

Discours d'ouverture

Entre stabilité et fluidité : le juge, arbitre des valeurs

Michèle Rivet*

Introduction	
1. Le juge, arbitre de valeurs	
1.1 D'une conception objective à une fonction interprétative	
1.2 Déconstruire et reconstruire les concepts	
1.3 Adapter les concepts au contexte	
2. Le juge, fiduciaire du contrat social	
2.1 La légitimité du pouvoir judiciaire	
2.2 L'importance de l'intervention judiciaire.	
2.3 Le dialogue : entre rhétorique et pratique	
3. Le juge, citoyen du monde	
3.1 La prise en compte des valeurs internationales	
3.2 La fluidité du recours aux normes internationales	

* Présidente, Tribunal des droits de la personne. L'auteure tient à remercier M^e Manon Montpetit pour son aide précieuse tant dans la conception que dans la rédaction de ce texte.

3.3 La participation du juge national à l'élaboration de la
norme internationale

Conclusion

Résumé

Afin de définir le contenu des droits et libertés fondamentaux consacrés par la Charte québécoise et la Charte canadienne, les juges se réfèrent à la fois aux normes juridiques, aux phénomènes sociaux, au contexte économique et politique et à la réalité culturelle. Comme l'acte de juger implique nécessairement un jugement de valeurs, leurs décisions ont une influence directe sur l'évolution de la société canadienne et québécoise, bien qu'il soit sans doute encore trop tôt pour en mesurer réellement l'importance.

Au fil des ans, la légitimité de cette fonction créatrice a fait maintes fois l'objet d'une remise en question, plus particulièrement lors de décisions concernant des sujets plus controversés au sein de notre société ou lorsque les juges se sont vus confier le pouvoir d'invalider les lois ou les actes de l'exécutif. Indéniablement, se modifie ainsi l'équilibre traditionnel entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Ce phénomène a eu pour effet de soulever la crainte de l'émergence d'un «gouvernement des juges», que la doctrine, suivie en cela par les tribunaux, a tenté de légitimer par ce que l'on appelle d'une façon métaphorique, la théorie du dialogue.

La dimension internationale des normes et des valeurs contenues aux instruments relatifs aux droits de la personne fait en sorte de complexifier la relation entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire puisque dans notre système de droit dualiste, les traités ratifiés par le pouvoir exécutif n'ont pas, en théorie, de valeur normative en droit interne. Le Canada a prouvé ses convictions par son adhésion à plusieurs instruments internationaux. Les juges nationaux, par leur capacité accrue d'agir à travers le monde, notamment grâce aux nouvelles technologies de communication ainsi qu'à la contribution internationale du Canada et du Québec dans le domaine de la justice, se doivent de faire rayonner les acquis en dehors de nos frontières. C'est ainsi que la dimension du juge national en tant que citoyen du monde prend tout son sens.

INTRODUCTION

La justice ne peut être neutre. Elle est faite de toute notre identité, de toute notre culture dont il faut apprendre à se distancier, de toutes nos émotions qu'il nous faut aussi contrôler, et qui, je pense, font toutes parties intégrantes des décisions que nous rendons. Mais si tant est qu'il nous faille nous mettre en garde contre nous-mêmes, il nous faut aussi et avant tout beaucoup d'ouverture et d'écoute.

C'était là quelques-unes des réflexions que j'énonçais lors de mon assermentation comme présidente du Tribunal des droits de la personne, le 4 septembre 1990.

Quelques mois plus tard, le 10 décembre précisément, entrant en vigueur l'ensemble des dispositions créant le Tribunal des droits de la personne¹. Le 10 décembre...date phare, celle de l'adoption par l'assemblée générale des Nations Unies de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*². Le Tribunal était ainsi arrimé à la pensée internationale, se situant, à l'instar de la *Charte des droits et libertés de la personne*³ qui elle-même s'est inscrite dans la foulée des deux Pactes internationaux⁴, dans l'axe des textes internationaux en matière de droits de l'homme.... Le chemin était tracé.

Quinze ans plus tard, nous voici réunis dans le cadre de ce colloque que le Tribunal des droits de la personne organise en collaboration avec le Barreau du Québec, que je tiens à remercier, particulièrement M^e Pierre Chagnon, directeur des services de la formation

1. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne*, L.Q. 1989, c. 51. *Gazette officielle du Québec*, 5 septembre 1990, 122^e année, n^o 36, Décret 1147-90. Entrée en vigueur de certaines dispositions : *Gazette officielle du Québec*, 19 décembre 1990, 122^e année, n^o 51, Décret 1686-90.
2. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III) du 10 décembre 1948, Doc. N.U. Il s'agit d'une déclaration adoptée et proclamée, par résolution, par l'Assemblée générale des Nations-Unies. Cet instrument n'est donc pas une convention à laquelle les pays ont adhéré par signatures et ratifications.
3. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après nommée la Charte québécoise).

permanente du Barreau, et toute son équipe. Planifier ces deux jours de rencontre a été un plaisir, que nous partageons maintenant avec vous tous. Je tiens à remercier aussi tous ceux, sans les nommer et ils sont nombreux, qui ont participé à la conception du colloque, comme membres du comité scientifique et tous ceux et celles que nous aurons l'occasion d'entendre au cours de ces deux jours.

Quinze ans déjà....L'heure des bilans provisoires, l'heure des constats et aussi des questionnements. Bien qu'il ne m'appartienne pas de dresser un bilan exhaustif du Tribunal et de sa jurisprudence depuis sa création, il me serait difficile de ne pas saisir cette occasion pour vous présenter quelques aspects des grandes lignes du chemin parcouru depuis 15 ans déjà. Je me contenterai donc de vous référer aux *Orientations générales*⁵ du Tribunal.

Ces *Orientations générales* viennent en quelque sorte cristalliser les principes qui ont été au cœur des préoccupations des membres du Tribunal certes dès sa création mais dont la mise en œuvre s'est actualisée, modifiée et raffinée au fil des années. Voilà pourquoi ces *Orientations générales* – témoignage d'une pensée plus achevée et de pratiques plus éprouvées après dix ans d'activités – ont tardé à « s'énoncer » formellement. Les principes directeurs illustrent bien le souci de donner à cette institution les moyens de remplir le mandat qui lui a été confié. Parmi ces principes, je mentionne l'importance des relations avec la communauté juridique et la société québécoise ainsi que l'importance de favoriser la mise à jour des connaissances et la formation sur les nouveaux développements jurisprudentiels, sur les aspects sociaux liés au phénomène de la discrimination ainsi que sur les principes fondateurs de la Charte québécoise : le droit international⁶.

La présence du Tribunal dans la société ainsi que les relations avec la communauté juridique ont été aussi au centre des préoccupations du Tribunal depuis sa création, en accueillant des stagiaires du

4. *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171 et le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 3.

5. *Orientations générales*, énoncées le 22 août 2001, conformément à : *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 106, 2^e al.

6. Le deuxième considérant du préambule des *Orientations générales* s'énonce ainsi : « Considérant que les textes internationaux, notamment la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et la *Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* font partie du contexte d'énonciation de la Charte et qu'ils en ont inspiré le contenu ; ».

Barreau ou des universitaires de 1^{er} ou 2^e cycle et en permettant à ses membres, sous certaines conditions, de donner des conférences auprès d'étudiants ou de groupes sociaux.

Mais ce que j'aimerais aujourd'hui, c'est vous livrer quelques réflexions sur le nouveau rôle du juge, comme arbitre de valeurs et comme citoyen du monde ; réflexions qui ont été les miennes au cours des ces quinze dernières années.

Ces réflexions, je les ferai en tenant compte des deux ancrages qui ont guidé la pensée du Tribunal au cours de ces années.

Tout d'abord, la définition du concept d'égalité proposée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, en 1989 :

[Le concept d'égalité...] C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée. Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.⁷

En deuxième lieu, la nécessaire prise en compte du droit international dans l'interprétation des droits et libertés fondamentaux prévus à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸, tel qu'énoncé par le juge chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act* :

Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la Charte [...] Je crois qu'il faut présumer, en général, que la Charte accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne.[...] En somme, bien que je ne croie pas que

7. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 164.

8. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c.11)], art. 24 (ci-après nommée la Charte canadienne).

les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la Charte, *il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation de dispositions de cette dernière*, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne.⁹ (Nos italiques)

Afin de définir le contenu des droits et libertés fondamentaux consacrés par la Charte québécoise et la Charte canadienne, les juges se réfèrent à la fois aux normes juridiques, aux phénomènes sociaux, au contexte économique et politique et à la réalité culturelle. Comme l'acte de juger implique nécessairement un jugement de valeurs¹⁰, leurs décisions ont une influence directe sur l'évolution de la société canadienne et québécoise, bien qu'il soit sans doute encore trop tôt pour en mesurer réellement l'importance.

Au fil des ans, la légitimité¹¹ de cette fonction créatrice a fait maintes fois l'objet d'une remise en question, plus particulièrement lors de décisions concernant des sujets plus controversés¹² au sein de

-
9. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, 349.
 10. Voir à ce titre : André LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Ch. II, « La place du discours judiciaire dans la production du droit, 2. Ses conséquences sur les modalités du choix judiciaire des valeurs », p. 185 et s. ; Guylène BEAUGÉ, « Le rôle du juge dans une société balisée par les droits fondamentaux », dans Marie-Claire BELLEAU et François LACASSE (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada (1987-2002)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, 63, p. 66 : « L'acte de juger est un acte éminemment social, car le droit ne se réduit pas à transcender la société mais est profondément inscrit dans sa mouvance : le droit ne saurait se concevoir comme « une vérité immanente, détachée des contingences sociales, économiques et politiques ». »
 11. Voir sur cette question : Yves Marie MORISSETTE, « Le juge canadien et le rapport entre la légalité, la constitutionnalité et la légitimité », dans Mary-Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges, ses manifestations, sa contestation*, Institut canadien d'administration de la justice, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 29 ; Luc BÉGIN, « Le juge en tant que tiers impartial », dans M.-J. MOSSMAN et G. OTIS (dir.), *ibid.*, p. 67.
 12. Par exemple, sur les questions relatives à ; l'avortement : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 ; l'interdiction d'affichage commercial autre que le français : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 ; la reconnaissance de l'orientation sexuelle en tant que motif interdit de discrimination dans la législation albertaine : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 ; au mariage entre personnes de même sexe : *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698 et les décisions finales des cours d'appels des provinces à cet égard, notamment : *EGALE c. Canada (Attorney-General)* (2003), 13 B.C.L.R. (4th) 1 (C.A.C.-B.), 1^{er} mai 2003 ; *Halpern c. Canada (Attorney-General)* (2003), 65 O.R. (3d) 161 (C.A.) ; *EGALE c. Canada (Attorney-General)* (2003) 15

notre société ou lorsque les juges se sont vus confier le pouvoir d'invalider les lois ou les actes de l'exécutif¹³. Indéniablement, se modifie ainsi l'équilibre traditionnel entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Ce phénomène a eu pour effet de soulever la crainte de l'émergence d'un « gouvernement des juges »¹⁴, que la doctrine, suivie en cela par les tribunaux, a tenté de légitimer¹⁵ par ce que l'on appelle d'une façon métaphorique, la théorie du dialogue¹⁶.

La dimension internationale des normes et des valeurs contenues aux instruments relatifs aux droits de la personne¹⁷ fait en sorte de complexifier la relation entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire puisque dans notre système de droit dualiste, les traités ratifiés par le pouvoir exécutif n'ont pas, en théorie, de valeur normative en droit interne¹⁸. Le Canada a prouvé ses convictions par son

B.C.L.R. (4th) 226 (C.A.C.-B.), 8 juillet 2003, où la Cour d'appel lève la suspension de la déclaration d'invalidité ; *Ligue Catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, [2004] R.J.Q. 851 (C.A.).

13. Voir à ce sujet : Kent ROACH, *The Supreme Court on Trial, Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001 ; Jean-Yves BERNARD et Caroline BEAUCHAMP, « La relation entre le juge et le législateur sous le régime de la Charte canadienne : pistes pour un meilleur dialogue », dans M.-C. BELLEAU et F. LACASSE (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 605.
14. Le thème de la « montée en puissance des juges » a fait l'objet d'un colloque organisé par L'Institut canadien d'administration de la justice. Voir notamment les articles de : Daniel ROUSSEAU, « La montée en puissance du juge dans le constitutionnalisme contemporain : un phénomène à l'échelle mondiale », dans M.-J. MOSSMAN et G. OTIS (dir.), *op. cit.*, note 11, p. 1 ; Y.M. MORISETTE, *op. cit.*, note 11 ; L. BÉGIN, *op. cit.*, note 11.
15. Pour une analyse critique de cette théorie voir entre autres : J.Y. BERNARD et C. BEAUCHAMP, *op. cit.*, note 13 ; Jean LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », (2003) numéro spécial *R. du B.* 377 ; K. ROACH, *op. cit.*, note 13.
16. Cette théorie a été développée par les auteurs Peter Hogg et Allison Bushell. Selon ces auteurs, les tribunaux ne dictent pas des solutions au pouvoir législatif mais participent plutôt au débat public qui consiste à donner un sens aux valeurs fondamentales inscrites dans la Charte canadienne. Voir Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All) », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. Cette théorie a été reprise par la Cour suprême du Canada, notamment dans : *Vriend c. Alberta*, précité, note 12, par. 136-138 (j. Iacobucci) ; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 78 (j. Iacobucci).
17. Notamment, voir à ce sujet : Jutta BRUNNÉE et Stephen J. TOOPE, « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts », (2002) 40 *Can. YB Int'l L.* En français, le texte non publié : « Une étreinte mal assurée : l'application du droit international et les tribunaux canadiens », à l'adresse : <http://www.nji.ca/cciwj/papers/new/11_brunnee%20hesitant%20embrace_french.pdf> ; René PROVOST, « Le juge mondialisé : légitimité judiciaire et droit international au Canada », dans M.-C. BELLEAU et F. LACASSE (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 569.
18. À moins que ceux-ci ne soient incorporés par un texte législatif.

adhésion à plusieurs instruments internationaux. Les juges nationaux, par leur capacité accrue d'agir à travers le monde, notamment grâce aux nouvelles technologies de communication ainsi qu'à la contribution internationale du Canada et du Québec dans le domaine de la justice, se doivent de faire rayonner les acquis en dehors de nos frontières. C'est ainsi que la dimension du juge national en tant que citoyen du monde prend tout son sens.

