois empiéter sur divers droits relevant des libertés civiles, dont le droit à la mobilité, la liberté de réunion, la liberté de religion et le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Selon la représentation traditionnelle, les argumentaires utilisés pour défendre les droits civils et la santé publique reposent sur des hypothèses opposées sur le plan du fardeau de la preuve. Dans l'argumentaire employé pour soutenir les types de droits civils et politiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, il incombe au gouvernement de démontrer que la restriction d'un droit est justifiée. En revanche, l'argumentaire qui accorde la priorité à la santé publique est centré sur le principe de précaution, selon lequel certaines mesures intrusives peuvent être prises — les mesures de confinement, par exemple — même en l'absence de données probantes complètes qui démontreraient les avantages de l'intervention ou qui préciseraient la nature du risque couru. Dans le présent rapport, nous soutenons que les deux principes ne sont pas, en pratique, si contradictoires. Dans leur examen de la proportionnalité des mesures, les tribunaux reconnaissent la nécessité de s'en remettre au jugement des gouvernements sur les questions complexes de politiques publiques, en particulier lorsque les intérêts des populations vulnérables sont en jeu. Pour leur part, les experts de la santé publique ont incorporé des idées liées à la proportionnalité dans leur compréhension en évolution du principe de précaution. Dans notre synthèse de ces points de vue, nous soulignons l'importance d'accorder une certaine souplesse aux politiques, tout en veillant à ce que les mesures prises s'appuient toujours sur les meilleures données disponibles et qu'elles soient continuellement révisées pour éviter tout empiètement inutile aux libertés civiles.

Analyse et conclusion

Premièrement, l'analyse des droits protégés par la Charte et du principe de précaution appliqué dans le domaine de la santé publique révèle que ces concepts ont plus d'aspects communs qu'il n'y paraît à première vue. Les deux exigent que les responsables gouvernementaux adoptent des moyens de contrôler les épidémies qui empiètent le moins possible sur les droits et qu'ils réexaminent leurs décisions à mesure que de nouvelles données et possibilités de réponse émergent. Ce point est très important, puisqu'il signifie que les gouvernements et les responsables de la santé publique ne peuvent pas se montrer complaisants dans l'exécution de leur mandat. Par exemple, si de nouvelles données indiquent que la COVID-19 pourrait être maîtrisée sans restreindre les déplacements entre les provinces, ou que les flambées peuvent être contenues sans imposer de mesures strictes de confinement lorsque les taux d'infection diminuent, les gouvernements devront alors ajuster leurs mesures de précaution pour faire en sorte de protéger la population contre le virus tout en respectant les libertés civiles. En même temps, les gouvernements sont en droit de prendre les objectifs de santé publique au sérieux. Il est évident que la décision de rétablir rapidement les libertés civiles prise dans d'autres pays, notamment aux États-Unis, a en fait été préjudiciable aux droits des personnes et à la lutte à long terme contre la COVID-19, puisque le nombre de nouveaux cas, qui s'est mis à remonter pour atteindre des sommets plus élevés qu'au début de la pandémie, a entraîné la réinstauration de mesures restrictives.

Deuxièmement, les responsables de la santé publique doivent comprendre que le fardeau de la preuve leur reviendra lorsqu'il faudra, en réponse à une contestation judiciaire déposée en vertu de la Charte, justifier toute atteinte aux droits. Ils devront être en mesure de fournir les données probantes sur lesquelles ils auront fondé leurs décisions. Cela signifie qu'ils devront se maintenir au fait des données les plus récentes et en tenir compte¹.

Troisièmement, nonobstant les débats concernant l'efficacité des tribunaux en situation d'urgence, il est essentiel que ceux-ci demeurent capables d'instruire les contestations judiciaires déposées concernant la portée excessive des mesures imposées par les pouvoirs exécutifs et législatifs pendant la pandémie². Les processus politiques basés sur le principe de la majorité ne sont pas particulièrement efficaces pour faire en sorte que les incidences particulières des politiques sur les groupes vulnérables soient prises en considération et traitées. Les tribunaux ont un rôle important à jouer en instruisant ces types de contestations – il s'agit d'ailleurs d'un des éléments fondamentaux de leur mandat relatif à la *Charte*³. Bien que les tribunaux de toutes instances se soient remarquablement adaptés au nouvel environnement – passant d'un système judiciaire largement basé sur le papier à un système en ligne en quelques semaines à peine, et ce, en pleine pandémie – ils doivent continuer d'instruire de façon prioritaire et accélérée les contestations judiciaires liées à la portée excessive des mesures imposées par le pouvoir exécutif ainsi qu'à la constitutionnalité des lois, et de progresser dans le traitement des dossiers suspendus en raison de la COVID-19.⁴

Quatrièmement, d'un point de vue plus pragmatique, nous devons prendre conscience que toute politique de santé publique judicieuse respectera dans la mesure du possible les libertés civiles, non seulement parce que c'est ce que la loi exige, mais aussi parce que c'est le meilleur moyen d'obtenir l'adhésion du public. Réciproquement, les défenseurs des libertés civiles devront admettre franchement que les droits et les libertés ont leurs limites – la *Charte* ne nous engage pas à « mourir pour nos droits » alors qu'une pandémie mortelle fait rage. Nous recommandons que les autorités de la santé publique continuent de s'efforcer de trouver des mesures moins contraignantes qui permettraient de protéger la santé publique tout en préservant le plus possible les libertés.

Cinquièmement, et dans le même ordre d'idée, toute évaluation de notre réponse à la COVID-19 doit prendre en compte la façon dont ces lois sont appliquées sur le terrain — et, en particulier, déterminer si les populations marginalisées portent un fardeau disproportionné, que ce soit en raison d'une application discriminatoire ou de l'impossibilité absolue de se conformer aux règlements qui présument que toutes les personnes peuvent se payer un équipement de protection individuelle et qu'elles ont un lieu de résidence où elles peuvent se confiner de manière sécuritaire. Il est peu probable que les tribunaux offrent une protection efficace au regard de ces préoccupations, considérant le coût et la difficulté de prouver que l'application sur le terrain est discriminatoire. Il incombera donc probablement à la société civile de suivre ces questions et de faire pression pour obtenir des solutions. En même temps, il est important de reconnaître que les populations marginalisées ont été touchées de manière disproportionnée par la pandémie, certains groupes démographiques présentant des taux de mortalité substantiellement plus élevés que la moyenne. Par conséquent, ceux qui soutiennent que leurs droits sont violés font courir des risques à ces populations vulnérables.

En conclusion, les droits ne sont pas des cartes d'atout qui annulent l'objectif collectif de la santé publique; les droits exigent plutôt du gouvernement qu'il justifie rationnellement ses décisions,

c'est-à-dire qu'il fournisse des données démontrant que les restrictions aux libertés civiles sont proportionnelles aux objectifs du gouvernement. En ce sens, la défense vigilante des libertés civiles peut avoir pour effet d'encourager un réexamen périodique des mesures de précaution — chose qui a représenté un défi dans le domaine de la santé publique. Une approche dynamique et fondée sur des données probantes en matière de politiques publiques peut respecter pleinement à la fois les libertés civiles et les objectifs de la santé publique.