1. LE JUGE, ARBITRE DE VALEURS

1.1 D'une conception objective à une fonction interprétative

Depuis l'entrée en vigueur des Chartes québécoise et canadienne, les juges se sont vus confier la tâche d'interpréter de nouveaux concepts juridiques tels la dignité humaine ou le droit à l'égalité¹⁹, avec lesquels bien sûr ils étaient peu familiers. Devant des dispositions qui, en raison de leur nature constitutionnelle ou quasi-constitutionnelle²⁰, sont rédigées en des termes larges, les juges décident de litiges en tenant compte de considérations d'ordre social, culturel et historique en plus de celles d'ordre strictement juridique. Comme l'exprime le premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet²¹ :

[...] le juge a pour rôle essentiel, dans les litiges qui lui sont soumis, de placer le droit au plus près de la société, de rechercher la meilleure adéquation entre l'appareil normatif et les données économiques, sociales et culturelles caractéristiques du contexte dans lequel ses jugements sont reçus. De cette exacte coïncidence du droit et de la réalité naît le sentiment de justice. Dans le mouvement de l'histoire, cet environnement est évidemment

19. Principes expressément énoncés dans le préambule et sur lesquels repose l'objet de la Charte québécoise.

20. Ceci concerne d'ailleurs toute la législation canadienne en matière de droits de la personne. Voir notamment : *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, 307 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 28 ; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, 546-547 ; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, par. 120 ; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, 89.

21. Cour de cassation, France. Allocution donnée lors de la Conférence internationale Claire L'Heureux-Dubé, en mars 2003, à Québec.

dynamique. Que ce soit par création ou interprétation, le juge s'efforce d'adapter le droit à la mobilité de la société.²²

Par conséquent, le rôle traditionnellement formel du juge, en apparence neutre, longtemps idéalisé en tant que figure objective, « cette bouche qui prononce les paroles de la loi » tel que le concevait Montesquieu²³ au siècle des lumières, ne suffit plus à la tâche. Il faut substituer à ce rôle, une pensée plus créatrice capable de construire les concepts nouveaux et de déconstruire les notions traditionnelles. Ainsi, interpréter le texte renvoie plus que jamais à une réalité plus globale où le juge tient compte des valeurs qui sous-tendent les droits en jeu et de la société dans lesquelles elles s'incarnent. Cette nouvelle dimension s'écarte de la conception plus objective et technocrate de la fonction du juge, en incorporant une fonction beaucoup plus interprétative²⁴, nécessaire à tout processus de pondération de droits et libertés fondamentaux.

-
22. Guy CANIVET, « Le rôle du juge dans un monde en mutation », dans M.-C. BELLEAU et F. LACASSE (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 25. Le président Canivet décrit la fonction juridictionnelle comme se devant « de tenir compte, d'incorporer, d'accompagner les mutations culturelles, économiques et sociales, tout en stabilisant le cadre dans lequel elles produisent leurs effets. Il y a donc une bipolarité dans l'exercice de la justice. Le premier pôle est celui de la *fluidité*, fluidité du mouvement vers la modernité. Le second, antagoniste, est celui de la *stabilité*, stabilité des valeurs fondatrices de la société. »
23. Charles-Louis de Secondat, MONTESQUIEU, écrivain français (1689-1755) auteur entre autres de l'ouvrage *l'Esprit des lois*, (1748) qui inspira la Constitution de 1791 et fut à l'origine des doctrines constitutionnelles libérales, qui reposent sur la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.
24. Cette fonction interprétative, loin de référer à la notion de partialité s'entend plutôt des choix que font les juges dans la façon d'interpréter les droits ou de les pondérer. Ces choix seront souvent gouvernés par le principe de retenue judiciaire ou d'activisme judiciaire. Voir : Paul-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1999, p. 19. P.A. Côté s'exprime ainsi sur la part du subjectif dans le processus d'interprétation : « D'autre part, la méthode d'interprétation usuelle ne permet pas toujours de venir à bout des difficultés qui se présentent. Elle regroupe des principes contradictoires, non hiérarchisés et dont le poids relatif fait souvent difficulté. Cela étant, on ne peut expliquer l'interprétation de la loi sans admettre que cette activité puisse exiger de l'interprète qu'il procède à des choix qui engageront sa personnalité, ses croyances, ses valeurs. ». Voir la référence à Paul Amselek, citée par P.A. Côté, note 51 : Paul AMSELEK, « La teneur indécise du droit » (1991), 107 *Rev. dr. publi.* 1199, 1203 : « C'est par le sas de notre propre subjectivité que l'œuvre du législateur nous est donnée. [...] il y a un déjà là des paroles préférées par le législateur ; il n'y a pas de déjà là de leur sens qui se trouverait, en quelque sorte, objectivement « déposé » en tant que tel en elles sous une forme déjà constituée et qu'on n'aurait plus qu'à cueillir. C'est là une illusion qui a été longtemps entretenue par le positivisme juridique. En réalité, il n'y a jamais de déjà là du sens indépendamment du sujet qui le construit. ».

L'utilisation d'une certaine subjectivité, inhérente à tout jugement de valeurs, ne doit pas être perçue comme l'utilisation d'une discrétion arbitraire, qui sert à imposer une vérité, la sienne propre. Ainsi, le juge doit définir et expliquer l'importance de son rôle lorsqu'il s'agit de contrôler la conformité d'une loi aux valeurs contenues aux textes constitutionnels ou aux lois sur les droits de la personne. Mais, quelques fois aussi, le juge hésite à se donner la latitude nécessaire parce qu'il remet en question la légitimité de son jugement de valeur. Évidemment, le risque est plus grand lorsque des énoncés de valeurs accentuent l'expression de philosophies différentes.

L'arrêt *Sauvé*²⁵ illustre de façon remarquable cette dichotomie dans les énoncés de valeurs exprimés par la Cour suprême du Canada. La Cour avait alors à décider si les dispositions de la *Loi électorale du Canada*, rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues ayant à purger une peine de plus de deux ans dans un établissement correctionnel, étaient conformes au droit de vote, garanti par la Charte canadienne. Les juges, à la majorité, ont refusé d'appliquer le principe de retenue judiciaire²⁶, au profit de considérations philosophiques, sociales ou politiques. Le juge en chef McLachlin, pour la majorité, s'exprime en ces termes :

Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi²⁷. [...] Jusqu'à récemment, des catégories entières de personnes, dont les prisonniers, étaient privées du droit de vote. La présomption qu'elles n'étaient pas aptes à voter ou « dignes » de le faire – que ce soit en raison de leur classe sociale, de leur race, de leur sexe ou de leur

25. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519.

26. *Ibid.*, par. 93. Le juge Gonthier, pour la minorité, avait exprimé en ces termes les choix philosophiques auxquels peuvent être confrontés les juges. Placés devant de tels choix, selon lui, la retenue judiciaire s'imposait : « Toutefois, ces deux démarches supposent logiquement que *l'on adhère préalablement à une philosophie politique ou sociale donnée concernant la nature et la teneur du droit de vote*. La première, celle acceptée par le Juge en chef, suppose l'adhésion au principe selon lequel le fait d'empêcher des criminels de voter porte préjudice tant à la société qu'à la personne et sape la valeur et la dignité intrinsèques des prisonniers. La seconde s'appuie également sur un principe philosophique : priver du droit de vote un détenu ayant perpétré un acte criminel grave emporte la réprobation sociale de cet acte. Il s'agit de l'application d'un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de la règle de droit et affirmant l'importance du lien entre les individus et la collectivité. [...] Enfin, aucune de ces deux positions ne peut être prouvée empiriquement. *Le choix de l'une plutôt que l'autre tient essentiellement à une préférence philosophique.* » (Nos italiques)

27. *Ibid.*, par. 9.

comportement – a joué un rôle important dans cette exclusion. *Nous devrions rejeter l'idée rétrograde qu'exiger que les électeurs aient une certaine « valeur » peut logiquement être considérée comme rehaussant le processus politique et le respect de la règle de droit.*²⁸ (Nos italiques)

Ce dernier passage illustre bien comment le juge est parfois confronté à soupeser des notions aux dimensions subjectives et dont la démonstration se déduit plus souvent de l'ensemble d'un raisonnement faisant référence aux convictions morales, sociales ou même philosophiques.

Parce que le juge doit interpréter des droits qui réfèrent souvent à des concepts flous, flexibles, en mouvance et même abstraits, tels la liberté, la dignité ou l'égalité, il se doit d'en déterminer le sens tout en préservant son impartialité et en utilisant judiciairement et judicieusement sa discrétion :

[...] Or juger c'est faire un choix. Et parler de choix, c'est déjà admettre qu'il y a appréciation et évaluation de la part de l'agent appelé à juger. Cela ne peut se faire, dès lors, sans qu'interviennent d'une façon ou d'une autre les préférences de cet agent. Pour le dire autrement, tout jugement implique inévitablement un moment de discrétion individuelle. Si tel n'est pas le cas, nous sommes plutôt en présence d'une application mécanique.²⁹

Si la façon d'aborder la question des droits fondamentaux s'est radicalement transformée au cours des vingt dernières années, la route a été longue depuis que la Cour suprême du Canada³⁰, en 1914,

28. *Ibid.*, par. 43.

29. L. BÉGIN, *op. cit.*, note 11, p. 80.

30. *Le Roi c. Quong-Wing*, [1913-1914], 49 S.C.R. 440. Quong est un citoyen canadien, mais il est « chinois » parce qu'il est né en Chine de parents chinois. Ce restaurateur enfreindra la loi de Saskatchewan engageant deux femmes de races blanches. La loi est ainsi faite pour promouvoir la moralité en « protégeant » les femmes de race blanche des avances immorales des immigrants chinois. Aucune loi ne protège les femmes chinoises, car les lois de l'immigration canadiennes ne permettent pas aux femmes chinoises d'immigrer au Canada. Quong plaidera sa cause devant les tribunaux. Ses arguments se basent sur le fait que la loi en question ne devrait pas concerner les citoyens canadiens comme lui et que la Saskatchewan n'a pas le droit d'établir des lois qui visent uniquement les immigrants ou qui définissent de nouveaux crimes – ce pouvoir relève de la compétence du gouvernement fédéral. Quatre des cinq juges de la Cour suprême du Canada jugent que la loi est valable, confirmant ainsi la condamnation de

déclarait valide une loi de la Saskatchewan interdisant aux entreprises détenues par des Chinois d'engager des femmes de race blanche. Par ailleurs, n'oublions pas qu'au Québec, ce n'est qu'en 1940³¹ que les femmes se sont vues accorder le droit de vote. Jusqu'en 1964³², les femmes mariées n'avaient pas la capacité d'exercer certaines responsabilités civiles ou financières. C'est également à partir de 1964 que disparaît l'obligation d'obéissance de la femme mariée envers son mari. La route a vraiment été longue...

Bien que l'effectivité réelle de la protection des droits fondamentaux soit toute récente, l'histoire démontre cependant que des changements de perception ont été possibles grâce à une interprétation créatrice des lois ou même de la Constitution canadienne. Les juges ont souvent, au fil du temps, tenté d'arrimer le plus possible la réalité sociale du temps aux droits constitutionnels ou fondamentaux.

En 1930, l'arrêt *Edwards*³³, illustre l'ouverture au processus évolutif des mentalités et des valeurs et ce, malgré les coutumes établies. Les lords du Comité judiciaire du Conseil Privé³⁴, qui avaient à déterminer si le mot « personne » contenu à l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pouvait comprendre autant une personne de sexe féminin que masculin, avaient décrit la Constitution comme « un arbre vivant » capable d'évolution dans le cadre de ses propres limites. Les lords anglais rejetèrent l'approche restrictive et figée dans le

Quong Wing. Le juge Davies : « Les motifs faisant en sorte que la loi en question a été adoptée, je ne les connais pas. *À partir du moment où je juge que la matière sur laquelle porte une loi ne relève pas du Parlement, mais qu'elle est de la compétence de l'assemblée législative provinciale, je n'ai pas le droit d'examiner son bien-fondé, ni les motifs pour lesquels elle a été adoptée.* Cependant, en l'espèce, je n'ai aucune raison de conclure que la loi ne pourrait pas se défendre devant les plus hautes instances. » *Seul le cinquième magistrat, le juge Idington, se dit troublé par ce que cette loi signifie dans la réalité.* Il dira ceci : « En effet, il paraît curieux de constater qu'une loi apparemment adoptée pour promouvoir le sens moral se fonde sur la transgression. » (Nos italiques)

31. *Loi accordant aux femmes le droit de vote et d'éligibilité*, S.Q. 1940, c. 7. Le Québec est la dernière province à accorder aux femmes – sauf celles qui appartiennent à une minorité ethnique qui n'a déjà pas le droit de voter dans d'autres provinces – le droit de voter et de se présenter aux élections.

32. *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66.

33. *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124.

34. Comité du Conseil privé britannique. Formé en 1833, il avait autorité sur les tribunaux canadiens de 1844 à 1949. De ce fait, il s'agissait du dernier tribunal d'appel et il a rendu des jugements sur de nombreuses questions relatives à la Constitution canadienne. En 1931, le *Statut de Westminster* a donné au gouvernement du Canada le droit de limiter les types d'affaires pouvant être portées en appel et, en 1949, la *Loi sur la Cour suprême* a été modifiée de façon à faire de la Cour suprême du Canada le dernier tribunal d'appel au Canada.

temps appliquée par la Cour suprême du Canada³⁵ afin de privilégier une interprétation large et libérale³⁶. Pour eux, continuer à interpréter la Constitution comme l'avaient pensé à l'époque ses rédacteurs, c'est-à-dire excluant les femmes de toute fonction publique, était considéré comme : « a relic of days more barbarous than ours »³⁷.

Plus de 75 années plus tard, la Cour suprême du Canada reprend cette approche dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*³⁸, en rejetant l'argument qu'un principe existant depuis des temps immémoriaux, ne puisse être redéfini par voie législative³⁹, en fonction du temps présent. Citant encore une fois le cheminement du Conseil Privé dans l'arrêt *Edwards*, la Cour suprême du Canada rappelle que la reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe dans plusieurs provinces canadiennes et dans deux pays d'Europe démentit la proposition que seuls les couples de sexe opposé puissent se marier :

Dans l'affaire « personne », précitée, le lord chancelier Sankey, s'exprimant au nom du Conseil privé, a examiné le même argument, quoique dans un contexte différent. S'interrogeant [Lord Sankey] sur la pertinence du fait que les femmes n'avaient jamais occupé une charge publique pour déterminer si elles pouvaient être considérées comme des « personnes » admissibles au Sénat, il a tenu les propos suivants, à la p. 134 :

[TRADUCTION] Le fait qu'aucune femme n'ait occupé ou revendiqué une telle charge n'a pas grande importance si on considère que la coutume aurait fait obstacle à pareille revendication ou à tout débat sur le sujet.

35. *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1928] S.C.R. 276. Dans les années 1920, cinq femmes ont demandé le droit d'occuper un siège au Sénat. En 1928, la Cour suprême a statué que les femmes n'étaient pas des personnes au sens de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les femmes concernées étaient Emily Murphy, Henrietta Muir Edwards, Nellie McClung, Louise McKinney et Irene Parlby.