Concilier les libertés civiles et la santé publique dans la réponse à la COVID-19

Introduction

En seulement quelques mois, un nouveau virus appelé SARS-CoV-2 (celui qui cause la maladie à COVID-19) a forcé les pays et le monde dans sa globalité à changer radicalement de cap. Il a rapidement et profondément changé nos vies, nos interactions sociales, le fonctionnement de nos gouvernements et les relations internationales. Nous avons pour la plupart accepté la nécessité des mesures prises pour ralentir la propagation de la pandémie et pour nous donner du temps – afin que nos hôpitaux puissent soigner les malades sans être surchargés et que nos chercheurs puissent étudier la maladie pour mettre au point des traitements et, espérons-le, un vaccin. Mais les mesures destinées à « aplanir la courbe » ont également occasionné de réels dommages collatéraux, dont certains sur le plan de la santé publique : l’annulation de chirurgies non urgentes a retardé le traitement de maladies potentiellement mortelles, mettant fort probablement des vies en péril; les directives de confinement ont eu des incidences sur la santé mentale des gens, provoquant chez certains des troubles d’anxiété, voire de dépression, ce qui les expose à un risque accru de suicide; le « confinement à la maison » augmente le risque de sévices physiques pour les victimes de violence familiale; et, à l’échelle mondiale, la perturbation de l’économie et des services gouvernementaux ont exacerbé les problèmes de sécurité alimentaire⁵.

Les mesures prises en réponse à la COVID-19 nous obligent également à faire des compromis entre les droits individuels et les objectifs de santé publique. De tels compromis sont imposés par les réponses apportées par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ainsi que les administrations municipales à la COVID-19. Les compromis entre les droits et les objectifs gouvernementaux sont des éléments courants du paysage politique. Au Canada, ces compromis doivent obéir à un éventail de lois, dont la *Charte canadienne des droits et libertés* [Charte]. L’article 1 de la *Charte* permet de restreindre les droits individuels, mais seulement conformément à une règle de droit et dans des limites raisonnables⁶. Plusieurs des mesures prises en réponse à la COVID-19 restreignent d’une façon ou d’une autre les droits individuels et nous commençons à voir des contestations judiciaires de ces mesures être déposées sur la base de divers motifs juridiques⁷. La question est de savoir si la restriction des droits est *justifiée* d’après les renseignements dont le gouvernement dispose actuellement.

Dans la présente note de breffage, nous souhaitons premièrement présenter certaines incidences que cette pandémie et les efforts d’intervention ont eues sur les libertés civiles, puis aborder les principes juridiques sous-jacents qui guident la pensée en matière de droits civils et de santé publique. L’expression « libertés civiles » renvoie à un éventail d’activités que les citoyens peuvent (ou devraient pouvoir) généralement mener librement et sans restriction gouvernementale. Elles comprennent entre autres la liberté de religion, la liberté d’expression et la liberté de réunion. Certaines libertés civiles peuvent se voir accorder une protection légale en vertu de diverses sources juridiques et, de façon plus fondamentale, de leur enchâssement dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l’analyse qui suit, nous explorons l’interaction entre les libertés civiles et les objectifs collectifs de santé publique en nous appuyant sur le cadre fourni par la *Charte*. Cette analyse permet de démontrer que les droits ne fonctionnent pas comme des atouts aux cartes, comme certains le pensent souvent, et qu’ils doivent être conciliés avec les objectifs de santé publique, tels que la protection des gens contre la souffrance et la mort

que peut infliger la COVID-19. De plus, dans de nombreuses circonstances, les objectifs de santé publique ne constituent pas seulement une politique publique judicieuse – ils renforcent d’une certaine manière les droits civils⁸.

Aperçu des libertés civiles menacées par la COVID-19

Liberté d’expression

Dès le début de l’éclosion de la COVID-19, l’importance de la liberté d’expression s’est manifestée de manière évidente lorsque le médecin chinois Li Wenliang a fait connaître publiquement ses préoccupations au sujet de l’éclosion d’une maladie de type SRAS dans la ville de Wuhan et qu’il s’est retrouvé détenu par la police et forcé de se rétracter par la voie d’une déclaration publique. M. Li est décédé peu de temps après des suites du coronavirus. Ces événements illustrent tragiquement à quel point les libertés civiles peuvent être essentielles à l’atteinte des objectifs de santé publique. Plus près de chez nous, les préoccupations relatives à la liberté d’expression se sont manifestées d’une manière différente. On a pu voir, par exemple, de fausses informations et des théories de la conspiration sur la COVID-19 proliférer sur les médias sociaux⁹. Cette situation a, à son tour, suscité des discussions concernant l’adoption des lois destinées à punir les personnes responsables de la circulation de fausses informations sur la pandémie¹⁰. De telles lois sont certainement susceptibles d’empiéter sur le droit à la liberté d’expression garanti par la *Charte*.

Liberté de réunion

Plusieurs provinces et municipalités canadiennes ont imposé diverses restrictions qui empiètent directement sur la liberté de réunion pacifique garantie par la *Charte* : les restrictions de rassemblement public; l’interdiction de visite dans les résidences de soins de longue durée; les restrictions d’accès aux installations récréatives; et la mise en quarantaine de certaines personnes¹¹. Le gouvernement fédéral, avec sa *Loi sur la mise en quarantaine*, a restreint l’entrée au pays et impose maintenant une quarantaine de deux semaines aux citoyens qui reviennent de l’étranger. Le non-respect de plusieurs de ces mesures est passible d’importantes amendes (p. ex., jusqu’à 100 000 dollars pour une première infraction et 500 000 dollars pour une deuxième infraction en Alberta¹²) et même de peines de prison (p. ex., en plus d’une amende pouvant atteindre 100 000 dollars, les infractions aux restrictions changeantes imposées par l’Ontario sur la taille des rassemblements à l’intérieur et à l’extérieur sont passibles d’une peine de prison maximale d’un an¹³).

Liberté de religion

La réponse à la pandémie – et en particulier les restrictions de rassemblement public – empiètent également sur la liberté de religion. Autant au Canada qu’aux États-Unis, des flambées de coronavirus ont eu lieu à la suite de services religieux¹⁴. Pourtant, certaines des plus fortes pressions exercées pour faire lever ces mesures de confinement sont venues de groupes religieux¹⁵. Le président Trump s’est appuyé sur ces pressions pour galvaniser son offensive générale pour une réouverture hâtive de l’économie américaine.

Lorsque certaines personnes laissent entendre que ces restrictions entravent la liberté de religion, elles n’ont pas tort : l’article 2(a) de la *Charte* accorde une large protection *prima facie* à la liberté de religion, laquelle ne peut être restreinte qu’en conformité avec l’article 1 de la *Charte*¹⁶.

Droit à la mobilité

Le gouvernement fédéral a également restreint l'entrée au pays – fermant les frontières à tous les étrangers – à l'exception des résidents américains initialement, mais la règle s'est ensuite aussi appliquée à ces derniers. Les citoyens canadiens et les résidents permanents du Canada peuvent revenir au pays, mais ils sont tenus de respecter une quarantaine de 14 jours à compter du jour de leur arrivée. À différents moments pendant la pandémie, certaines provinces (le Nouveau-Brunswick, l'Île-du-Prince-Édouard, Terre-Neuve-et-Labrador et le Québec) ont interdit les voyages « non essentiels » (tourisme et visite de connaissances), installant des postes de contrôle aux points d'entrée, où les voyageurs sont interrogés. Plus récemment, les provinces atlantiques ont établi une « bulle atlantique », qui exempte les voyageurs résidents de Terre-Neuve-et-Labrador, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick de la quarantaine de 14 jours imposés aux visiteurs des autres provinces. Certains signent indiquent cependant que ces restrictions sont en cours d'être levées du fait que l'on reprend progressivement le contrôle de la pandémie : par exemple, le Manitoba a récemment levé son exigence de confinement de 14 jours pour les visiteurs, la limitant aux voyageurs ayant des symptômes de la COVID-19 et/ou ayant été exposés au virus¹⁷. Ces mesures représentent néanmoins une atteinte considérable aux libertés civiles, restreignant le droit à la mobilité garanti par l'article 6 de la *Charte* d'une manière qui touche certains intérêts profonds, comme la possibilité de se retrouver en famille, d'assurer sa subsistance, etc¹⁸.

Droit à la liberté et sécurité de la personne

Plusieurs provinces ont limité les visites dans les établissements de soins de longue durée (SLD), exigeant qu'elles se tiennent à l'extérieur et à distance, ou les interdisant complètement¹⁹. En Ontario, par exemple, les autorités de la santé ont émis des directives « recommandant fortement » aux établissements de SLD d'interdire les visites non essentielles²⁰ et plusieurs établissements de SLD en Ontario ont appliqué cette recommandation. Bien que les protections offertes par la *Charte* ne concernent que les interventions *gouvernementales*, on pourrait soutenir que la *Charte* s'applique aux interdictions de visite des établissements de SLD. Il existe des précédents d'hôpitaux (p. ex.) qui ont été tenus de rendre des comptes en vertu de la *Charte*. Dans l'affaire *Etridge*, la Cour suprême du Canada a conclu que les hôpitaux de la Colombie-Britannique devaient offrir des services d'interprétation en langage gestuel pour se conformer à l'article 15 de la *Charte*, qui garantit le droit à l'égalité.²¹ Si les établissements de SLD sont traités de façon analogue (en se fondant sur le fait qu'ils remplissent la fonction gouvernementale particulière de fournir des soins de santé, qu'ils sont en grande partie financés par des fonds publics et qu'ils sont largement réglementés par l'État), le droit de recevoir des visiteurs pourrait être protégé par l'article 7 de la *Charte*, qui stipule que chacun « a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne [et qu']il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale²² ». Les données démontrent de plus en plus que le fait d'isoler de leurs familles les résidents des établissements de SLD peut avoir des conséquences psychologiques profondes, lesquelles peuvent même leur être fatales²³. En ce qui concerne le droit à la sécurité stipulé dans l'article 7, les résidents des établissements de SLD surpeuplés dépendent souvent de la visite régulière de membres de leurs familles, qui leur prodiguent des soins (bain, alimentation) et peuvent déceler de possibles signes de négligence. Il est plus difficile de déterminer cependant si cette privation potentielle de vie et de sécurité de la personne respecte les principes de justice fondamentale. On pourrait soutenir que les restrictions de visites étaient justifiables lorsque la

pandémie était en progression, mais que maintenant que la propagation du virus semble ralentir, le gouvernement dispose de mesures moins intrusives pour protéger les résidents et le personnel, telles que l'exigence pour les visiteurs de porter un masque, de se prêter à un dépistage des symptômes, etc. Cela laisse à penser que les interdictions de visite pourraient maintenant être considérées comme contraires à la prohibition des mesures de portée excessive et de disproportion exagérée, deux principes de justice fondamentale²⁴.

Les municipalités ont mis en œuvre un éventail de mesures pour promouvoir la distanciation physique et limiter l'utilisation des espaces publics. Le non-respect de plusieurs de ces mesures est sanctionné par des amendes, voire même par une peine possible de prison. Ces restrictions ont des incidences particulièrement importantes sur les sans-abri et les personnes en situation de logement précaire, qui dépendent particulièrement des espaces publics²⁵. Les mesures semblables pourraient également être sujettes à contestation en vertu de l'article 7. Plus précisément, les mesures qui pourraient entraîner une peine d'emprisonnement empiètent sur l'élément liberté de l'article 7²⁶, alors que les mesures qui ont une incidence importante sur le bien-être psychologique de la personne empiètent sur celui de la sécurité de la personne²⁷. La jurisprudence relative à la *Charte* nous enseigne que les mesures qui portent atteinte à la liberté et à la sécurité des personnes ne doivent pas être de portée excessive ou de disproportion exagérée²⁸. Il reste à voir si tous les règlements municipaux répondent à ces normes, notamment en ce qui concerne les sans-abri et les personnes en situation de logement précaire.

Droit à la vie privée

À mesure de l'évolution de la pandémie, il est devenu de plus en plus évident que le dépistage de la maladie et le traçage des contacts à grande échelle à l'aide d'applications de téléphone cellulaire pourraient constituer des outils importants de lutte contre la COVID-19, mais ces technologies soulèvent aussi des préoccupations liées à la protection de la vie privée. Le fait qu'un certain niveau d'adhésion doive être atteint pour que ces technologies soient efficaces rend leur utilisation problématique²⁹. Dans certains pays (p. ex., en Espagne), la police a eu recours à des drones pour surveiller la population et imposer les mesures de confinement. Plus près de chez nous, le gouvernement ontarien a initialement fourni aux premiers intervenants, y compris à la police, l'adresse et la date de naissance des personnes ayant reçu un diagnostic positif de COVID-19 – une violation extraordinaire du droit à la confidentialité des renseignements sur la santé qui a, sans surprise, été contestée devant les tribunaux³⁰. En temps normal, de telles mesures sembleraient tout droit sorties d'une œuvre de science-fiction dystopique. Mais les circonstances que nous vivons actuellement ne sont pas normales. Il s'agit ici, comme dans le cas de toutes les atteintes aux libertés civiles citées plus haut, de déterminer si le gouvernement peut justifier par des motifs rationnels et des données probantes les choix qu'il pose.

Application discriminatoire

Plusieurs mesures décrites plus haut ont en commun une caractéristique transversale importante : elles visent à réglementer des activités quotidiennes — les rassemblements sociaux, le magasinage, les protocoles en vigueur dans les milieux de travail — en partie au moyen de la persuasion morale, mais ultimement par l'intermédiaire des pouvoirs policiers. Le mouvement *Black Lives Matter* a récemment attiré l'attention du public sur les préjugés raciaux et autres qui sont répandus dans les rangs policiers et dans le système de justice pénale plus généralement. Il y a de bonnes raisons de s'inquiéter que (p. ex.) les pouvoirs très larges accordés aux forces policières pour

régir les rassemblements publics soient utilisés pour harceler des populations marginalisées³¹. Le *Policing the Pandemic Mapping Project*³² a assuré un suivi à l'échelle nationale de l'application des mesures de lutte contre la COVID-19 et, dans un récent rapport publié en collaboration avec l'Association canadienne des libertés civiles, explique en détail comment les interventions policières dans certaines provinces ont ciblé de manière disproportionnée les Autochtones, les Noirs, les LGBTQ+ et d'autres populations marginalisées³³. Pour diverses raisons, les mesures de protection des droits civils sont insuffisantes pour empêcher ou corriger ce type d'effet systémique. Toute interaction policière avec des membres d'un groupe marginalisé peut, isolément, sembler justifiée, malgré un comportement de discrimination systémique observé globalement.

Un problème connexe réside dans la possibilité que la surveillance policière des activités quotidiennes serve, dans certains cas, de bougie d'allumage à de vaines confrontations. Encore une fois, le mouvement *Black Lives Matter* a attiré, enfin, l'attention du public sur l'escalade inutile de l'utilisation par la police de la force dans des situations allant d'une simple interception routière à une urgence de santé mentale. Des réponses apparemment bénignes à la COVID-19 — telles que la décision prise récemment par plusieurs provinces et pays d'obliger le port du masque dans les lieux publics intérieurs — pourraient susciter des confrontations analogues et avoir une incidence disproportionnée sur certains groupes³⁴. Bien que les lois sur le port du masque ciblent les commerçants plutôt que les particuliers, il y aura certainement des scénarios où des personnes refuseront de porter un masque, où la police sera appelée à intervenir et où, après une escalade de la situation, la police en viendra à utiliser la force. Pour être clair, le problème n'est pas que l'obligation de porter un masque dans les lieux publics fermés constitue une grave violation du droit, disons, « à la vie, à la liberté et à la sécurité » protégé par la *Charte* : elle ne l'est certainement pas³⁵, puisque des mesures de santé publique comparables (ceinture de sécurité et casque) ont résisté à l'examen constitutionnel³⁶. Le problème est plutôt que permettre à la police de régir les activités quotidiennes pourra servir de prétexte au harcèlement de populations marginalisées et à l'escalade de la force — et que les tribunaux ne sont pas bien outillés pour surveiller ou prévenir de telles éventualités. Nous devons accorder du poids à ces considérations lorsque viendra le temps d'évaluer les avantages et les inconvénients, en particulier pour ce qui concerne les mesures coercitives.