36. *Edwards v. Attorney-General for Canada*, précité, note 33, 136 (Lord chancelier Sankey, au nom du Conseil privé).

37. *Ibid.*, 128 : « The exclusion of women from all public offices is a relic of days more barbarous than ours, but it must be remembered that the necessity of the times often forced on man customs which in later years were not necessary ».

38. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, précité, note 12.

39. On avait allégué que l'institution du mariage ne peut être redéfinie par voie législative. Comme elle existe dans sa forme actuelle depuis des temps immémoriaux, elle ne constituerait pas un concept juridique, mais plutôt un concept supra juridique assorti d'attributs juridiques.

Il arrive que des coutumes deviennent des traditions plus fortes que la loi et *qu'elles ne soient remises en question que très longtemps après que les raisons qui les motivaient aient cessé d'exister.*

L'histoire ne fournit donc pas de réponse concluante en l'espèce.⁴⁰ (Nos italiennes)

L'arrêt *Edwards* et le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe* illustrent comment l'évolution des mentalités peut avoir une influence considérable sur l'acte de juger. Toutefois, le conflit existe toujours entre ce juge que l'on veut neutre, soumis aux contingences du texte et de l'intention du rédacteur, ce bras de la loi à l'image du dieu Hermès et, celui que l'on veut tel que décrit par Ronald Dworkin⁴¹, à l'image du dieu Hercule, plus ambitieux, moderne et même politique si tant est qu'il le faille pour atteindre le juste équilibre entre le droit et la société.

1.2 Déconstruire et reconstruire les concepts

Devant des dispositions libellées en termes généraux qui offrent la flexibilité requise à la mouvance de la société, le défi du juge est de mettre en lumière, par des arguments rationnels et persuasifs, les valeurs qui sous-tendent ces textes à une époque donnée. Cette tâche n'est pas aisée. Le juge, doit toujours arrimer cette nécessaire subjectivité aux balises objectives du cadre juridique énoncé. C'est l'équilibre entre la fluidité et la stabilité.

Les juges se trouvent ainsi souvent à choisir entre le modèle du Dieu Hermès⁴² « le guide mort mais légitime du passé » et « l'attrait

40. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, précité, note 12, par. 25.

41. Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 343 et s.

42. *Ibid.*, p. 347-348 : « [Hermès] pense que légiférer revient à communiquer, qu'il doit appliquer les lois découvrant la volonté de communication des législateurs [...] Comment peut-il espérer découvrir les intentions d'étrangers d'une autre époque, qui sont peut-être tous morts ? Comment peut-il être sûr qu'il y avait quelque intention utile à découvrir ? » Cependant, Hermès n'a pas le même sens chez d'autres auteurs. Voir par exemple le Dieu Hermès de François Ost qui fait plutôt figure d'interprète, de médiateur de porte-parole invitant au dialogue : François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès ; trois modèles de juges », dans P. BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991 p. 244. Voir aussi : D. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 14, p. 9 ; Louis LEBEL, *Une éthique judiciaire pour demain ?*, Notes pour une allocution, Colloque du Conseil de la magistrature du Québec, Québec, le 31 octobre 2003.

nettement illicite du progrès »⁴³. Telle est l'alternative à choisir pour certains. Pourtant, le dieu Hercule de Dworkin a fait son choix :

La méthode d'Hercule [...] rejette l'hypothèse d'un moment canonique où la loi a pris naissance et a revêtu la signification entière et unique qu'elle aura à tout jamais. Hercule interprète non seulement le texte de la loi, mais son évolution, son processus avant sa promulgation comme loi et son extension au-delà de ce moment. Il cherche à tirer le meilleur parti possible de cette histoire continue, et c'est pourquoi son interprétation évolue au fur et à mesure du développement de l'histoire.⁴⁴

À plusieurs occasions, l'histoire démontre que les tribunaux choisissent parfois d'interpréter de manière littérale les dispositions des instruments protégeant les droits et libertés. Ainsi, il faut attendre dix années pour que la Cour suprême du Canada, après avoir donné une interprétation restrictive à la *Déclaration canadienne des droits*, dans l'arrêt *Bliss*⁴⁵, renverse sa propre jurisprudence dans l'arrêt *Brooks*⁴⁶ pour conclure finalement que la discrimination fondée sur la grossesse est nécessairement fondée sur le motif de sexe :

La discrimination fondée sur la grossesse constitue de la discrimination fondée sur le sexe. L'arrêt *Bliss* de cette Cour, qui a jugé le contraire, est incompatible avec l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne suivie par cette Cour dans plusieurs arrêts subséquents et il n'y a plus lieu de le suivre. La discrimination fondée sur la grossesse constitue une forme de discrimination fondée sur le sexe à cause de la réalité biologique que seules les femmes peuvent devenir enceintes⁴⁷. [...] L'arrêt

43. R. DWORKIN, *op.cit.*, note 41, p. 378.

44. *Ibid.*, p. 379.

45. *Bliss c. Canada (Procureur général)*, [1979] 1 R.C.S. 183. La Cour suprême avait jugé valides les dispositions de la *Loi sur l'assurance chômage* refusant les prestations aux femmes enceintes qui n'avaient pas rencontré le minimum de semaines travaillées. Souscrivant au motif du juge de la Cour fédérale d'appel, le juge Ritchie, au nom de la Cour, citait ce passage du juge Pratte (C.A.F.), à la p. 190 : « [...] Ceci étant dit, je désire ajouter que je ne puis partager l'opinion du juge-arbitre que l'application de l'article 46 à l'intimée constituait une discrimination à son égard en raison du sexe. À supposer que l'on ait fait de la « discrimination contre » l'intimée, ce n'aurait pas été en raison de son sexe. En effet, l'article 46 vise les femmes enceintes, mais non celles qui ne le sont pas, et encore moins les hommes. ».

46. *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

47. *Ibid.*, 1221.

Bliss a été rendu il y a plus de 10 ans. Pendant cette période, la participation des femmes dans la main-d'œuvre a changé en profondeur. Avec dix ans de recul et d'expérience en matière de litiges relatifs à la discrimination dans les droits de la personne et la jurisprudence qui en a résulté, je suis prêt à dire que l'arrêt *Bliss* est erroné ou, du moins, que maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt.⁴⁸ (Nos italiques)

Dans l'intervalle, si certains tribunaux spécialisés en droit de la personne se sont sentis liés par cette interprétation restrictive⁴⁹, d'autres⁵⁰, au contraire, ont tôt fait de se distancier de cette approche en marquant leurs « dissidences » de l'arrêt *Bliss*. L'évolution d'une jurisprudence formaliste sur la discrimination envers les femmes enceintes à une jurisprudence de valeurs, telle que celle développée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Brooks*, conforte l'interprétation des tribunaux spécialisés en matière de droits de la personne qui avaient interprété de façon dynamique les textes de ces lois⁵¹.

-
48. *Brooks c. Canada Safeway Ltd*, précité, note 46, 1243 (le juge en chef Dickson).
49. *Wong c. Hughes Petroleum*, (1983) 4 C.H.R.R. D/1488 (Cour du banc de la Reine de l'Alberta) ; même la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan, avait mentionné être liée par l'arrêt *Bliss* : « However, in our view, the unanimous obiter dictum of the Supreme Court is not an opinion which lesser adjudicators can afford to treat lightly. If discrimination on the basis of pregnancy, or some related condition, is to be said to be sex discrimination, it will be because the Legislature has so decreed. ». Voir à ce sujet dans : Walter S. TARNAPOLSKY, *Discrimination and the law*, vol. 1, Toronto, Éditions Thomson / Carswell, 2004, ch. 8-50-51.
50. Voir les « dissidences » de certains tribunaux se distanciant de l'arrêt *Bliss* : *Pattison c. Board of Commissioners of Police of Fort Frances*, (1987) 8 C.H.R.R. D/3884 (Ont.) ; *Stefanyshyn c. Seasons Management Ltd.*, (1987) 8 C.H.R.R. D/3934 (B.C.). Dans cette dernière décision, le décideur John I.O. Joe, s'appuie sur l'interprétation large donnée par la Cour suprême dans *O' Malley c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, citant ce passage au par. 12 : « Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif (voir le juge Lamer dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux p. 157 et 158), et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. » ; *Tellier-Cohen c. Treasury Board*, (1982) 3 C.H.R.R. D/792 ; *Holloway c. Mac Donald*, (1983) 4 C.H.R.R. D/1454 (Colombie-Britannique). Dans cette décision, le professeur William Black rejette l'argument voulant que la grossesse ne pourrait pas être incluse dans le motif de sexe en tant que motif interdit de discrimination.
51. Voir à ce sujet Michèle RIVET, « L'avenir des tribunaux des droits de la personne », dans Danielle PINARD et Hélène DUMONT (dir.), *Les droits de la personne au 21^e siècle : perspectives et modes de protection*, Institut canadien d'administration de la Justice, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, p. 230 : « D'ailleurs, à plusieurs reprises, les tribunaux supérieurs ont repris les concepts élaborés dans un premier temps par ces instances spécialisées ».

Au Québec, c'est le législateur qui, en 1982⁵², inclut la grossesse en tant que motif interdit de discrimination dans la Charte québécoise. Les tribunaux de droit commun avaient aussi refusé d'admettre, par une interprétation stricte du texte, que la discrimination fondée sur la grossesse pouvait être protégée sous le motif du sexe⁵³. Cet ajout, antérieur de quelques sept années à l'arrêt *Brooks*, fait en sorte que l'arrêt *Brooks* n'a pas eu au Québec la même importance qu'il a pu avoir ailleurs au pays.

Il en est ainsi de la notion de handicap en droit québécois. L'application d'une approche objective, a eu pour un temps, l'effet de rendre inapplicable la protection anti-discriminatoire de la Charte québécoise aux personnes dont les anomalies physiques ne résultaient pas de limitations fonctionnelles. Cette approche⁵⁴ entre en conflit avec une interprétation plus libérale du concept⁵⁵ de handicap lorsqu'il s'agit du droit à l'égalité. Une analyse multidimensionnelle, intégrant divers facteurs sociaux tels que les attitudes des membres de la société et les perceptions stéréotypées que celle-ci véhicule, permet une *conception* plus ouverte du *concept* de handicap⁵⁶.

Dans l'arrêt *Ville de Montréal*⁵⁷, la Cour suprême du Canada a porté son analyse sur un exercice d'interprétation qui permet de définir la portée et l'étendue du motif du « handicap » plutôt que de s'en tenir à une interprétation littérale. Elle conclut que le mot « handicap » doit recevoir une définition large qui contient à la fois une conception objective et une conception subjective. Le handicap peut tout aussi bien être réel ou perçu puisqu'il faut, en matière de discrimination, étudier les effets de la distinction, de l'exclusion ou de la préférence plutôt que la nature précise de l'affection.

[...] Ce n'est toutefois pas dire qu'il faille écarter les fondements bio-médicaux du « handicap » mais plutôt souligner que, pour les

52. Par la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61.

53. *Breton c. Société canadienne des métaux Reynolds Ltée*, (1981) 2 C.H.R.R. D/532 ; *Nye c. Burke*, (1981) 2 C.H.R.R. D/538.

54. *Québec (Commission des droits de la personne) et Troilo c. Boisbriand (Ville)*, (1995) 25 C.H.R.R. D/412 ; *Québec (Commission des droits de la personne) et Mercier c. Montréal (Ville)*, (1995) 25 C.H.R.R. D/412 ; D.T.E. 95T-478.

55. Au sujet des différences entre concept et conception voir R. DWORKIN, *op. cit.*, note 41, p. 77.

56. *Québec (C.D.P.D.J.) c. Montréal (Ville de)*, précité, note 20 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville de)*, [1998] R.J.Q. 688 (C.A.) ; *Québec (Commission des droits de la personne) et Hamon c. Montréal (Communauté urbaine)*, (1996) 26 C.H.R.R. D/466 ; D.T.E. 96T-373.

57. *Québec (C.D.P.D.J.) c. Montréal (Ville de)*, précité, note 20.

fins de la Charte, il importe d'aller au-delà de ce seul critère. C'est alors qu'une approche multidimensionnelle qui tient compte de l'élément socio-politique s'avère très pertinente. En mettant l'emphase sur la dignité humaine, le respect et le droit à l'égalité, plutôt que sur la considération bio-médicale tout court, cette approche reconnaît que les attitudes de la société et de ses membres contribuent souvent à l'idée ou à la perception d'un « handicap ». Ainsi une personne peut n'avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes.⁵⁸

1.3 Adapter les concepts au contexte

L'adaptation constante des concepts à la réalité de la société permet de reconstruire les conceptions juridiques en fonction des valeurs que sous-tendent ces droits et de leur effectivité réelle.

Ainsi en est-il du droit à l'égalité, dont les juges ont de façon continue élargi la portée en passant d'une conception formelle, qui ne protège que les discriminations les plus évidentes, à une conception plus substantive, selon laquelle un traitement identique peut engendrer l'inégalité. L'arrêt *Andrews* marque ainsi un changement fondamental dans la conception du droit à l'égalité :

[...] La discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités aux bénéfices ou aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.⁵⁹

Mais devant la difficulté de matérialiser juridiquement la recherche d'un idéal aussi difficile à cerner que le droit à l'égalité, la conception de ce droit s'est modifiée dans la jurisprudence posté-

58. *Ibid.*, par. 77 (le juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la majorité).

59. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 7, 174 (le juge McIntyre).

rieure⁶⁰ à *Andrews* pour finalement se cristalliser dans l'arrêt *Law*⁶¹, où la Cour suprême établit que dorénavant, la victime d'une exclusion doit de plus établir la preuve d'une atteinte à la dignité.

Mais toute atteinte discriminatoire ne comporte-t-elle pas, en elle-même, une atteinte à la dignité de la personne ? Le droit à la dignité n'est-il pas un principe fondateur qui se retrouve dans tous les droits fondamentaux ? Une notion difficilement palpable ne peut-elle, en finale, qu'exacerber l'incertitude juridique et la subjectivité du juge⁶² ?