Libertés civiles en période d'urgence de santé publique

Lorsqu'une pandémie progresse rapidement, les gouvernements sont forcés d'adopter des stratégies urgentes qui portent atteinte aux libertés civiles, dans un contexte d'incertitude et en l'absence de la possibilité de discuter longuement des diverses conséquences. Très souvent, les mesures sont imposées par décret, en vertu d'une loi sur les mesures d'urgence, parfois même sans qu'un débat législatif ait eu lieu³⁷. Dans de telles situations, les décideurs peuvent être forcés de s'appuyer plus fortement sur des principes fondamentaux — choisir d'appliquer des mesures restrictives qui pourraient plus tard se révéler disproportionnées ou de portée excessive, par déférence pour le principe de précaution, ou décider de ne pas agir par déférence pour les libertés civiles.

Selon la représentation traditionnelle, les argumentaires utilisés pour défendre les droits civils et la santé publique reposent sur des hypothèses opposées sur le plan du fardeau de la preuve. Dans l'argumentaire employé pour soutenir les types de libertés civiles qui sont garantis en tant que droits par la *Charte*, il incombe au gouvernement de démontrer que la restriction d'un droit est

justifiée. En revanche, l'argumentaire qui accorde la priorité à la santé publique est centré sur le principe de précaution, selon lequel il faut agir — même si les mesures prises portent atteinte aux libertés civiles — pour atténuer des risques potentiellement catastrophiques, même en l'absence de données probantes complètes qui démontreraient les avantages de l'intervention proposée ou qui préciseraient la nature du risque couru. Anthony Fauci, directeur du National Institute of Allergy and Infectious Diseases des États-Unis, a bien cerné le principe de précaution avec sa maxime désormais célèbre, « s'il semble que vous exagérez, c'est que vous êtes probablement en train de faire ce qui s'impose³⁸ » [traduction libre].

Le contraste idéologique entre les libertés civiles et la santé publique n'est cependant pas aussi tranché qu'il n'y paraît à première vue. Dans le domaine des droits protégés par la *Charte*, les libertés civiles ne fonctionnent pas réellement comme des atouts aux cartes. La possibilité de restreindre les droits individuels est explicitement énoncée dans l'article 1 de la *Charte*, qui stipule que les droits protégés par la *Charte* peuvent être restreints « par une règle de droit, dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Mais il est important de souligner que le gouvernement ne dispose quand même pas de toute la latitude nécessaire pour agir à sa guise – il sera généralement tenu de fournir des motifs raisonnables justifiant les restrictions qu'il entend imposer aux droits fondamentaux comme la vie privée, la liberté de religion ou la liberté de réunion. Plus précisément, le gouvernement doit être en mesure de démontrer que les mesures proposées visent à atteindre un objectif « réel et urgent », que les mesures ont un lien rationnel avec l'objectif, que l'atteinte aux droits sera minimale et que l'objectif de la mesure a une importance plus grande que les inconvénients causés par l'atteinte aux droits³⁹. Ce processus de décision, appelé le test *Oakes*, d'après un arrêt important rendu en 1986 par la Cour suprême du Canada, est exigeant pour le gouvernement — et il est important qu'il le soit si nous estimons que les droits doivent être pris au sérieux.

Cela étant dit, ce serait une erreur de supposer que les tribunaux appliquent des normes *uniformes* à toutes les analyses réalisées au titre de l'article 1. Dans certaines causes, les tribunaux exerceront moins de retenue à l'égard du gouvernement à l'étape de l'article 1, par exemple dans les affaires liées au droit pénal — un domaine du droit pour lequel la cour a particulièrement confiance dans sa propre compétence institutionnelle et où l'État agit à titre d'« adversaire singulier » de la personne qui plaide que ses droits sont lésés⁴⁰. Par contre, les tribunaux peuvent montrer plus de retenue à l'égard du gouvernement dans les affaires liées à la *Charte* qui concernent des compromis complexes, « polycentriques », entre de multiples personnes⁴¹ — en particulier des personnes *vulnérables* (p. ex. les travailleurs peu qualifiés⁴², les enfants⁴³). Il faut voir là l'idée, tout d'abord, que les tribunaux ne peuvent prétendre au même degré de compétence institutionnelle sur les questions polycentriques et, deuxièmement, que les lois qui protègent les personnes vulnérables doivent se voir accorder une déférence particulière si nous ne voulons pas que la *Charte* devienne « simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés⁴⁴ ». La Cour a également indiqué que le gouvernement devrait se voir accorder une plus grande latitude pour justifier les mesures adoptées en réponse à des urgences nationales⁴⁵. Ces considérations donnent à penser que les tribunaux sont susceptibles de faire preuve de retenue à l'égard des mesures gouvernementales prises en réponse à la COVID-19⁴⁶. De telles mesures, qui visent à « aplanir la courbe » et à améliorer le taux de survie des patients, sont de nature fondamentalement complexe et polycentrique. De même, les premiers bénéficiaires visés sont typiquement des populations vulnérables — les personnes âgées et les personnes immunodéprimées.

Dans le domaine de la santé publique, la prise de décision est guidée par le *principe de précaution* — un principe qui reposait initialement sur l'idée qu'en cas de suspicion d'un risque grave, nous devons intervenir même en l'absence de toutes les preuves à l'appui, parce que si le risque se concrétise, les conséquences pourraient être terribles. Issu du mouvement environnemental, ce principe est de plus en plus appliqué au domaine de la santé publique. Alors que pour les questions environnementales, le compromis se situe souvent entre l'adoption d'une technologie ou la possibilité de tirer un avantage économique, d'une part, et la protection de l'environnement, d'autre part, la dynamique est différente en ce qui concerne la santé publique. En particulier, l'application du principe de précaution dans le domaine de la santé publique ne tient souvent pas compte du fait que *les précautions peuvent elles-mêmes présenter des risques importants*.⁴⁷

Par exemple, les mesures de confinement imposées à titre de précaution contre la COVID-19 peuvent dissuader les personnes de solliciter des soins de santé essentiels lorsqu'ils en ont besoin, ou déclencher des problèmes de santé mentale, ou même causer des perturbations dangereuses sur le plan de l'approvisionnement alimentaire. Elles ont certainement causé des chocs économiques et la perte d'emplois et de revenus, lesquels ont des incidences à long terme sur la santé. En d'autres termes, un risque existe d'un côté comme de l'autre de l'équation. Pour établir des politiques publiques éclairées, il faut examiner tous les risques et la probabilité qu'ils se réalisent. Ignorer les *désavantages* des mesures de précaution équivaut à ce que les économistes comportementaux appellent « la négligence des probabilités ». Dans le contexte de la pandémie actuelle, l'épée à deux tranchants de la précaution se manifeste d'autant plus clairement que les conséquences involontaires des mesures s'accumulent — soins médicaux reportés, écoles fermées et difficulté pour les parents de retourner au travail, incidences croissantes sur la santé mentale, sans parler du déficit fédéral qui dépasse les 300 milliards de dollars.

Le secteur de la santé publique s'était montré de plus en plus réceptif à ces considérations, et son application du principe de précaution a évolué, incorporant une comptabilité plus équilibrée des risques évités et des risques créés par les mesures de précaution. Par exemple, les lignes directrices relatives à l'application du principe de précaution⁴⁸ de la Commission européenne incorporent divers sous-principes qui font écho aux engagements pris en vertu de la *Charte*, y compris les principes de proportionnalité, de non-discrimination et de cohérence avec les mesures prises dans les domaines où des données scientifiques sont disponibles. Par conséquent, le paradigme des libertés civiles et celui de la santé publique doivent être vus comme complémentaires et les deux peuvent être poursuivis en tandem — pourvu que les décideurs évaluent continuellement la nécessité des mesures intrusives et qu'ils s'efforcent de réduire le plus possible les atteintes aux libertés civiles. Cela pourrait expliquer pourquoi il n'y a eu, jusqu'à maintenant, aucune contestation juridique fructueuse des mesures de santé intrusives prises en réponse à la COVID-19. Bien entendu, les données sur l'efficacité des mesures d'intervention évoluent constamment et si les gouvernements ne se montrent pas suffisamment réceptifs, il est possible que les tribunaux interviennent dans les mois et les années à venir.

Réflexions préliminaires sur le maintien du juste équilibre entre les libertés civiles et la santé publique dans la gestion de la pandémie de la COVID-19

Rétrospectivement, il est souvent facile de critiquer les actions des décideurs, mais il est important de tenir compte du degré d'incertitude avec lequel ils doivent composer au moment où ils doivent prendre leurs décisions. Au début de la pandémie, la COVID-19 posait un risque incertain, mais

potentiellement catastrophique, comme en témoignent les événements qui se sont produits en Italie. On pourrait soutenir que le Canada n'a pas pris de mesures suffisamment agressives : en particulier, le Canada a été critiqué pour ne pas avoir fermé ses frontières plus tôt, pour ne pas avoir imposé le port du masque et pour ne pas avoir pris des mesures plus exhaustives pour empêcher la propagation de la maladie dans les établissements de soins de longue durée⁴⁹ et les établissements correctionnels⁵⁰.

Au fur et à mesure que la pandémie évolue, le Canada a adapté sa réponse et s'est efforcé d'ajuster sa stratégie d'atténuation des risques – imposant initialement des restrictions très strictes quant au nombre de personnes pouvant être présentes lors d'un rassemblement, puis permettant une reprise graduelle des activités. Cette approche est conforme au principe de précaution et respecte les droits individuels et, pour le moment, semble avoir permis de maîtriser l'épidémie. Mais à mesure que nous allons de l'avant, des efforts devront être faits pour trouver des mesures moins contraignantes. Par exemple, le port du masque à l'intérieur pourrait être imposé, ce qui permettrait aux lieux de travail et aux commerces de rouvrir⁵¹.

Sur le plan des droits individuels, il n'est pas clair si les lois qui exigent le port du masque mettent en cause d'une quelconque façon les droits protégés à la *Charte*⁵². Les garanties de l'article 7 au regard de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne ne protègent pas les personnes contre ce que l'on pourrait appeler les atteintes « négligeables » à la liberté⁵³. Le droit à la liberté garanti par l'article 7 n'englobe plutôt « que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles⁵⁴ ». Il semble peu probable que choisir de ne pas porter un masque pendant une pandémie constitue ce type de choix. Comme les règlements municipaux imposent aux personnes qui refusent de porter un masque une amende plutôt qu'une peine de prison, on ne pourrait pas non plus prétendre qu'il y ait dans ce cas une privation de liberté⁵⁵.

Cela ne veut pas dire que le gouvernement devrait ignorer le droit à la liberté lorsqu'il élabore ses politiques sur le port du masque, mais seulement que les intérêts de ce côté de l'équation ne devraient pas avoir un poids excessif, certainement lorsqu'on les compare aux données de plus en plus nombreuses qui indiquent que le port du masque ralentit la transmission de la COVID-19 et aux avantages associés à la réouverture des écoles et des entreprises sur le plan social⁵⁶.

On pourrait aussi soutenir que ces amendes constituent une peine cruelle et inusitée d'après l'article 12 et, possiblement, l'article 7 de la *Charte* lorsqu'elles sont imposées aux impécunieux, parce que ces derniers sont particulièrement exposés à de telles amendes à cause des difficultés pratiques posées par l'accès aux masques et de leur incapacité à payer des amendes⁵⁷. L'accès aux masques et la capacité de payer d'éventuelles amendes doivent par conséquent constituer des considérations importantes au moment de la conception et de l'application de toute loi sur le port du masque.

Par conséquent, en ce qui concerne le principe de précaution et les droits individuels, une politique sur le port du masque qui serait bien conçue et appliquée serait considérée comme judicieuse, compte tenu de l'état actuel des connaissances sur la question. En outre, dans la mesure où ces politiques permettent aux gens de retrouver plus rapidement une « vie normale », elles pourraient favoriser leurs droits, au sens de promouvoir le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'article 7, ainsi que la liberté d'expression, de mouvement et de religion⁵⁸.

Analyse et conclusion

Lorsqu'on considère dans leur ensemble ces observations sur la théorie et la pratique en matière de droits civils et de santé publique, cinq points principaux ressortent. Premièrement, l'analyse des droits protégés par la *Charte* et du principe de précaution appliqué dans le domaine de la santé publique révèle que ces concepts ont plus d'aspects communs qu'il n'y paraît à première vue. Les deux exigent que les responsables gouvernementaux adoptent des moyens de contrôler les épidémies qui empiètent le moins possible sur les droits et qu'ils réexaminent leurs décisions à mesure que de nouvelles données et possibilités de réponse émergent. Ce point est très important, puisqu'il signifie que les gouvernements et les responsables de la santé publique ne peuvent pas se montrer complaisants dans l'exécution de leur mandat. Par exemple, si de nouvelles données indiquent que la COVID-19 pourrait être maîtrisée sans restreindre les déplacements entre les provinces, ou que les flambées peuvent être contenues sans imposer de mesures strictes de confinement lorsque les taux d'infection diminuent, les gouvernements devront alors ajuster leurs mesures de précaution pour faire en sorte de protéger la population contre le virus tout en respectant les libertés civiles. En même temps, les gouvernements sont en droit de prendre les objectifs de santé publique au sérieux. Il est évident que la décision de rétablir rapidement les libertés civiles prise dans d'autres pays, notamment aux États-Unis, a en fait été préjudiciable aux droits des personnes et à la lutte à long terme contre la COVID-19, puisque le nombre de nouveaux cas, qui s'est mis à remonter pour atteindre des sommets plus élevés qu'au début de la pandémie, a entraîné la réinstauration de mesures restrictives.

Deuxièmement, les responsables de la santé publique doivent comprendre que le fardeau de la preuve leur reviendra lorsqu'il faudra, en réponse à une contestation judiciaire déposée en vertu de la *Charte*, justifier toute atteinte aux droits. Ils devront être en mesure de fournir les données probantes sur lesquelles ils auront fondé leurs décisions. Cela signifie qu'ils devront se maintenir au fait des données les plus récentes et en tenir compte⁵⁹.