Les arrêts de la Cour suprême du Canada *Meiorin*⁶³ et *Ville de Montréal*⁶⁴, rendus⁶⁵ postérieurement à l'arrêt *Law*, nous amène à

-
60. Après l'arrêt *Andrews*, la Cour suprême avait été divisée quant à l'approche du droit à l'égalité. La trilogie de 1995, soit les arrêts : *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 411 ; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 ; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, établissait les trois approches différentes développées par trois factions de la Cour. Pour plus de détails sur ces trois approches, voir dans : Michèle RIVET, « La longue marche vers l'égalité au Canada », dans M.-C. BELLEAU et F. LACASSE (dir.), *op. cit.*, note 10, 388, à la note 16 : « Ces arrêts consacrent la fracture de la Cour. C'est ainsi que le professeur Proulx identifie trois écoles de pensée au sein des juges de la Cour suprême. La première, à laquelle adhèrent les juges La Forest, Lamer, Gonthier et Major, soutient que non seulement le demandeur doit faire la preuve qu'une distinction de traitement lui cause un préjudice en raison d'un motif énuméré ou analogue, mais également que cette distinction n'est pas pertinente eu égard aux objectifs poursuivis par le législateur. Un deuxième groupe, composé des juges McLachlin, Cory, Iacobucci et Sopinka, prétend pour sa part que l'atteinte à l'article 15 passe par la preuve de quatre éléments, à savoir une différence de traitement, un préjudice, un motif énuméré ou analogue, ainsi qu'une atteinte à la dignité humaine (l'élément de l'objectif du législateur est rejeté). L'atteinte à la dignité pourra se démontrer par la preuve que la loi repose sur des stéréotypes ou a pour effet de les renforcer à l'égard des personnes ou groupes visés par l'article 15. Le juge L'Heureux-Dubé constitue à elle seule le troisième groupe. Voir à ce sujet : Daniel PROULX, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law* : un pas en avant ou un pas en arrière ? », (2001) 61 *R. du B.* 185, 204.
61. *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.
62. Voir le commentaire de : D. PROULX, *loc. cit.*, note 60, p. 238 : « En outre comme les questions de Charte interpellent toujours les juges dans leurs valeurs ou leur vision profonde du monde, l'approche du « demandeur raisonnable » risque fort d'être un procédé rhétorique pour justifier des choix et des points de vue purement judiciaires ». Voir aussi dans : Isabelle HARNOIS, « La jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada sur l'article 15 de la Charte canadienne : une perspective critique », dans *Actes de la XV^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 167.
63. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.
64. *Québec (C.D.P.D.J.) c. Montréal (Ville)*, précité, note 20.
65. Ces deux arrêts ont été rendus respectivement en vertu du Code sur les droits de la personne de la Colombie-Britannique et de la Charte québécoise.

penser par ailleurs que l'incorporation de la dignité en tant que critère d'atteinte discriminatoire ne devrait pas s'appliquer au droit à l'égalité prévu à la Charte québécoise⁶⁶. En effet, bien que la Cour suprême fasse référence à la méthode d'analyse développée sous l'article 15 de la Charte canadienne dans l'affaire *Meiorin*, l'atteinte à la dignité humaine n'est pas un critère déterminant dans la détermination de l'atteinte discriminatoire en vertu du *Code des droits de la personne* de la Colombie-Britannique. Ce critère n'est pas non plus déterminant en vertu de la Charte québécoise dans l'arrêt *Ville de Montréal*⁶⁷.

Le Tribunal des droits de la personne a réitéré à plusieurs reprises le fait que la dignité humaine soit une valeur sous-jacente à tous les droits prévus par la Charte québécoise et qu'à ce titre elle se révélera utile dans la détermination d'une atteinte discriminatoire à la dignité. Toutefois, l'atteinte à la dignité ne serait pas un élément juridique déterminant le caractère discriminatoire ou non d'un acte :

Le droit à la dignité de toute personne est un droit spécifiquement protégé et prévu à l'article 4 de la Charte. Outre cette disposition, le droit à la dignité se pose en tant que valeur transcendante à tous les droits et libertés et inscrite dans le préambule de la *Charte*, ce qui en fait un principe premier d'interprétation de celle-ci. La *Charte* consacre ainsi cette valeur non seulement en tant que droit mais en tant que principe constituant le fondement de tous les droits et libertés, incluant le droit à l'égalité.⁶⁸

Qu'il s'agisse du droit prévu à la Charte québécoise ou canadienne, le droit à l'égalité est un concept difficile à saisir. Il symbolise la recherche d'idéaux, par nature abstraits. Le juge est donc constam-

66. C'est à tout le moins ce qui ressort de la jurisprudence du Tribunal des droits de la personne dans : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Nicolet (Ville)*, Trois-Rivières, n° 400-53-000001-009, 25 juillet 2001, j. Rivet ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Transport en commun La Québécoise*, Longueuil, n° 505-53-000001-013, 30 août 2002, j. Rivet.

67. Voir, à ce titre, l'analyse de Daniel Proulx dans : Daniel PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », (2003) numéro spécial *R. du B.* 487.

68. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Transport en commun La Québécoise*, précité, note 66, par. 31 ; voir aussi un exposé complet du droit à la dignité dans : *Commission des droits de la personne du Québec c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1996] R.J.Q. 511, 519-522 (T.D.P.Q.).

ment soumis à la difficile tâche de donner un sens à ces idéaux à travers sa propre compréhension – à la fois objective et subjective – des phénomènes sociaux menant à la dynamique d'exclusion.

Cette capacité à déconstruire les conceptions en fonction des phénomènes sociaux et à le reconstruire en tant que création normative implique nécessairement du juge une approche plus sensible à des facteurs contextuels⁶⁹ sortant du champ purement juridique. En ce sens, ce serait une utopie de l'esprit de penser que le juge pourra s'accomplir de sa tâche en ne s'appuyant que sur des conceptions objectives prédéterminées par le texte ou sur des conceptions enracinées au cœur même de la coutume sociale.

Comme l'indique le juge LeBel, le juge doit assumer le risque de soupeser des valeurs contradictoires. Soucieux de son rôle, il doit s'imposer à tout le moins une attitude d'écoute et de dialogue :

Certainement homme ou femme d'une époque, formé par sa culture et ses préoccupations, le juge doit assumer les risques des problèmes d'identification et de mise en relation de valeurs contradictoires. Réussit-il toujours à écouter et à comprendre ? À tout le moins, se sachant souvent à la frontière du droit, de la politique et de l'éthique, mais en même temps, conscient d'être magistrat et tenu de trouver une solution même dans le silence de la loi, il accepte, en ces limites du droit, de juger puis d'être lui-même jugé, quant à la valeur de son œuvre et à celle de ses fondements.⁷⁰

69. Pour une étude de l'approche contextuelle, voir : Danielle PINARD, « La méthode contextuelle », (2002) 81 *R. du B. can.* 323. Voir aussi : M. RIVET, *op. cit.*, note 60, p. 393-397. Dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, la juge Wilson reconnaissait qu'un droit ou une liberté peut avoir une valeur différente selon le contexte et que la Charte canadienne devrait être appliquée aux cas individuels selon une méthode contextuelle plutôt qu'abstraite. À la page 1353 : « Je me demande donc si une méthode contextuelle, pour trouver un équilibre entre le droit à la vie privée et la liberté de la presse en vertu de l'article premier, n'est pas plus appropriée qu'une méthode qui évalue de façon abstraite et générale l'importance relative de valeurs en conflit. » Relativement au contexte social, l'Institut canadien de la magistrature, suite à une résolution du Conseil canadien de la magistrature, a procédé dans les dernières années à l'élaboration d'une approche qui tienne compte de la formation de la magistrature « en sensibilisation » à la réalité sociale. Voir à cet effet : <http://www.nji.ca/Public/category_fr.cfm?CategoryID=12>.

70. Louis LEBEL, « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux », dans *Éthique de la magistrature*, *Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale publique*, vol. 3, n° 2, Montréal, Éditions Liber, 2001, 51, 57.

2. LE JUGE, FIDUCIAIRE DU CONTRAT SOCIAL

2.1 La légitimité du pouvoir judiciaire

La prépondérance⁷¹ de la Charte québécoise et de la Charte canadienne met en évidence le nouvel aspect relationnel des pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif. Bien que la crainte de voir apparaître « un gouvernement des juges » se soit dissipée peu à peu, les questions reliées à la légitimité de ce nouveau rôle ne manquent pas de refaire surface régulièrement et le « dynamisme judiciaire », expression pour qualifier l'activité interprétative des tribunaux, donne encore aujourd'hui ouverture à la critique⁷² puisqu'il remet en question la conception majoritaire de la démocratie⁷³.

En guise de réplique, tant la doctrine que la jurisprudence⁷⁴ ont recours à la théorie de la métaphore du dialogue :

-
71. Cette prépondérance a été établie relativement aux instruments de protection des droits de la personne par la Cour suprême du Canada, notamment dans : *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, 157-158 ; *Robichaud c. Conseil du Trésor du Canada*, précité, note 20, 89-91 ; *Action Travail des femmes c. Compagnie des chemins de fers nationaux du Canada*, [1987] 2 R.C.S. 1114 ; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, précité, note 63 ; *Québec (C.D.P.D.J.) c. Montréal (Ville de)*, précité, note 20.
72. Voir à ce sujet : J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 15, 402-411.
73. *Ibid.*, 396 : « Il en va de même du principe de la séparation des pouvoirs. Conformément à ce dernier, les pouvoirs doivent *s'opposer* les uns aux autres de manière à prévenir l'exercice d'un pouvoir arbitraire qui mettrait en péril la liberté des justiciables. Dans son acception classique, le principe de la séparation des pouvoirs met ainsi l'accent sur le *conflit* et non la *collaboration* puisque son objectif n'est pas d'assurer l'efficience institutionnelle, mais de garantir la liberté et le bien-être du citoyen. »
74. Voir à ce sujet l'arrêt *Vriend c. Alberta*, précité, note 12, par. 137-138. Dans cette affaire, la Cour suprême avait déclaré inconstitutionnel et contraire à l'article 15(1) de la Charte canadienne le fait que l'*Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta n'incluait pas l'orientation sexuelle en tant que motif de discrimination illicite. Plutôt que d'invalider la loi, la Cour choisit en guise de réparations d'inclure le motif de l'orientation sexuelle dans la Loi, par interprétation large (*reading in*). Après avoir mentionné que les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer aux législatures ou aux gouvernements, le juge Iacobucci précise qu'il incombe au pouvoir législatif de faire respecter la Constitution. Par. 138 : « À mon avis la Charte a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de « dialogue » (voir par exemple Hogg et Bushell, *loc. cit.*). » Voir aussi dans *Doucet -Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 35-36 : « En outre, compte tenu des changements que la *Charte* a apportés à la nature de notre structure constitutionnelle en exigeant la conformité de toute loi et de toute action gouvernementale à ses dispositions, il n'est pas étonnant que la jurisprudence relative à la *Charte* et les commentaires des auteurs à son sujet

[...] But, the decisions of the Court almost always leave room for a legislative response, and they usually get a legislative response. In the end, if the democratic will is there, the legislative objective will still be able to be accomplished, albeit with some new safeguards to protect individual right and liberty. Judicial review is not “a veto over the politics of the nation” but rather the beginning of a dialogue as to how best reconcile the individualistic values of the Charter with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole.⁷⁵

La Cour suprême du Canada a par la suite fait sienne cette théorie, notamment dans l'arrêt *Vriend*⁷⁶ :

À mon avis, la Charte a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre de dialogue (voir par exemple Hogg et Bushell, *loc. cit.*). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires [...]. La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. [...] Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.⁷⁷

aient fait tant de cas sur la question des limites du rôle judiciaire [...] Cependant, la déférence s'arrête là où commencent les droits constitutionnels que les tribunaux sont chargés de protéger. [...] ». (les juges Iacobucci et Arbour pour la majorité.). Voir aussi : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, précité, note 25, 538. Dans cette affaire le législateur avait amendé la *Loi électorale* du Canada après que la Cour suprême du Canada eût déclaré inconstitutionnelle, en violation de l'article 3 de la Charte canadienne, la disposition privant un détenu du droit de vote aux élections fédérales. La loi amendée, prévoyant dorénavant une inhabileté à voter à l'égard des détenus purgeant une peine de plus de deux ans dans un pénitencier avait été encore une fois invalidée quant à la disposition concernant le droit de vote des détenus. Les juges majoritaires, sous la plume du juge en chef McLachlin, avaient énoncé au par. 17 : « La promotion saine et importante d'un dialogue entre le législateur et les tribunaux ne devrait pas se réduire à la règle qui porte que « si vous ne réussissez pas la première fois, essayez, et essayez encore. ».

75. P. HOGG et A.A. BUSHHELL, *loc. cit.*, note 16, 105.

76. *Vriend c. Alberta*, précité, note 12.

77. *Ibid.*, par. 138-139.

Ainsi, le juge se retrouve en quelque sorte le fiduciaire du processus démocratique. Le respect mutuel des pouvoirs est assuré, d'une certaine façon par l'exercice de pondération des droits en fonction de l'activité législative et de l'intérêt collectif qu'elle représente⁷⁸. En outre, les clauses déroatoires prévues aux instruments ont pour effet de laisser le dernier mot au législateur. Toutefois, selon certains, la notion de dialogue ne parvient à résoudre que dans une certaine mesure⁷⁹, le débat à l'effet que l'interprétation des droits et libertés soit le monopole du pouvoir judiciaire.

2.2 L'importance de l'intervention judiciaire

Certains épisodes de notre histoire démontrent l'impuissance des tribunaux face aux lois qui violent les droits des minorités ou des

78. Par exemple, l'article 7 de la Charte canadienne énonce qu'il ne peut être porté atteinte aux droits qui y sont énumérés qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, lesquels comprennent l'application régulière de la loi. L'article 1^{er} de la Charte canadienne permet aussi de pondérer les droits en fonction de l'action législative et des intérêts collectifs que représente l'action législative. Voir à ce titre les propos du juge Iacobucci dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, précité, note 12, par. 137. De façon similaire, l'article 9.1 de la Charte québécoise permet aussi le même exercice de pondération pour certains droits et libertés.