Troisièmement, nonobstant les débats concernant l'efficacité des tribunaux en situation d'urgence, il est essentiel que ceux-ci demeurent capables d'instruire les contestations judiciaires déposées concernant la portée excessive des mesures imposées par les pouvoirs exécutifs et législatifs pendant la pandémie⁶⁰. Les processus politiques basés sur le principe de la majorité ne sont pas particulièrement efficaces pour faire en sorte que les incidences particulières des politiques sur les groupes vulnérables soient prises en considération et traitées. Les tribunaux ont un rôle important à jouer en instruisant ces types de contestations – il s'agit d'ailleurs d'un des éléments fondamentaux de leur mandat relatif à la *Charte*⁶¹. Bien que les tribunaux de toutes instances se soient remarquablement adaptés au nouvel environnement – passant d'un système judiciaire largement basé sur le papier à un système en ligne en quelques semaines à peine, et ce, en pleine pandémie – ils doivent continuer d'instruire de façon prioritaire et accélérée les contestations judiciaires liées à la portée excessive des mesures imposées par le pouvoir exécutif ainsi qu'à la constitutionnalité des lois, et de progresser dans le traitement des dossiers suspendus en raison de la COVID-19.⁶²

Quatrièmement, d'un point de vue plus pragmatique, nous devons prendre conscience que toute politique de santé publique judicieuse respectera dans la mesure du possible les libertés civiles, non seulement parce que c'est ce que la loi exige, mais aussi parce que c'est le meilleur moyen d'obtenir l'adhésion du public. Réciproquement, les défenseurs des libertés civiles devront admettre franchement que les droits et les libertés ont leurs limites – la *Charte* ne nous engage

pas à « mourir pour nos droits » alors qu’une pandémie mortelle fait rage. Nous recommandons que les autorités de la santé publique continuent de s’efforcer de trouver des mesures moins contraignantes qui permettraient de protéger la santé publique tout en préservant le plus possible les libertés.

Cinquièmement, et dans le même ordre d’idée, toute évaluation de notre réponse à la COVID-19 doit prendre en compte la façon dont ces lois sont appliquées sur le terrain — et, en particulier, déterminer si les populations marginalisées portent un fardeau disproportionné, que ce soit en raison d’une application discriminatoire ou de l’impossibilité absolue de se conformer aux règlements qui présument que toutes les personnes peuvent se payer un équipement de protection individuelle et qu’elles ont un lieu de résidence où elles peuvent se confiner de manière sécuritaire. Il est peu probable que les tribunaux offrent une protection efficace au regard de ces préoccupations, considérant le coût et la difficulté de prouver que l’application sur le terrain est discriminatoire. Il incombera donc probablement à la société civile de suivre ces questions et de faire pression pour obtenir des solutions. En même temps, il est important de reconnaître que les populations marginalisées ont été touchées de manière disproportionnée par la pandémie, certains groupes démographiques présentant des taux de mortalité substantiellement plus élevés que la moyenne. Par conséquent, ceux qui soutiennent que leurs droits sont violés font courir des risques à ces populations vulnérables.

En conclusion, les droits ne sont pas des cartes d’atout qui annulent l’objectif collectif de la santé publique; les droits exigent plutôt du gouvernement qu’il justifie rationnellement ses décisions, c’est-à-dire qu’il fournisse des données démontrant que les restrictions aux libertés civiles sont proportionnelles aux objectifs du gouvernement. En ce sens, la défense vigilante des libertés civiles peut avoir pour effet d’encourager un réexamen périodique des mesures de précaution — chose qui a représenté un défi dans le domaine de la santé publique. Une approche dynamique et fondée sur des données probantes en matière de politiques publiques peut respecter pleinement à la fois les libertés civiles et les objectifs de la santé publique.

Références

- 1 Voir généralement Jula Hughes et Vanessa MacDonnell, « Social Science Evidence in Constitutional Rights Cases in Germany and Canada: Some Comparative Observations » (2013), *National Journal of Constitutional Law*, vol 32, no 1, p. 23.
- 2 Mark Tushnet affirme que les tribunaux « n'ont pas un très bon jugement en période de crise »; voir Mark Tushnet, « The Political Constitution of Emergency Powers: Parliamentary and Separation-of-Powers Regulation » (2007), *Intl J Law in Context*, vol. 3, no 4, p. 275, à 277 (apostrophes internationales retirées). Mais voir Kent Roach, « Comparative Constitutional Law and the Challenges of Terrorism Law » dans Rosalind Dixon et Tom Ginsburg (éd.), *Comparative Constitutional Law* (Northampton, Mass. : Edward Elgar Publishing, 2011) p. 532.
- 3 Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217; *United States v Carolene Products Co*, 304 US 144 (1938); Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 2004), p. 1-2.
- 4 Aedan Helmer, « 'There is no Going Back': How COVID-19 Forced Courts into the Digital Age », *Ottawa Citizen* (16 mai 2020), en ligne : <<https://ottawacitizen.com/news/local-news/there-is-no-going-back-how-covid-19-forced-courts-into-the-digital-age>>; Paola Loriggio et Liam Casey, « COVID-19 Pandemic Forces Ontario Justice System 'Stuck in the 1970s' to Modernize », CP24 (29 avril 2020), en ligne : <https://www.cp24.com/news/covid-19-pandemic-forces-ontario-justice-system-stuck-in-the-1970s-to-modernize-1.4917915>; Cour supérieure de justice de l'Ontario, « Avis à la profession, au public et aux médias concernant les instances de droit civil et de droit de la famille – Mise à jour » (2 avril 2020), en ligne : <<https://www.ontariocourts.ca/scj/fr/avis-a-la-profession-au-public-et-aux-medias-concernant-les-instances-de-droit-civil-et-de-droit-de-la-famille-mise-a-jour/>>.
- 5 *The Lancet Global Health*, « Food insecurity will be the sting in the tail of COVID-19 », en ligne : [https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X\(20\)30228-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(20)30228-X/fulltext)
- 6 Article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés; R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.
- 7 Voir, p. ex., *Sprague v. Her Majesty the Queen in right of Ontario*, 2020 ONSC 2335 (contestation constitutionnelle de la politique de l'interdiction des visites dans les hôpitaux); *Ontario Nurses Association v. Eatonville/Henley Place*, 2020 ONSC 2467 (contestation déposée par les infirmières d'établissements de soins de longue durée, qui cherchent à faire appliquer les directives du ministère concernant l'accès à l'équipement de protection individuelle (ÉPI), soutenant que l'incapacité à fournir un ÉPI adéquat constitue un non-respect de la Charte et d'autres obligations légales); *Vaccine Choice Canada et al. v Justin Trudeau, Prime Minister of Canada et al.*, no du dossier de greffe CV-20-00643451-0000 (contestation constitutionnelle de divers aspects de la réponse fédérale et provinciale à la COVID-19, dont la distanciation sociale, le port du masque et les mesures de confinement); *Taylor v. Newfoundland and Labrador*, 2020 NLSC 125 (confirmant les restrictions provinciales en matière de déplacement à Terre-Neuve); *Canadian Civil Liberties Association et al. v Attorney General of Canada*, no du dossier de greffe T-539-20 (contestation constitutionnelle de l'incapacité de Services correctionnels Canada à mettre en œuvre des mesures adéquates pour protéger les prisonniers contre la COVID-19); *Aboriginal Legal Services et al. v Attorney General of Ontario et al.*, no du dossier de greffe (contestation, fondée sur la constitution et d'autres dispositions juridiques, de la décision d'accorder aux premiers intervenants, y compris aux policiers, le pouvoir d'obtenir des renseignements tirés d'une base de données sur les infections à la COVID-19). Cette affaire a été réglée en mai 2020 : voir <https://ccla.org/health-info-policing/>. Voir également *Sanctuary et al. v. Toronto (City) et al.*, 2020 ONSC 4708 (contestation constitutionnelle des normes relatives aux refuges de la Ville au motif qu'elles étaient insuffisantes pour protéger les résidents contre la COVID-19 et qu'elles violaient par conséquent la Charte). Cette affaire a été réglée en mai 2020 : voir <https://goldblattpartners.com/news-events/news/post/city-finally-commits-to-physical-distancing-standards-in-shelters>.
- 8 Voir également Daniel Weinstock et Vardit Ravitsky, « Should Immunity Licenses be an Ingredient in our Policy Response to COVID-19? » dans Colleen M. Flood, Vanessa MacDonnell, Jane Philpott, Sophie Theriault et Sridhar Venkatapuram (éd.), *Vulnerable: The Policy, Law and Ethics of COVID-19* (Ottawa : University of Ottawa Press 2020). Disponible en ligne : <https://press.uottawa.ca/vulnerable.html.html>
- 9 Voir Tim Caulfield, « Does Debunking Work? Correcting COVID-19 Misinformation on Social Media » dans Colleen M. Flood, Vanessa MacDonnell, Jane Philpott, Sophie Theriault et Sridhar Venkatapuram (éd.), *Vulnerable: The Policy, Law and Ethics of COVID-19* (Ottawa : University of Ottawa Press 2020). En ligne : <https://press.uottawa.ca/vulnerable.html.html>
- 10 Elizabeth Thompson, « Federal government open to new law to fight pandemic misinformation », *CBC News*, en ligne : <https://www.cbc.ca/news/politics/covid-misinformation-disinformation-law-1.5532325>
- 11 Rob Ferguson, « Use Law to Impose COVID-19 Quarantines, Ontario's Chief Medical Officer Tells Local Health Officials », *Toronto Star* (1er avril 2020), en ligne : <www.thestar.com/politics/provincial/2020/04/01/ontarios-chief-medical-officer-dr-david-williams-strongly-urging-law-restricting-movements-of-covid-19-patients.html>; Loi sur la protection et la promotion de la santé, LRO 1990, ch. H.7, art. 22.
- 12 *Public Health Act*, RSA 2000, ch. P-37, art. 73(3); Bill 10, *Public Health (Emergency Powers) Amendment Act*, 2e session, 30e lég., Alberta, 2020, art. 9(b)(ii)-(iii) (tel que sanctionné le 2 avril 2020).
- 13 Loi sur la protection civile et la gestion des situations d'urgence, RSO 1990, ch. E.9, art. 7.0.11(1)(a).
- 14 Douglas Quan, « 'God will protect us': Alberta prayer event now linked to at least 29 COVID-19 cases », *Toronto Star* (17 août 2020), en ligne : www.thestar.com/news/canada/2020/08/17/god-will-protect-us-alberta-prayer-event-now-linked-to-at-least-17-covid-19-cases.html
- 15 Voir (p. ex.) Tyler Dawson, « Legal group threatens court challenge over right of Ontario Orthodox Jews to worship during pandemic » *National Post* (29 mai 2020), en ligne : nationalpost.com/news/legal-group-threatens-court-challenge-over-right-of-ontario-orthodox-jews-to-worship-during-pandemic
- 16 *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

- 17** Meghan Collie, « Can I go to another province? The latest coronavirus travel restrictions, by region », Global News (25 juin 2020), en ligne : www.globalnews.ca/news/7106284/coronavirus-provincial-travel/
- 18** La validité des restrictions de déplacement imposées par Terre-Neuve-et-Labrador ont récemment été confirmées par la Cour suprême de la province. Voir, Taylor supra note 3.
- 19** Nicole Bogart, « Advocates demand family caregivers be given access to long-term care homes » CTV News (16 juin 2020), en ligne : <https://www.ctvnews.ca/health/coronavirus/advocates-demand-family-caregivers-be-given-access-to-long-term-care-homes-1.4987129>
- 20** Ontario, « Plan d'action contre la COVID-19 pour les foyers de soins de longue durée », en ligne : <https://www.ontario.ca/fr/page/plan-daction-contre-la-covid-19-pour-les-foyers-de-soins-de-longue-duree>.
- 21** Ibid.
- 22** Voir Sprague, supra note 3, pour une contestation analogue des restrictions de visite dans les hôpitaux.
- 23** Jill Mahoney, « What happened when families were blocked from Canada's long-term care homes » (3 juin 2020), en ligne : Globe and Mail <<https://www.theglobeandmail.com/canada/article-what-happened-when-families-were-blocked-from-long-term-care-homes/>>.
- 24** Voir Canada (PG) c. Bedford, 2016 CSC 72.
- 25** Terry Skolnik, « The Punitive Impact of Physical Distancing Laws on Homeless People » dans Colleen M. Flood, Vanessa MacDonnell, Dre Jane Philpott, Sophie Thériault et Sridhar Venkatapuram (éd.), *Vulnerable: The Policy, Law and Ethics of COVID-19* (Ottawa : University of Ottawa Press 2020). En ligne : <https://press.uottawa.ca/vulnerable.html.html>
- 26** R. c. Levkovic, 2013 CSC 25.
- 27** Nouveau-Brunswick (ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.), [1999] 3 S.C.R. 46; Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 RCS 519.
- 28** Canada (PG) c. Bedford, 2016 CSC 72.
- 29** Teresa Scassa, Jason Millar et Kelly Bronson, « Privacy, Ethics and Contract-tracing Apps » dans Colleen M. Flood, Vanessa MacDonnell, Dre Jane Philpott, Sophie Thériault et Sridhar Venkatapuram (éd.), *Vulnerable: The Policy, Law and Ethics of COVID-19* (Ottawa : University of Ottawa Press 2020). En ligne : <https://press.uottawa.ca/vulnerable.html.html>
- 30** Aboriginal Legal Services et al. supra note 3.
- 31** Mike Hall, « Tickets, fines for coronavirus rules target minorities: CCLA », CityNews (24 juin 2020), en ligne : <https://edmonton.citynews.ca/2020/06/24/tickets-fines-used-to-enforce-pandemic-rules-disproportionately-targeted-minorities/>; Steven D'Souza, « Police enforcement of physical distancing measures exposes old wounds in New York », CBC News Online (18 mai 2020), en ligne : www.cbc.ca/news/world/new-york-police-physical-distancing-enforcement-1.5572105
- 32** Alexander McClelland et Alex Luscombe, 2020, « Policing the Pandemic: Tracking the Policing of COVID-19 Across Canada », <https://doi.org/10.5683/SP2/KNJLWS>, Scholars Portal Dataverse.
- 33** ACLC, Canadian Rights During COVID-19 (juin 2020), en ligne : <https://ccla.org/cclanewsite/wp-content/uploads/2020/06/June-2020-COVID-report-working-document.pdf>
- 34** Voir généralement James Stribopoulos, « In Search of Dialogue: The Supreme Court, Police Powers and the Charter » (2005), Queen's L.J., vol. 31, p. 1.
- 35** La Cour suprême du Canada a déclaré que l'article 7 n'offrait une protection que pour les questions d'ordre fondamentalement personnel, qui touchent à la dignité de la personne. Voir (p. ex.) R. c. Malmo Levine; R. c. Caine [2003] CSC 74.
- 36** R. c. Locke (2004), 375 A.R. 49 (PC).
- 37** Craig Forcese, « Repository of Canadian COVID-19 Emergency Orders » (dernière consultation le mai 2020), en ligne (blogue) : Intrepid www.intrepidpodcast.com/blog/2020/3/19/repository-of-canadian-covid-19-emergency-orders.
- 38** « Face the Nation: Interview with Dr. Anthony Fauci » (15 mars 2020), à 0 m 53 s, en ligne (vidéo) : CBS News <www.cbsnews.com/news/transcript-dr-anthony-fauci-discusses-coronavirus-on-face-the-nation-march-15-2020/>.
- 39** R. c. Oakes [1986] 1 RCS 103.
- 40** « Lorsqu'on tente de trouver le juste milieu entre les revendications de groupes opposés, le choix des moyens, tout comme le choix des fins, exigera fréquemment une évaluation de données scientifiques contradictoires et de demandes divergentes justifiées pour des ressources limitées. Les institutions démocratiques sont conçues pour nous laisser à tous partager la responsabilité de ces choix difficiles. Par conséquent, lorsque les tribunaux examinent les résultats des délibérations législatives, particulièrement en ce qui concerne la protection des groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative de la législature... Dans d'autres cas, toutefois, le gouvernement serait mieux caractérisé comme l'"adversaire singulier" de la personne dont un droit a été lésé que comme un médiateur entre différents groupes. Par exemple, pour justifier une infraction aux droits légaux enchâssés dans les articles 7 à 14 de la Charte, l'État, au nom de l'ensemble de la société, fera généralement valoir la responsabilité qui lui incombe de poursuivre les criminels, tandis que la personne fera valoir la primauté des principes de justice fondamentale. Les différents groupes pourraient ne s'opposer sur aucun autre aspect. Dans de telles circonstances, et en effet lorsque l'objectif du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent évaluer avec un certain degré de certitude si les "moyens les moins drastiques" d'atteindre l'objectif ont été choisis, surtout si l'on considère l'expérience accumulée au regard de la résolution de telles questions. » Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général), [1989] 1 RCS 927, p. 993-994. Voir également Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony [2009] 2 RCS 567, par. 53.
- 41** Christopher P. Manfredi et Antonia Maioni, « Judicializing Health Policy: Unexpected Lessons and an Inconvenient Truth » dans James B. Kelly et Christopher P. Manfredi (éd.), *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Vancouver : UBC Press, 2010) p. 129; Kent Roach, « The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights » dans Malcolm Langford (éd.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and*