79. Certains auteurs y voient plutôt un monologue puisque les données montrent que le législateur, accorde une grande déférence aux jugements et s'empresse de se conformer à ceux-ci. De plus, compte tenu que l'article 33 de la Charte canadienne et l'article 52 de la Charte québécoise ne sont presque jamais utilisés (*a posteriori* des jugements), certains auteurs ont parlé de momification de ces clauses. Voir dans : Jean-Yves BERNARD et Caroline BEAUCHAMP, *op. cit.*, note 13, p. 618-619. Ces auteurs font aussi référence (voir à la note 53 de leur texte) au professeur Ghislain Otis qui va même jusqu'à dire que l'on assisterait peut-être à l'émergence d'une convention constitutionnelle consacrant le non-recours à l'article 33 de la Charte canadienne. Voir aussi les propos de M^e Jacques Frémont, professeur de droit constitutionnel, recueillis par M^e Louise Vadnais lors d'une récente journée-conférence de l'Institut Canadien portant sur *Les Recours à la Cour suprême du Canada*, dans le Journal du Barreau, du 15 avril 2005, p. 14 : « Certes, la justification de la légitimité de la Cour par la thèse de la métaphore est une amélioration sur la thèse du mandat explicite, mais j'estime qu'elle n'est pas suffisante à elle seule pour témoigner de la complexité du processus démocratique et du rôle de la Cour dans ce processus. Dans un dialogue, il y a seulement deux personnes. Or, le phénomène de la légitimité de la Cour ne concerne pas seulement la communauté juridique et les autorités politiques. Si dialogue il y a, il se passe entre plusieurs personnes et plusieurs institutions, et c'est de cette façon qu'il s'inscrit dans la trame démocratique. C'est un mouvement dont font partie les médias vigilants, indépendants et responsables, et la société civile, qui suit le débat et y participe. Les juges l'ont compris : les tribunaux n'auront d'autorité morale que s'ils parviennent à convaincre de la justesse de leurs décisions et de leur rôle non seulement la communauté juridique, mais surtout les médias et la population. C'est ce que j'appelle la « démocratie comme système » : les tribunaux deviennent un maillon de l'édifice démocratique, avec d'autres. »

groupes plus vulnérables de la société. En 1946, la Cour suprême déclare que le gouverneur général en conseil était le seul juge à décider, en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*⁸⁰, de l'opportunité et de la nécessité d'ordonner la déportation⁸¹ de citoyens canadiens d'origine japonaise. Plus récemment, la Cour suprême du Canada⁸² refuse d'invalider les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, en vertu de la *Déclaration canadienne des droits et libertés*, qui faisaient en sorte qu'une Indienne mariée à un non-Indien perdait son statut, alors que le même sort n'était pas réservé à un Indien marié à une non-Indienne⁸³. Il faut dire que la *Déclaration*, adoptée en 1960, a été interprétée de façon très restrictive⁸⁴ au motif qu'elle ne traduisait pas un mandat constitutionnel clair⁸⁵ de rendre des décisions judi-

80. *Loi sur les mesures de guerre*, S.R.C. 1970, c. W-2.

81. En 1942, au moins 22 000 hommes, femmes et enfants de descendance japonaise ont été internés, déplacés, ont vu leurs biens confisqués et ont été forcés de déménager à l'est des Rocheuses ou de s'exiler au Japon, même une fois la deuxième guerre mondiale terminée. Le gouvernement canadien a prétendu que ces mesures s'imposaient afin d'assurer la sécurité nationale. Cependant, des documents de l'État rendus disponibles pour examen du public à la fin des années 1970 ont révélé que le ministère de la Défense nationale et la Gendarmerie royale du Canada étaient tous les deux convaincus que les Canadiens japonais ne menaçaient absolument pas la sécurité du pays. Le règlement historique de 1988, négocié par le gouvernement fédéral avec la National Association of Japanese Canadians comprenait, notamment, des excuses officielles ; un aveu de traitement injuste et de violation des droits de la personne ainsi que des sommes de plusieurs millions de dollars versées à la collectivité des Canadiens japonais. Voir : Patrimoine canadien et multiculturalisme au site Internet : <http://www.pch.gc.ca/progs/multi/wcar/advisory/redress_f.shtml>.

82. *Procureur général (Canada) c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

83. Le gouvernement canadien amenda plus tard la *Loi sur les Indiens (Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, c. 27, art. 4), suite à une décision du Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies concluant que la *Loi* violait l'article 27 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* en ce qu'elle privait Sandra Lovelace, du droit de rester sur la réserve de sa bande et de jouir de sa vie culturelle en commun avec les autres membres de sa minorité.

84. En 22 ans, une seule loi contestée a fait l'objet d'une déclaration d'inopérabilité, il s'agit de *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, où l'article 94(b) de la *Loi sur les Indiens* faisait une offense pour un Indien le fait d'être intoxiqué ailleurs que sur une réserve. Ainsi, la Cour suprême fut-elle critiquée pour son approche prudente et restrictive à l'égard de cet instrument de protection. La *Déclaration* n'étant pas constitutionnalisée (même si l'arrêt *Drybones*, aux pages 294 et suivantes, établit clairement la suprématie de la *Déclaration* sur les lois non conformes à celle-ci), les tribunaux ont éprouvé quelques réticences à rendre des décisions ayant pour effet de limiter le principe bien établi de souveraineté du Parlement. De plus, contrairement à la Charte canadienne aucune disposition comparable à l'article 1^{er} n'a pu favoriser l'interprétation large et libérale des droits contenus dans la *Déclaration*, comme cela a été le cas en ce qui concerne la Charte canadienne.

85. Il aura fallu attendre que la plus haute instance judiciaire au Canada confirme clairement la nature quasi-constitutionnelle de tous les instruments relatifs aux droits de la personne avant que les règles d'interprétation statutaires ne

ciaires ayant pour effet de restreindre la souveraineté du Parlement du Canada.

2.3 Le dialogue : entre rhétorique et pratique

L'adoption de la Charte québécoise et canadienne a fait en sorte d'établir un dialogue constant entre le pouvoir judiciaire et le législatif. Les rapports institutionnels entretenus par ces deux pouvoirs ont mis en évidence leur rôle respectif dans l'exécution du contrat social démocratiquement conclu. Que ce soit sur des questions relatives à l'utilisation de la langue d'affichage, où les suites de l'arrêt *Ford*⁸⁶ constituent certainement l'exemple le plus « parlant » en ce qui concerne l'application de la métaphore du dialogue ; sur la question du droit de vote des détenus⁸⁷ ; ou sur l'égalité dans l'octroi d'avantages sociaux⁸⁸, les tribunaux sont intervenus de façon éloquente afin d'établir le dialogue. Plus particulièrement, depuis les dix dernières années, l'intervention des tribunaux a été très importante en matière de protection des homosexuels⁸⁹.

cèdent le pas à une interprétation plus large susceptible de favoriser l'évolution de ces instruments. En ce sens, la Charte québécoise n'a pas échappé à cette situation et, même si elle se suffit à elle-même puisqu'elle contient un plus large éventail de droits que la Charte canadienne, il faut bien dire qu'elle a pu bénéficier à plusieurs reprises de la portée des garanties constitutionnelles établies par la jurisprudence la Cour suprême du Canada sous la Charte canadienne. Voir les décisions : *Commission ontarienne des droits de la personne et Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, précité, note 20, 546-547 : « [...] Une loi de ce genre est de nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en chercher l'objet et de le mettre en application[...] ». Voir aussi : *Gould c. Yukon Order of Pionniers*, précité, note 20, par. 120 : « La nature particulière des lois sur les droits de la personne demeure l'axiome sur lequel notre Cour fonde sa méthode d'interprétation de ces lois. Ainsi, dans l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, à la page 89, le juge La Forest a expliqué « qu'en raison de leur nature quasi constitutionnelle, les lois sur les droits de la personne devaient être interprétées généreusement de manière à promouvoir les objets généraux qu'elles visent [...] ». Pour la Charte québécoise, voir plus particulièrement les arrêts : *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, précité, note 20, 307, en ce qui concerne les exceptions relatives aux exigences professionnelles qui doivent recevoir une interprétation restrictive puisqu'elles suppriment des droits qui, autrement, recevraient une interprétation libérale ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, précité, note 20, par. 28.

86. *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, note 12.

87. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, précité, note 25.

88. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

89. Comparer la décision *Egan c. Canada*, précité, note 60, et les décisions ultérieures en la matière : *Vriend c. Alberta*, précité, note 12, en ce qui concerne l'inclusion du motif de l'orientation sexuelle dans la loi sur les droits de la personne

L'ampleur du dynamisme judiciaire, qui atteint son apogée dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*⁹⁰, illustre bien la difficulté pratique d'appliquer cette métaphore du dialogue⁹¹. La Cour suprême du Canada, avait déterminé que l'omission d'inclure l'orientation sexuelle en tant que motif prohibé de discrimination dans la loi sur les droits de la personne de l'Alberta était contraire au droit à l'égalité prévu à la Charte canadienne. En guise de réparation, la Cour a conclu que l'interprétation large, qui a pour effet d'inclure ce motif dans la loi, était préférable à l'annulation complète de la loi, lequel cas aurait eu pour effet de priver tous les albertains de la protection de la loi.

Bien qu'il soit rare que l'on retrouve dans la jurisprudence, une référence directe à la légitimité du pouvoir judiciaire et à la notion de dialogue, cette question est abordée explicitement par le juge Iacobucci⁹² dans l'arrêt *Vriend*. Ainsi, le juge Iacobucci estime que l'application de l'interprétation large ne constitue pas une ingérence dans le pouvoir législatif puisque le gouvernement albertain avait expressément indiqué⁹³ que l'inclusion ou non du motif de l'orienta-

albertaine ainsi que : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 ; *Québec (Procureure générale) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2002] R.J.Q. 588 (C.A.), en ce qui concerne les bénéficiaires de la rente du conjoint survivant aux membres d'un couple homosexuel (*Loi sur le régime des rentes du Québec*) ; *Rosenberg c. Canada (Attorney- General)*, [1998] 51 C.C.R. (2nd) 1 (C.A. Ont.), en ce qui concerne l'expression discriminatoire « personne de sexe opposé » à la *Loi de l'impôt sur le revenu* ; *Ligue Catholique pour les droits de l'Homme c. Hendricks*, [2004] R.J.Q. 851 (C.A.) ; *Halpern c. Canada (Attorney- General)* 2003 CanLII 26403 (C.A. Ont.). Finalement, le *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, précité, note 12, concernant la constitutionnalité de la Loi fédérale proposée par le gouvernement fédéral.

90. *Vriend c. Alberta*, précité, note 12. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada avait conclu que l'omission d'inclure dans la loi albertaine des droits de la personne le motif de l'orientation sexuelle en tant que motif interdit de discrimination était contraire au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la Charte canadienne.

91. Voir les commentaires de Leclair dans : J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 15, 402 : « Si on laisse de côté les considérations théoriques évoquées plus haut pour s'en tenir aux effets pratiques de l'invocation de la métaphore du dialogue, on constate que cette dernière s'apparente plus à un outil rhétorique qu'à une approche structurante des rapports institutionnels. [...] Dans l'arrêt *Vriend*, la Cour suprême a exposé longuement son point de vue sur la nature dialogique des rapports entretenus par les pouvoirs judiciaire et législatif. Or, chose curieuse, cette affaire est l'archétype de l'interventionnisme judiciaire. Dans cette affaire, la métaphore a permis de présenter l'intervention unilatérale de la Cour comme une simple réponse donnée à l'occasion d'un dialogue avec le pouvoir législatif. [...] ».

92. *Vriend c. Alberta*, précité, note 12, par. 136 à 143.

93. Voir dans *Vriend c. Alberta*, précité, note 12, par. 6 et 170-171 : « En 1993, le gouvernement a confié à l'Alberta Human Rights Review Panel le mandat de

tion sexuelle à la Loi, dépendait de l'issue du pourvoi devant la Cour suprême. Finalement, le gouvernement albertain se trouva ainsi devant le choix d'abroger la loi ou d'avoir recours à la clause dérogatoire⁹⁴. En réalité, il décida de ne rien faire et ici s'arrêta le dialogue.

En 1999, dans l'arrêt *M. c. H.*⁹⁵, la Cour suprême a déclaré que la loi ontarienne sur le droit de la famille était inconstitutionnelle⁹⁶ parce que la définition du mot « conjoint » empêchait les couples de mêmes sexes d'exercer leurs droits au partage des biens et à l'obligation alimentaire. La Cour décide de déclarer invalide la disposition en cause et de suspendre l'effet de cette déclaration pour une période de six mois. Dans ce cas-ci, la retenue⁹⁷ appliquée dans la réparation a eu pour effet de laisser toute la latitude voulue aux pouvoirs législatifs des provinces et du Parlement afin d'ajuster leur législation de la façon la plus convenable. Les suites de l'arrêt *M. c. H.* démontrent que la possibilité de recourir à un éventail de solutions favorise l'établissement d'un véritable dialogue⁹⁸.

procéder à un examen public de l'IRPA et de la Human Rights Commission. Après un examen approfondi, le comité a présenté son rapport intitulé *Equal in Dignity and Rights : A Review of Human Rights in Alberta* (1994) (le « rapport sur la dignité »). Celui-ci renfermait un certain nombre de recommandations, l'une d'entre elles étant l'inclusion dans la Loi de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. Dans sa réponse au rapport sur la dignité (*Our Commitment to Human Rights : The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel* (1995)), le gouvernement a indiqué que le sort de la recommandation relative à l'orientation sexuelle dépendait de l'issue de la présente affaire. » Au paragraphe 171, le juge Iacobucci énonce : « À mon avis, cet énoncé indique clairement que la législature de l'Alberta, tenant compte de la controverse entourant la protection des homosexuels sous le régime de l'IRPA, a voulu s'en remettre à la décision des tribunaux sur cette question. ».

94. L'article 33 de la Charte canadienne.

95. *M. c. H.* [1999] 2 R.C.S 3.

96. L'article 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, a été jugé contraire à l'article 15(1) de la Charte canadienne.

97. Voir les commentaires de Jean Leclair sur le dialogue au service de la retenue ou du dynamisme judiciaire dans : J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 15, 402 et s.

98. Au Québec, l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, a fait en sorte d'accorder aux conjoints de mêmes sexes les mêmes avantages que le mariage. En Ontario, cela aura permis au gouvernement ontarien d'offrir aux couples de mêmes sexes les avantages demandés tout en préservant les valeurs traditionnelles reliées à la définition du mot « spouse » en Ontario, la loi s'intitulant : *Loi de 1999 modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*, L.O. 1999, c. 6. Au niveau fédéral, la *Loi visant à moderniser le régime d'avantages et d'obligations dans les lois du Canada*, L.C. 2000, c. 12, aura l'effet d'amender 68 lois fédérales. Celle-ci prévoit que l'expression « conjoint de fait » s'applique tout autant aux couples non mariés qu'il soit de mêmes sexes ou non

Il est aussi intéressant de constater que le dialogue amorcé par l'arrêt *M. c. H.* se continue bien au-delà des réformes législatives qu'imposait cet arrêt. Ainsi, bien que le Parlement fédéral⁹⁹ vota en faveur de préserver la définition traditionnelle du mariage, ceci n'empêcha pas la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹⁰⁰, suivie par la majorité des instances judiciaires des provinces, de déclarer inconstitutionnelle¹⁰¹ la définition du mariage telle qu'établie en common law et, au Québec, par l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*¹⁰².

Le gouvernement fédéral, refusant d'en appeler de ces décisions, aura choisi, en guise de « dialogue », de demander à la Cour suprême¹⁰³ de vérifier la constitutionnalité d'un projet de loi reformulant la définition du mariage. La Cour suprême confirma la constitutionnalité d'une définition du mariage incluant les personnes de même sexe sans toutefois se prononcer sur l'inconstitutionnalité de la définition traditionnelle du mariage¹⁰⁴. La Cour suprême refusa ainsi d'entrer dans l'arène politique de cette façon.

L'Alberta préféra se prévaloir de la clause dérogatoire prévue à la Charte canadienne en déterminant de façon législative que le mariage est l'union entre une femme et un homme, S.A. 1999, c. 20. Voir à ce sujet : J. MURPHY, « Dialogic Responses to *M. c. H.* : From Compliance to Defiance », (2001) 59(2) *U. of T. Fac. L. Rev.* 299.

99. En juin 1999, 216 votes contre 55.
100. *EGALE c. Canada (Attorney-General)*, précité, note 12 (1^{er} mai 2003). La Cour d'appel décida cependant de suspendre pour une période de deux ans la déclaration d'inconstitutionnalité afin de donner le temps aux législateurs provinciaux et fédéral d'amender leurs lois en conformité avec la décision (Ni le procureur général de la cette province ni le procureur général du Canada n'ont fait appel de cette décision). Deux mois plus tard la Cour d'appel de Colombie Britannique dans : *EGALE c. Canada*, précité, note 12, décide de lever la suspension qu'elle avait décrétée afin d'harmoniser le droit applicable avec l'Ontario, où la Cour d'appel de cette province venait de déclarer inconstitutionnelle, avec *effet immédiat*, la définition traditionnelle du mariage. (Avec le consentement exprès du Procureur général du Canada et sans opposition du procureur général de la Colombie-Britannique.) Au Québec, le Procureur général du Canada renoncera, le 22 janvier 2004, à la suspension d'invalidité d'une durée de deux ans décrétée dans le jugement de 1^{re} instance : *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, [2002] J.Q. n° 3816 (C.S.).
101. Au motif qu'elle était contraire au droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la Charte canadienne.
102. *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art. 5.
103. Par la voie d'un renvoi.
104. De façon inattendue, le gouvernement fédéral avait ajouté une question à l'avis consultatif, soit celle de savoir si la définition traditionnelle du mariage était constitutionnelle. Bien qu'il soit rare que la Cour suprême refuse de se prononcer sur une question, elle considéra qu'y répondre ne donnerait rien de plus, compte tenu que le gouvernement fédéral avait déjà pris la décision politique de régler la question de l'uniformité du droit au moyen de la loi proposée.

Comme mentionné précédemment, c'est l'arrêt *Ford*¹⁰⁵ et la réaction législative qui s'ensuivit, qui illustre le mieux l'application concrète de la métaphore du dialogue. En 1988, la Cour suprême du Canada invalidait les dispositions de la *Charte de la langue française*¹⁰⁶ interdisant l'affichage commercial en langue anglaise au Québec, au motif qu'elles étaient contraires à la liberté d'expression¹⁰⁷ garantie par la Charte canadienne et au droit à l'égalité¹⁰⁸ garanti par la Charte québécoise¹⁰⁹. En guise de réponse, le gouvernement du Québec a redonné force de loi à la disposition déclarée inconstitutionnelle en invoquant¹¹⁰ la clause dérogatoire de la Charte québécoise¹¹¹ et celle de la Charte canadienne¹¹². Au terme de cinq ans, un dialogue plus modéré s'instaura puisque le gouvernement québécois amenda¹¹³ la *Charte sur la langue française*, de façon à ce que le français soit affiché de façon prédominante sur toute autre langue, « suivant » en cela les indications initialement suggérées¹¹⁴ par la Cour suprême en 1988.

105. *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, note 12.

106. *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11.

107. En violation de l'article 2b) de la Charte canadienne et de l'article 3 de la Charte québécoise. Bien que la Cour ait conclu que la protection de la survie de la langue française au Québec était un objectif réel et urgent, l'obligation d'employer uniquement le français n'était pas justifiée ni en vertu de l'article 9.1 de la Charte québécoise, ni en vertu de l'article 1^{er} de la Charte canadienne.

108. En violation des articles 3 et 10 conjugués de la Charte québécoise.

109. Quant à la Charte québécoise, bien que celle-ci n'ait pas de valeur constitutionnelle au sens strict, cette question revêt la même acuité et les mêmes principes de légitimité et de dialogue s'appliquent. Toutefois, la dynamique démocratique risque d'être influencée à un autre niveau. En effet, le libellé de l'article 52 de la Charte québécoise, qui prévoit qu'on ne peut déroger aux articles 1 à 38 « sauf dans la mesure prévue ces articles » pourrait laisser croire que le législateur peut déroger à certaines dispositions dans la mesure de son bon vouloir. Il n'y aurait alors aucun contrôle judiciaire ou politique (puisque le recours à la clause dérogatoire ne serait pas requis) au niveau de ces droits, ce qui semble aller à l'encontre de l'intention du législateur et de l'économie générale de la Charte. À l'opposé, comme seulement les articles 1 à 9 de la Charte québécoise sont assujettis au test de justification de l'article 9.1, les articles 10 et suivants, dont fait partie le droit à l'égalité, ne peuvent être soumis à ce test. Tout ceci nous amène à penser que le processus de « reddition de compte » (expression utilisée par le juge Iacobucci pour expliquer l'interaction entre le pouvoir judiciaire et législatif dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, précité, note 12, par. 139) s'établit de façon moins équilibrée dans le cas de la Charte québécoise que dans celui de la Charte canadienne.

110. *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1988, c. 54, art. 10.

111. Art. 52.

112. Art. 33.

113. *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1993, c. 40, art. 18.

114. *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, note 12.

3. LE JUGE, CITOYEN DU MONDE

3.1 La prise en compte des valeurs internationales

La Charte québécoise comme la Charte canadienne ont trouvé leur inspiration dans les instruments internationaux des droits de l'Homme. Les travaux préparatoires à la Charte québécoise démontrent le souci des rédacteurs de s'inspirer¹¹⁵ et de se doter d'une Charte à la mesure des modèles issus du droit international dont la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*¹¹⁶, des avants-projets relatifs aux deux *Pactes*¹¹⁷ des Nations-Unies¹¹⁸ comme de la *Convention européenne des droits de l'Homme*¹¹⁹.

Le rôle du juge s'est ainsi complexifié par la nécessaire prise en compte, de manière large, des instruments internationaux, même lorsque non incorporés comme tels en droit interne.

Reprenant la pensée énoncée par le juge en chef Dickson¹²⁰ dans ses motifs sur le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations*

-
115. Voir sur l'influence des instruments internationaux sur la Charte québécoise : William A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 251 et s ; André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21(1) *R.J.T.* 1, 7-13.
116. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, précitée, note 2.
117. *Le Pacte relatif aux droits civils et politiques*, précité, note 4, et plus spécialement le *Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels*, précité, note 4. Les avants-projets de ce Pacte auront influencé l'adoption du texte de la Charte québécoise qui, contrairement à la Charte canadienne, comprend un chapitre complet sur les droits économiques et sociaux.
118. Cependant, contrairement aux autres droits civils et politiques qui y sont énoncés, la Charte québécoise ne confère pas aux droits économiques et sociaux une prépondérance sur les autres lois du Québec. Les droits économiques et sociaux sont prévus aux articles 39 à 48 de la Charte et l'article 52 de la Charte prévoit que : « Aucune disposition d'une loi, même postérieures à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique, malgré la Charte. »
119. *Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés des fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221 S.T.E. n° 5. Voir à ce sujet dans : Michèle RIVET, « Les textes et les tribunaux : Qu'en est-il devenu de l'esprit et du souffle de la Déclaration universelle ? », (1998) 11(2) *R.Q.D.I.* 39, 45 : « Dès 1963, il [Jacques-Yvan Morin] avait d'ailleurs lui-même rédigé, en s'inspirant principalement de la *Déclaration universelle* et de la *Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés des fondamentales*, un projet de charte des droits de la personne. »
120. Même si le juge en chef Dickson était dissident dans cet arrêt, son exposé sur le droit international n'était pas un point de dissidence.

*Act*¹²¹, le juge L'Heureux-Dubé s'exprime sensiblement de la même manière en 1999, dans l'arrêt *Baker*, lorsqu'elle évoque la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹²² dans l'approche contextuelle de l'interprétation de la *Loi sur l'immigration*¹²³. Mentionnons toutefois qu'elle se réfère aux « valeurs exprimées dans le droit international » et non pas aux « normes du droit international » :

[...] Les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi . [...] *Les valeurs exprimées dans le droit international* des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire.¹²⁴ (Nos italiques)

Si les normes de droit international ont pour effet de créer des obligations pour le Canada sur la scène internationale, elles n'ont pas de force contraignante au Canada¹²⁵, à moins qu'elle n'aient été incorporées de façon expresse dans le droit interne¹²⁶. Le Canada n'a incor-

121. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, précité, note 9, 348-354. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer la portée de la liberté d'association garantie à l'article 2d) de la Charte canadienne, notamment si elle incluait le droit de grève et le droit de négocier collectivement. La Cour avait conclu par la négative, le juge en chef Dickson étant dissident.

122. *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. can. 1992, n° 3.

123. *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), c. I-2.

124. *Baker c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 817, 861.

125. Ceci a été reconnu dans une décision importante du Conseil Privé relative aux relations de travail, et ensuite constamment réaffirmé par les différentes instances judiciaires canadiennes. Voir : *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326, 347 ; Le juge L'Heureux-Dubé s'exprimait de la même manière en 1999 dans l'affaire *Baker c. Canada*, précité, note 124, 861 : « [...] Les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi : *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, à la p. 621 ; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, aux p. 172 et 173. Je suis d'accord avec l'intimé et la Cour d'appel que la Convention n'a pas été mise en vigueur par le Parlement. Ses dispositions n'ont donc aucune application directe au Canada. ». Le même constat était récemment rappelé par la Cour suprême du Canada en 2002 dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 38, par le juge L'Heureux-Dubé : « À proprement parler, le Canada n'est lié par des normes internationales consignées dans un traité que si celui-ci a été incorporé au droit canadien par une loi ».

126. Il s'agit de l'application de règles constitutionnelles non écrites liée à la tradition parlementaire britannique. Le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 indique en effet que les provinces fondatrices de la fédération canadienne ont désiré « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». La référence à la constitution britannique dans le préambule de

poré par voie législative¹²⁷ que très peu de conventions relatives aux droits de la personne¹²⁸.

Même si la jurisprudence canadienne comme la doctrine s'entendent pour dire que les conventions ou les traités non incorporés dans le droit interne n'ont pas d'application directe, le juge doit toutefois s'inspirer des sources internationales pour préciser le sens des textes fondamentaux canadiens et québécois. En outre, le juge doit présumer la conformité de la législation aux obligations qui incombent au Canada en vertu des instruments internationaux auxquels il a adhéré¹²⁹.

3.2 La fluidité du recours aux normes internationales

L'application du droit international, même à titre interprétatif ou à des fins persuasives, pose beaucoup plus de difficultés pour le

la Loi constitutionnelle de 1867 explique donc pourquoi le droit constitutionnel canadien comprend des sources de type de source britannique comme la prérogative royale qui réserve le pouvoir de ratifier des traités au pouvoir exécutif.

127. Évidemment, en ratifiant ces instruments internationaux, le Canada s'est engagé à assurer le plein exercice des droits qui y sont reconnus, sans discrimination et par tous les moyens appropriés. Cependant, d'un point de vue juridique, ces instruments n'ont pour la plupart aucune valeurs normatives en droit interne, tant qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une incorporation législative expresse et ceci, en vertu du principe de séparation des pouvoirs propre au système parlementaire britannique. Contrairement à une majorité de pays dont le processus d'approbation par les chambres législatives s'accomplit avant même la ratification d'un instrument international, le système constitutionnel canadien, ne prévoit pas un tel mécanisme. Ainsi, le gouvernement fédéral a été rarement consulté même de façon informelle avant la ratification de traités. Cela a été le cas lors de la ratification de L'Accord canado-américain de libre-échange (1987) et le Protocole de Kyoto (2002). Par ailleurs, bien que le Québec n'ait pas le pouvoir de ratifier les traités, il s'est doté d'une loi prévoyant la consultation de l'Assemblée nationale dans les cas où le Québec décide de se déclarer lié par un traité international : *Loi modifiant la Loi sur le ministère des Relations internationales*, L.Q. 2002, c. 8, art. 6.

128. Voir dans : W. SCHABAS, *op. cit.*, note 115, p. 260. Pour un exemple d'incorporation, voir la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, qui incorpore en annexe les sections e) et f) de l'article 1^{er} de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés.

129. *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137 : « Bien que le droit international ne lie pas le Parlement ni les législatures provinciales, le tribunal doit présumer que la législation est conçue de manière qu'elle respecte les obligations qui incombent au Canada en vertu des instruments internationaux et en sa qualité de membre de la communauté internationale. En choisissant parmi les interprétations possibles celle qu'il doit donner à une loi, le tribunal doit éviter les interprétations qui entraîneraient la violation par le Canada de telles obligations : voir *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 330. » (les juges Iacobucci et Major pour la Cour).

juge. Contrairement au contexte de droit interne, ici le juge ne peut « légitimer » son action par un pouvoir qui lui serait expressément ou implicitement conféré.

La place des instruments internationaux dans la protection nationale des droits de la personne reste encore à préciser et l'incertitude des juges a pour nécessaire résultat d'alimenter le débat relatif à l'utilisation de ces normes par le juge national¹³⁰.

Comme le mentionnent Stephen Toope et Jutta Brunnée, le juge national est à la jonction entre les instances internationales et l'État :

[...] mais en y regardant de plus près, on constate que les vieilles habitudes persistent, même si les apparences changent. Les tribunaux canadiens paraissent épouser le droit international à grand renfort de mots doux, mais l'étreinte demeure décidément mal assurée et le mariage est loin d'être consommé.¹³¹

En fait, la difficulté tient à ce que les tribunaux doivent équilibrer les engagements internationaux du Canada avec la suprématie législative qui s'applique au Canada. Cependant, l'une des façons de gérer cet équilibre serait de « considérer le droit international comme un droit à caractère persuasif, mais non contraignant »¹³².

L'arrêt *Baker* illustre bien ce compromis. Ainsi, le juge L'Heureux-Dubé favorise la pénétration *des valeurs* véhiculées par le droit international, non pas en tant qu'élément normatif, mais en tant qu'élément à prendre en considération dans le processus interprétatif. Dissidents sur la question de la portée du droit international, les juges Major et Iacobucci ne tolèrent aucun compromis et rejettent carrément le recours aux normes internationales non incorporées¹³³

130. Voir à ce sujet ces différents auteurs et articles : P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, *loc. cit.*, note 16 ; J. BRUNNÉE et S. J. TOOPE, *loc. cit.*, note 17 ; Karen KNOP, « Here and There : International Law in Domestic Courts », (2000) 32 *NYU Journal of International Law and Politics* 511. Version française du texte, non publiée : « Ici et là-bas : le droit international devant les tribunaux canadiens » à l'adresse Internet : <http://www.lawsite.ca/IAWJ/CRKKnop_f.htm>.