Comparative Law, (Cambridge : Cambridge University Press, 2008) p. 46.

42 R c. Edwards Books and Art Ltd, [1986] 2 RCS 713, 35 D.L.R. (4th) 1 [Edwards Books].

43 Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général), [1989] 1 RCS 927, supra. Voir également Cambie Surgeries Corporation c. Colombie-Britannique (Procureur général), 2020 CSCB 1310, par. 2060.

44 Edwards Books, supra, note 38.

45 R c. Heywood, [1994] 3 RCS 761, p. 802 à 803, 120 D.L.R. (4th), 348; Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 RCS 486, p. 518, 24 D.L.R. (4th) 536.

46 Les droits protégés par l'article 7 sont très rarement justifiés par l'article premier. Cela est dû en partie au fait qu'une analyse semblable à l'article 1 est réalisée dans le cadre de l'article 7 lui-même pour déterminer si l'atteinte à un « droit » a été portée en conformité aux « principes de justice fondamentale ». Ces principes exigent entre autres que la loi ou la politique examinée n'ait pas une « portée excessive », ce qui est semblable à une partie de l'analyse de l'article premier, qui examine si la loi ou la politique « porte atteinte de façon minimale ».

47 K Wilson et al., « Problems with precaution: the transfusion medicine experience » (2018) Journal of Risk Research, en ligne : <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29348731/>

48 « EU's Communication on Precautionary Principle » (2000), en ligne : The Global Development Research Center <www.gdrc.org/u-gov/precaution-4.html>.

49 Ontario Nurses Association c. Eatonville/Henley Place, supra note 3.

50 Association canadienne des libertés civiles et al., supra note 3. À l'échelle municipale, Toronto fait aussi face à une contestation en vertu de la Charte pour son incapacité à protéger la santé et la sécurité des résidents des refuges. Voir Sanctuary et al., supra note 3.

51 D.N. Fisman, A.L. Greer et A.R. Tuite, « Bidirectional impact of imperfect mask use on reproduction number of COVID-19: A next generation matrix approach » (2020), Infectious Disease Modelling, vol. 5, p. 405.

52 Ewa Krajewska, Veronica Sjolín et Teagan Markin, « Making masks mandatory is not a civil liberties issue » (24 juin 2020) Toronto Star, en ligne : www.thestar.com.

53 Frank I Michelman, « Residual Freedom and Constitutional Comparison » (2009) [non publié, copie au dossier des auteurs]. Voir également Jamal Greene, « Americans are obsessed with 'rights.' In the pandemic, that's killing us » (2 juillet 2020), en ligne : LA Times <<https://www.latimes.com/opinion/story/2020-07-02/coronavirus-masks-rights-refusals-law>>.

54 Godbout c. Longueuil (Ville), [1997] 3 RCS 844, citation dans Malmo-Levine; Caine, supra note 31.

55 Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique, [1985] 2 RCS 486.

56 Nina Bai, « Still Confused About Masks? Here's the Science Behind How Face Masks Prevent Coronavirus », UCFS News, en ligne : <https://www.ucsf.edu/news/2020/06/417906/still-confused-about-masks-heres-science-behind-how-face-masks-prevent>. Voir également Weinstock et Ravitsky, supra note 4.

57 Skolnik, supra note 21; R. c. Boudreault, 2018 CSC 58.

58 Weinstock et Ravitsky, supra note 4.

59 Voir généralement Jula Hughes et Vanessa MacDonnell, « Social Science Evidence in Constitutional Rights Cases in Germany and Canada: Some Comparative Observations » (2013), National Journal of Constitutional Law, vol 32, no 1, p. 23.

60 Mark Tushnet affirme que les tribunaux « n'ont pas un très bon jugement en période de crise »; voir Mark Tushnet, « The Political Constitution of Emergency Powers: Parliamentary and Separation-of-Powers Regulation » (2007), Intl J Law in Context, vol. 3, no 4, p. 275, à 277 (apostrophes internationales retirées). Mais voir Kent Roach, « Comparative Constitutional Law and the Challenges of Terrorism Law » dans Rosalind Dixon et Tom Ginsburg (éd.), Comparative Constitutional Law (Northampton, Mass. :, Edward Elgar Publishing, 2011) p. 532.

61 Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217; United States v Carolene Products Co, 304 US 144 (1938); Ran Hirschl, Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 2004), p. 1-2.

62 Aedan Helmer, « 'There is no Going Back': How COVID-19 Forced Courts into the Digital Age », Ottawa Citizen (16 mai 2020), en ligne : <<https://ottawacitizen.com/news/local-news/there-is-no-going-back-how-covid-19-forced-courts-into-the-digital-age>>; Paola Loriggio et Liam Casey, « COVID-19 Pandemic Forces Ontario Justice System 'Stuck in the 1970s' to Modernize », CP24 (29 avril 2020), en ligne : <https://www.cp24.com/news/covid-19-pandemic-forces-ontario-justice-system-stuck-in-the-1970s-to-modernize-1.4917915>; Cour supérieure de justice de l'Ontario, « Avis à la profession, au public et aux médias concernant les instances de droit civil et de droit de la famille – Mise à jour » (2 avril 2020), en ligne : <<https://www.ontariocourts.ca/scj/fr/avis-a-la-profession-au-public-et-aux-medias-concernant-les-instances-de-droit-civil-et-de-droit-de-la-famille-mise-a-jour/>>.



RSC SRC

The Royal Society of Canada

282 Somerset Street West
Ottawa, Ontario K2P 0J6

www.rsc-src.ca

613-991-6990

La Société royale du Canada

282, rue Somerset ouest
Ottawa (Ontario) K2P 0J6

www.rsc-src.ca

613-991-6990