131. J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 17, p. 2 du texte français diffusé sur Internet.

132. *Ibid.*, p. 6.

133. *Baker c. Canada*, précité, note 124, par. 80. Ainsi, bien qu'ils aient souscrit aux motifs et au dispositif du juge L'Heureux-Dubé, les juges Major et Iacobucci, expriment leur désaccord avec leur collègue lorsqu'elle se réfère à l'utilisation des valeurs sous-jacentes à un traité international non-applicable dans l'appro-

car cela permettrait au pouvoir exécutif de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement¹³⁴.

Cette dernière approche a été critiquée par certains auteurs parce qu'elle ne laisse que le choix entre une application ou une inapplication totale du droit international¹³⁵. Dans l'arrêt *Ahani*¹³⁶, la

che contextuelle de l'interprétation des lois et du droit administratif. Selon le juge Iacobucci, cette approche ne serait pas conforme à la jurisprudence de la Cour sur la question du statut du droit international dans le système juridique interne : « Je ne partage pas la certitude de ma collègue que le précédent établi par notre Cour dans *Capital Cities*, précité, peut survivre intact après l'adoption d'un principe de droit qui autorise le recours, dans le processus d'interprétation des lois, aux dispositions d'une convention qui n'a pas été intégrée dans la législation. Au lieu de cela, le résultat sera que l'appelante pourra parvenir indirectement à ce qu'elle ne peut faire directement, c'est-à-dire donner effet dans le système juridique interne à des obligations internationales assumées par le pouvoir exécutif seul et qui n'ont pas encore été soumises à la volonté démocratique du Parlement. ». (Motifs des juges Major et Iacobucci sous la plume du juge Iacobucci.)

134. Voir à ce propos les commentaires critiques de René Provost pour qui chaque acte officiel de l'État constitue des effets juridiques devant être reconnus par les tribunaux : « Cela ne conduit pas, il faut insister, à une application directe de la norme au même titre que la loi adoptée par la législature, mais plutôt à une certaine reconnaissance des effets de tous les actes de l'exécutif, y compris la ratification des traités », dans R. PROVOST, *op. cit.*, note 17, p. 582.
135. K. KNOP, *loc. cit.*, note 130, page 6 du texte français. Notamment, Karen Knop critique cette approche traditionnelle parce qu'elle conditionne le travail des juges à un ensemble de « choix binaires » qui selon les règles de réception du droit international dans le droit interne correspond à une « application de tout-ou-rien ». Voir aussi J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 17, p. 35 du texte français. Ces auteurs pensent que la simple affirmation selon laquelle les traités ne font pas partie du droit canadien à moins d'avoir été incorporé par voie législative est trop restrictive : « Premièrement, lorsqu'un traité n'a pas d'incidence réelle sur le droit national, la préoccupation selon laquelle le pouvoir du Parlement ou des législatures provinciales pourrait être usurpé par une mesure prise par le pouvoir exécutif fédéral ne paraît pas fondée. Dans tous les cas, le Parlement ou les législatures provinciales sont entièrement libres de déroger aux dispositions d'un traité en adoptant une mesure législative explicite. En second lieu, lorsqu'une loi n'est pas nécessaire pour rendre le droit international conforme aux engagements du Canada en vertu d'un traité, il paraît absurde d'insister sur une mise en œuvre par voie législative explicite. Ceci s'applique d'autant plus lorsque le Canada présente, dans des forums internationaux, des rapports sur la mise en œuvre de ses engagements en vertu des traités, comme il le fait régulièrement, par exemple, dans le cadre des droits de la personne. Dans de tels cas, les tribunaux canadiens ne devraient pas s'en remettre à l'argument d'un gouvernement subséquent selon lequel l'obligation en vertu du traité n'a pas d'effet parce qu'elle n'a pas été transformée de façon expresse. Ils devraient plutôt considérer que les engagements du Canada sont mis en œuvre et ils devraient s'appuyer sur le traité pour interpréter le droit national de la manière décrite plus haut. »
136. *Ahani c. Minister of Citizenship & Immigration*, Cour d'appel de l'Ontario, 8 février 2002, Can LII 23589. La demande de permission d'appel de cette décision

Cour d'appel de l'Ontario, qui devait décider d'une demande d'injonction pour suspendre une ordonnance d'expulsion à l'endroit d'un réfugié ayant un lien avec une organisation terroriste d'Iran, a rejeté de façon catégorique tout recours au droit international¹³⁷. Le recours porté par l'appelant devant le Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies¹³⁸ est par conséquent devenu illusoire.

Cependant ce genre de compromis requiert que les juges abordent le droit international de façon ordonnée afin d'assurer une cohérence autant au niveau du droit national qu'au niveau du droit international :

[...] Il ne suffit pas de traiter *toutes* les pierres normatives comme étant potentiellement persuasives mais non contraignantes, car avec le temps une telle approche risque de miner l'édifice du droit. Nous sommes préoccupés par le fait que si le droit international est de nature uniquement persuasive, il

été refusée par la Cour suprême du Canada. Mansour Ahani, avait fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion en raison de son appartenance à une organisation terroriste en Iran. Après la décision de la Cour suprême du Canada, rejetant les demandes de l'appelant, celui-ci avait déposé une communication devant le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies. Le Comité avait alors demandé au Canada de suspendre l'ordonnance d'expulsion jusqu'à ce qu'il se prononce sur l'affaire. Comme le Canada avait refusé de respecter les demandes intérimaires du Comité, Ahani avait déposé une demande d'injonction devant les tribunaux ontariens.

137. Afin d'interpréter les principes de justice fondamentale de l'article 7 de la Charte canadienne. La majorité, avait été d'avis que ni le *Pacte relatif aux droits civils et politiques* ni le *Protocole* n'avaient d'effet juridique au Canada, compte tenu l'absence de mise en œuvre législative en droit interne. Voir par. 31 de la décision.

138. Voir à ce sujet les Constatations du Comité des droits de l'homme quant au refus du Canada de respecter les mesures intérimaires demandées par le Comité dans l'affaire *Ahani c. Canada*, du 15 juin 2004. CCPR/C/80/D/1051/2002. Voir au par. 8.1 et 8.2 : « **8.1** The Committee finds, in the circumstances of the case, that the State party [Canada] breached its obligations under the Optional Protocol, by deporting the author before the Committee could address the author's allegation of irreparable harm to his Covenant rights. The Committee observes that torture is, alongside the imposition of the death penalty, the most grave and irreparable of possible consequences to an individual of measures taken by the State party. Accordingly, action by the State party giving rise to a risk of such harm, as indicated *a priori* by the Committee's request for interim measures, must be scrutinized in the strictest light.

8.2 Interim measures pursuant to rule 86 of the Committee's rules adopted in conformity with article 39 of the Covenant, are essential to the Committee's role under the Protocol. Flouting of the Rule, especially by irreversible measures such as the execution of the alleged victim or his/her deportation from a State party to face torture or death in another country, undermines the protection of Covenant rights through the Optional Protocol. »

devient simplement facultatif et le juge peut l'ignorer en vertu de son pouvoir discrétionnaire.¹³⁹

La pondération et l'importance accordées au droit international ne fait pas toujours consensus¹⁴⁰ parmi les juges. Selon la doctrine, le juge doit d'abord se demander comment la norme internationale concernant les droits de la personne est-elle reçue en droit interne, c'est-à-dire dans quelle mesure doit-on lui donner valeur normative¹⁴¹ ? Il doit ensuite établir quelle valeur lui confère-t-on dans la sphère internationale. Finalement, il doit déterminer comment cette norme peut influencer sur son raisonnement et à quel degré. À partir des réponses à ces différentes questions le juge national établira alors le dialogue entre les différents pouvoirs exécutifs et législatifs.

-
139. *Ibid.*, 9. Voir aussi dans : R. PROVOST, *op. cit.*, note 17, p. 581 : « Chaque acte de l'État, officiel de par sa nature même, constitue un fait juridique qui produit des effets que doivent reconnaître les tribunaux ».
140. Comparer les motifs du juge en chef McLachlin (par.31 à 34) avec ceux de la juge Arbour, dissidente (par. 186 à 188) dans : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76. Comparer les motifs du juge en chef McLachlin relativement à l'interprétation de l'article 45 de la Charte québécoise (par. 93-94) avec les motifs du juge L'Heureux-Dubé (par. 146-147) dans : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429. Comparer les motifs du juge Cory, dissident (p. 804 à 809) et ceux du juge McLachlin (p. 856) dans : *Kindler c. Canada (Ministère de la justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779. Comparer les motifs des juges Charron et Laskin (par. 31 à 42) avec ceux du juge Rosenberg (par. 93-104) dans : *Ahani c. Minister of Citizenship & Immigration*, précité, note 136. Comparer les motifs du juge L'Heureux-Dubé (par. 69 à 71) et du juge Iacobucci (par. 78 à 81) dans l'affaire *Baker c. Canada*, précité, note 124.
141. Voir Louis LEBEL et Gloria CHAO, *The rise of international Law in Canadian Constitutional Litigation : Fugue or Fusion ? Recent Developments and Challenges in internalizing International Law*, Fifth Annual Analysis of the Constitutional Decisions of the Supreme Court of Canada, 12 avril 2002, Osgoode Hall Law School, texte non publié disponible auprès des auteurs. Voir à la p. 18 : « In other word, if parties wish to rely on a certain principle of international law as binding obligations, they should endeavour to establish how that principle became binding and how it applies to their case. ». Cette étape soulève cependant plusieurs critiques dans la doctrine. Le professeur René Provost le souligne en ces termes : « Répondant à une tendance observée de longue date, les tribunaux ont adopté une politique du tout ou rien, tranchant de façon manichéenne entre les normes ratifiées qui ont force de loi en droit canadien et celles qui n'ont aucun effet. Or, la normativité en droit interne n'est pas binaire mais bien protéiforme. Chaque acte de l'État, officiel de par sa nature même, constitue un fait juridique qui produit des effets que doivent reconnaître les tribunaux. » R. PROVOST, *op. cit.*, note 17, p. 581-582. Pour Karen Knop, la force obligatoire ou la réception en droit interne ne serait pas pertinente puisque le droit international pourrait être utilisé à titre de droit comparé, en tant que valeurs, circulant autant à l'horizontal qu'à la verticale dans le droit national et international. Voir K. KNOP, *loc. cit.*, note 130, p. 9 à 13 du texte français.

Selon René Provost, la pénétration de la norme internationale dans le régime juridique canadien doit être variable :

Comme on l'a suggéré plus tôt, la normativité juridique est au contraire un concept fluide, variable, autant dans sa déclinaison internationale qu'interne. Le juge doit donc manipuler des normes de droit international à la normativité variable.¹⁴²

Le juge doit donc vérifier si la norme internationale a été incorporée en droit interne. Lorsque cette norme n'est pas incorporée de façon expresse, les tribunaux devraient faire tous les efforts possibles pour interpréter le droit canadien et québécois de manière à se conformer aux obligations du Canada¹⁴³.

Ce constat est renforcé par le fait que l'État serait toujours libre de légiférer de façon à déroger aux dispositions d'un traité qu'il a par ailleurs ratifié. Ainsi, à moins que la législation prévoit expressément le contraire, les tribunaux doivent présumer que le Canada légifère en conformité avec les principes juridiques internationaux. Cette présomption permettrait aux tribunaux, comme le note la juge Marie Deschamps, « de prendre en considération un vaste éventail de sources du droit international pour interpréter le droit canadien »¹⁴⁴.

De manière générale, à l'exception de la Cour suprême du Canada, les tribunaux se réfèrent peu aux textes internationaux de droits de la personne¹⁴⁵, à moins qu'ils ne soient invoqués devant le juge¹⁴⁶. Le professeur Schabas note que le Tribunal des droits de la

142. R. PROVOST, *op. cit.*, note 17, p. 584 : « Certaines sont pleinement obligatoires pour le Canada dans le régime juridique international, par exemple les obligations découlant d'un traité ratifié ou de la coutume. D'autres jouissent d'une force obligatoire atténuée et répondent de ce fait au nom de soft law. Les dernières, enfin n'ont pas de force obligatoire, comme les traités non ratifiés. »

143. J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 17, p. 41 du texte français.

144. Marie DESCHAMPS, « L'interaction du droit international et du droit interne : perspective canadienne », Jugements transfrontaliers : Les juges canadiens et le droit international, Victoria, 7 avril 2005, à la p. 12. Voir aussi J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 17, p. 35 du texte français.

145. W.A. SCHABAS, *op. cit.*, note 115, p. 254.

146. Un bel exemple d'exposé du droit international se retrouve dans le Renvoi de la Cour d'appel du Québec sur la *Loi sur les jeunes contrevenants* (Décret du Gouvernement du Québec concernant le renvoi relatif au projet de loi C-7 sur le système de justice pénales pour les adolescents (numéro 1021-2001)) : *Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2003] R.J.Q. 1118 (C.A.).

personne serait l'une des instances judiciaires qui utilisent le plus les normes internationales¹⁴⁷.

Les décisions rendues par le Tribunal des droits de la personne réfèrent aux normes internationales afin d'éclairer l'interprétation de la Charte québécoise ou la prise en compte du contexte social dans l'analyse du droit à l'égalité. L'absence de caractère contraignant ne devrait pas faire obstacle à la prise en compte des valeurs, des objectifs et des standards des normes internationales¹⁴⁸. De la toute première décision du Tribunal en 1991¹⁴⁹, en matière d'intégration scolaire, jusqu'à la décision *Commission scolaire des Phares*¹⁵⁰, rendue en 2004, l'utilisation des normes internationales s'est développée, enrichie et raffinée. Mais le recours à ces normes reste à parfaire, notamment lorsqu'il s'agit de mesurer comment et jusqu'à quel degré ces normes peuvent influencer sur le processus décisionnel lui-même.

Il est juste de dire que le Tribunal des droits de la personne a démontré depuis sa création un souci constant d'assurer une formation aux juges et aux assesseurs dans ce domaine. D'ailleurs les *Orientations générales*, adoptées par le Tribunal en 2001, énoncent expressément que les textes internationaux « font partie du contexte d'énonciation de la Charte et qu'ils en ont inspiré le contenu ». Ces *Orientations générales* prévoient aussi, pour tous les membres du Tribunal, des sessions spéciales de formation sur le droit international et étranger¹⁵¹. À ce titre, les principes reconnus par le droit international sont étudiés en tant que sources interprétatives¹⁵². Cette

147. W.A. SCHABAS, *op. cit.*, note 115, p. 254. Voir aussi dans Daniel TURP, « Le droit international des droits fondamentaux et le Tribunal des droits de la personne : le point de continuité et d'audace », dans *Colligé des textes des conférences du Sommet des 7, 8 et 9 novembre 2001 du Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Tribunal des droits de la personne, 2001, p. 1 et 2 : « Pour l'année 2001, des treize décisions canadiennes ayant eu recours au droit international, cinq d'entre elles émanent du Tribunal des droits de la personne ».

148. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gagné*, [2003] R.J.Q. 647 (T.D.P.Q.), J.E. 2003-274, en matière d'exploitation de personnes âgées ; *Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie*, [1992] R.J.Q. 825 (T.D.P.Q.), D.T.E. 92T-331, (1994) C.H.R.R. D/18, en matière de sexualisation des postes.

149. *Commission des droits de la personne c. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu*, [1991] 3003, 3024-3028 (T.D.P.Q.).

150. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*, [2005] R.J.Q. 309 (j. Rivet) (permission d'en appeler accordée par la Cour d'appel du Québec, juge Benoît Morin le 19 janvier 2005).

151. Voir l'article 1.4 des *Orientations générales*, précitées, note 5.

152. *Ibid.*, art. 2.1.

approche contribue à assurer, dans une certaine mesure, le rayonnement du Tribunal dans la sphère internationale. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations-Unies, dans ses observations finales¹⁵³ sur le troisième rapport périodique de Canada, note d'ailleurs avec satisfaction la prise en considération du *Pacte* pour interpréter la « Charte des droits du Québec ».

3.3 La participation du juge national à l'élaboration de la norme internationale

Par ailleurs, le juge national participe aussi à l'élaboration du droit international¹⁵⁴ lorsqu'il décide d'interpréter certaines dispositions du droit interne de façon plus généreuse que ne le fait le droit international. Ainsi, le droit international ne doit pas servir à restreindre la portée de certains droits au niveau interne.

Il est intéressant de remarquer que la Cour suprême, à la majorité, dans l'arrêt *Sauvé* n'a donné aucun poids au droit comparé ni aux normes internationales, qui en l'occurrence ne confirmaient pas le résultat de son analyse fondée sur l'article premier de la Charte canadienne lors de la pondération des intérêts en cause : « Que les démocraties autoproclamées n'adhèrent pas toutes à cette conclusion renseigne peu sur ce que permet la vision canadienne de la démocratie consacrée dans la *Charte*. »¹⁵⁵

153. Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Canada 10/12/98. E/C. 12/1/Add.31, 10 décembre 1998.

154. Le juge sera donc amené à dialoguer avec les pouvoirs exécutif et législatif et même avec les instances internationales ou la magistrature d'autres États. À ce titre, le recours à ces normes permettrait un nouveau genre de dialogue tant avec les organes de surveillances internationales que les juges nationaux étrangers. Cependant, comme le mentionne René Provost, le recours aux normes internationales par le juge national amène un dialogue tout à fait distinct : « [...] Ce dialogue se démarque par deux éléments particuliers dans le discours judiciaire, soit l'importance accordée au consentement du Canada à la norme internationale et le rôle de l'exécutif dans la ratification des traités. On qualifiera ici d'interne ce dialogue, en ce qu'il prend place entre acteurs nationaux, par opposition à un dialogue externe entre acteurs canadiens et étrangers[...] ». R. PROVOST, *op. cit.*, note 17, p. 575.

155. *Sauvé c. Canada*, précité, note 25, par. 41 (le juge en chef McLachlin). Contrairement à la minorité qui s'était notamment appuyée sur la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'Homme ainsi que sur les normes internationales pour conclure que la restriction au droit de vote était raisonnable. Voir plus particulièrement aux paragraphes 133 et 134 de la décision : « L'article 25 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (« *PIRD* ») dispose que tout citoyen doit avoir « le droit et la possibilité » de voter « sans restrictions déraisonnables » [...] D'après les différentes solutions qui sont retenues

Une année auparavant, dans l'arrêt *Burns*¹⁵⁶, la Cour suprême du Canada donne le meilleur exemple de l'influence des juges canadiens sur la scène internationale. En renversant sa jurisprudence d'il y a dix ans¹⁵⁷ et, concluant qu'on ne peut au Canada, sauf circonstances exceptionnelles¹⁵⁸, procéder à l'extradition de fugitifs dans un pays où la peine de mort pourrait leur être appliquée, la Cour prenait en compte la tendance internationale¹⁵⁹ en faveur de l'abolition de la peine de mort et les initiatives du Canada à l'échelle internationale : « L'existence d'une tendance internationale favorable à l'abolition de la peine de mort est utile pour apprécier nos valeurs par rapport à celles d'États comparables au Canada. Cette tendance étaye certaines conclusions pertinentes »¹⁶⁰.

dans les provinces canadiennes et à l'étranger et que reflètent les instruments internationaux, il est clair que, théoriquement, il n'y a pas qu'un seul moyen de résoudre le problème qui se pose en l'espèce. Le survol fait ressortir toute une gamme de dosages raisonnables et rationnels parmi lesquels la position canadienne paraît très modérée. » (j. Gonthier, dissident).

156. *États-Unis c. Burns (Ministère de la Justice)*, [2001] 1 R.C.S. 283.

157. *Kindler c. Canada*, précité, note 140.

158. Celles-ci n'ayant pas été rencontrées en l'espèce, ni définies par ailleurs.

159. Bien que la référence à la *tendance* internationale en faveur de l'abolition de la peine de mort soit au point de vue « normatif » beaucoup moins percutante et persuasive qu'une *norme impérative* telle l'interdiction de la torture (voir l'analyse de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 62-65), la Cour suprême accordera un grand poids aux arguments persuasifs issus de la sphère internationale dans l'arrêt *Burns*, alors qu'elle ne donnera que très peu d'influence, aux normes internationales dans l'arrêt *Suresh*, où il était question de protection contre la torture dans le cadre de l'expulsion d'un réfugié. Tout en précisant que le Canada ne soit pas lié par des normes internationales non incorporées en droit interne, la Cour, dans *Suresh*, procède à une longue analyse du droit international. Cependant, la Cour n'exclut pas que dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée. D'autre part, le Canada a admis devant le Comité contre la Torture, qui entendait à Genève au début du mois de mai 2005 les représentants d'une dizaine de pays, qu'une de ses lois (*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27) permet d'expulser des personnes jugées dangereuses même si elles risquent d'être torturées, contrevenant ainsi à la Convention contre la torture des Nations Unies, ratifiée par le Canada. Le Comité, tout en remerciant le Canada pour son honnêteté, précisait toutefois qu'une telle position exposait le Canada à un blâme de la part du Comité. Voir *La Presse* du 5 mai 2005, A-19, par Laura-Julie Perreault.

160. *États-Unis c. Burns (Ministère de la Justice)*, précité, note 156, par. 91. Voir aussi au par. 84 : « Les résolutions 1999/61 (adoptée le 28 avril 1999) et 2000/65 (adoptée le 27 avril 2000) de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies engagent à l'abolition de la peine de mort, mais en ce qui concerne l'extradition elles précisent que la Commission :[p]rie les États qui ont reçu une demande d'extradition concernant une personne qui encourt la peine de mort de se réserver explicitement le droit de refuser l'extradition s'ils ne reçoivent pas des autorités compétentes de l'État demandeur des assurances concrètes que

L'arrêt *Burns* s'inscrit en ce sens dans une parfaite logique, épousant de façon créative la rhétorique judiciaire à l'effet que les valeurs issues de la sphère internationale¹⁶¹ puissent être valablement intégrées dans l'analyse du droit interne même en l'absence d'incorporation formelle législative. Cette décision de la Cour suprême du Canada a certainement contribué et ajouté au développement de la coutume internationale relativement au mouvement pour l'abolition de la peine de mort.

Quelque deux ans plus tard, le Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies¹⁶² renversait sa propre jurisprudence¹⁶³ en matière d'extradition et de peine de mort dans ses constatations sur une communication venant du Canada. Sans aucun doute la décision canadienne aura-t-elle influencé les membres du Comité des droits de l'Homme¹⁶⁴, puisque le Comité harmonisait en quelque sorte sa jurisprudence à celle du Canada. Ainsi le juge national participera-t-il à

la peine capitale ne sera pas appliquée. Le Canada a appuyé ces initiatives. Lorsque l'on tient compte de ces initiatives et du fait que le Canada préconise, à l'échelle internationale, l'abolition de la peine de mort elle-même, comme on le verra plus loin, il est difficile de faire autrement que de conclure que, selon la vision canadienne de la justice fondamentale, la peine capitale est injuste et devrait être abolie. »

161. Voir les commentaires de René Provost à ce sujet dans : R. PROVOST, *op. cit.*, note 17, p. 577 : « Un examen des rares affaires dans lesquelles les tribunaux canadiens ont manipulé les normes coutumières internationales suggère une autre piste. En effet, on constate dans les décisions de la Cour suprême dans *Rafay & Burns* et *Spraytech* que la Cour attache une importance particulière à la position déclarée du Canada face à ces normes que l'on dit coutumières. Ainsi dans *Rafay & Burns*, on trouve réconfort dans le fait que le Canada a soutenu de manière constante depuis plusieurs années le mouvement visant à l'abolition de la peine de mort en droit international. »

162. *Judge c. Canada*, 20 octobre 2003, CCPR/C/78/D/829/1998.

163. *Kindler c. Canada*, 18 novembre 1993, CCPR/C/48/D/470/1991.

164. L'arrêt *États-Unis c. Burns (Ministère de la Justice)*, précité, note 156, était mentionné dans les Constatations du Comité des droits de l'Homme. Voir au paragraphe 10.3 de la décision sur le mérite : « Le Comité note un fait important, à savoir que depuis l'affaire *Kindler*, l'État partie lui-même a reconnu la nécessité de modifier sa propre loi interne de façon à garantir la protection des personnes qu'il extrade et qui sont sous le coup d'une condamnation à mort dans l'État requérant, avec la décision dans l'affaire *United States c. Burns*. Dans cette affaire la Cour suprême du Canada a statué que le Gouvernement était tenu de demander des assurances, dans tous les cas sauf circonstances rigoureusement exceptionnelles, que la peine capitale ne serait pas appliquée, avant d'extrader un individu dans un État où il risque la peine capitale. Il est important de relever que selon les termes de cet arrêt « les autres pays abolitionnistes ne procèdent pas, en général, à l'extradition sans obtenir de garanties ». *Le Comité estime que le Pacte devrait être interprété comme un instrument vivant et que les droits qu'il protège devraient être appliqués dans le contexte et à la lumière de la situation d'aujourd'hui.* » (ce dernier italique est de nous).

l'arrimage du droit interne et du droit international par un échange perméable¹⁶⁵.

Il ne faudrait pas oublier que c'est par le développement international des droits de la personne que la plupart des pays sont redevables de ces mêmes protections dans leur droit interne. Ces pays se doivent donc à leur tour de faire rayonner leurs acquis en ce domaine, là où de grandes lacunes restent encore à combler.

Enfin, notons que le Canada a prouvé ses convictions par son adhésion à plusieurs instruments internationaux visant la protection du droit à la vie, de la dignité humaine et du droit à l'égalité. La participation du Canada, par le biais de son institution judiciaire, témoigne de ses valeurs sociales et comme le notent les auteurs Toope et Brunnée :

En effet, le rôle de la magistrature est particulièrement important parce que *les tribunaux nationaux exercent une influence tant sur l'évolution du droit national que sur celle du droit international*. Plus particulièrement dans le contexte du droit coutumier international, *ces tribunaux ajoutent continuellement à l'édifice du droit international*. Il est particulièrement important que les tribunaux canadiens distinguent avec soin les différentes pierres de ce droit qui forment une architecture solide et résistante.¹⁶⁶ (Nos italiques)

Les juges québécois et canadiens, forts de leurs systèmes de protection des droits fondamentaux, ont souvent participé au développement d'une meilleure protection dans les pays en transition. Ainsi, dans un projet instauré sous l'égide de la Commission internationale de juristes¹⁶⁷, une centaine de juges québécois et canadiens ont au

165. Il est très intéressant de constater qu'un des membres du Comité des droits de l'Homme a mentionné, dans un article récent, que les *opinions dissidentes* du Comité des droits de l'Homme, qui avaient constamment rejeté la possibilité d'extrader en contexte de peine de mort, ont eu « une certaine influence sur les juges de la Cour suprême du Canada qui ont effectué un revirement de jurisprudence dans ce domaine ». Ceci est une illustration bien concrète du dialogue qui peut s'installer entre les instances internationales et nationales. Voir : Christine CHANET, « La peine de mort et le Pacte international sur les droits civils et politiques », Liberté, justice, tolérance, dans *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, 393, 402.

166. J. BRUNNÉE et S. J. TOOPE, *loc. cit.*, note 17, p. 9 du texte français.

167. Section canadienne de la Commission internationale de juristes, *Projet d'appui à l'indépendance et l'impartialité de la magistrature dans les pays du Sud-Est*

cours des cinq dernières années apporté soutien et formation aux juges des pays des nouvelles démocraties dans la région des Balkans, sans toutefois leur imposer un modèle. Bien que l'objectif premier soit l'aide internationale, le rayonnement du Québec et du Canada en matière de protection des droits de la personne favorise sa participation à l'épanouissement international en ce domaine.

CONCLUSION

En tant qu'arbitre de valeurs dans une société en perpétuelle mouvance, le juge, dans sa modernité, à l'image du Dieu Hercule, tel que le décrit Dworkin, assume sa fonction créatrice au fur et à mesure du développement de l'histoire. Contrairement à l'image du dieu Hermès, neutre et rigide, soumis aux contingences du texte et de l'intention du rédacteur, le dieu Hercule interprète les droits fondamentaux en constant équilibre tout à la fois fluide et stable ; s'il est le gardien des traditions, il est aussi l'interprète des valeurs sociales en constante évolution. Il assure non seulement l'établissement d'un dialogue avec les pouvoirs législatifs et exécutifs nationaux, mais en tant que citoyen du monde, il prend conscience de sa dimension internationale, il se définit en établissant un dialogue dont l'écho dépasse ses frontières.

adriatique. Projet financé par l'Agence canadienne de développement international (ACDI). Les résultats de ce projet, qui s'est déroulé de 1999 à 2004, ont fait l'objet de deux publications : « Independence and Impartiality of the Croatian Judiciary », International Commission of Jurists (Canadian Section) and Croatian Helsinki Committee for Human Rights Croatian Law Center, Zagreb, Profil, 2002 ; « Court Efficiency and Alternative Dispute Resolution », International Commission of Jurists (Canadian Section), Center for Democracy Foundation, Canadian International Development Agency, Belgrade, CDF, 2004.