Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 39 – Numéro 1-2

Année : 2008-2009

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11542>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11542>

Page vide laissée intentionnellement.

RÉTROSPECTIVE ET PROSPECTIVE SUR LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF	1
Par Yves-Marie MORISSETTE	
LES AMBIGUÏTÉS DU PROCESSUS DISCIPLINAIRE APPLICABLE AUX JUGES DE NOMINATION FÉDÉRALE.....	71
Par Luc HUPPÉ	
LA MODIFICATION PAR CONVENTION CONSTITUTIONNELLE DU MODE DE DÉSIGNATION DES SÉNATEURS CANADIENS	115
Par José WOEHLING	
L'ÉVOLUTION DU MODE DE SCRUTIN DANS LES COLONIES ET LES PROVINCES DE L'AMÉRIQUE DU NORD BRITANNIQUE, DE 1758 À NOS JOURS	153
Par Michel MORIN	
LES CONFLITS DE COMPÉTENCE ENTRE TRIBUNAUX SPÉCIALISÉS : UNE QUESTION DE TEXTES OU DE CONTEXTES?.....	223
Par Christian BRUNELLE Mélanie SAMSON	
ANALYSE DE LA VALIDITÉ DES RÈGLEMENTS MUNICIPAUX SUR LES BANDES RIVERAINES	261
Par Catherine CHOQUETTE Avec la collaboration de Anne-Marie ROBICHAUD Anne PAILLART Marie-Pier GOYETTE NOËL	
LA VOIX DU CITOYEN PRÉOCCUPÉ PAR LES OGM PEUT-ELLE TROUVER ÉCHO AU SEIN DES INSTITUTIONS? LES DÉBATS PUBLICS COMME MÉCANISME DE PARTICIPATION CITOYENNE.....	329
Par Carolina MONARDES Thérèse LEROUX	
L'AFFAIRE DES SPÉLÉOLOGUES DEVANT LA COUR SUPRÊME DE NEWGARTH, 4300 ...	389
Par François CHEVRETTE	
APPROCHE COMPARATIVE DU RÈGLEMENT DES CONFLITS ARMÉS AU MOYEN-ORIENT (GAZA ET LIBAN) : À QUELLES CONDITIONS RETROUVER LA STABILITÉ?	429
Par Fady FADEL	
PROJET DE CONVENTION RELATIVE AU STATUT INTERNATIONAL DES DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX	451
LIBERTÉ DE RELIGION OU ÉGALITÉ ENTRE LES SEXES? LA COUR SUPRÊME DU CANADA SE PRONONCE SUR UN CAS DE DIVORCE	507
Par Francesca ASTENGO	

UNE POSSIBLE HISTOIRE DE LA NORME : LES NORMATIVITÉS ÉMERGENTES DE LA MONDIALISATION.....	531
Par Geneviève DUFOUR	
ÉQUITÉ DU JUGE ET TERRITOIRES DU DROIT PRIVÉ.....	539
Par Gaëlle GIDROL-MISTRAL	

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : RÉTROSPECTIVE ET PROSPECTIVE SUR LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Auteur(s) : Yves-Marie MORISSETTE

Revue : *RDUS*, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : 1-69

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11537>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11537>

Page vide laissée intentionnellement.

RÉTROSPECTIVE ET PROSPECTIVE SUR LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

par Yves-Marie MORISSETTE*

L'auteur offre une synthèse critique de l'évolution du contentieux administratif en droit canadien au cours de quarante dernières années et il s'interroge sur les facteurs susceptibles d'en changer la teneur à l'avenir. Il identifie les avancées qui lui paraissent avoir été les plus importantes et les plus fécondes à la fin du XX^e siècle, dont l'émergence du pluralisme interprétatif, et il soutient que l'apport tout à fait innovateur d'un grand arrêt de la Cour suprême du Canada en 1978 n'a pas été exploité par les juristes autant qu'il méritait de l'être. Cela explique, selon lui, le développement par moment chaotique de la jurisprudence en matière de contrôle judiciaire. Il examine ensuite les tendances sociétales actuelles qui transforment la nature de l'action gouvernementale, ainsi que les réaménagements récents, institutionnels et autres, en droit public canadien et plus spécifiquement québécois.

Focusing on the judicial review of administrative action in Canadian law, the writer offers a critical account of its evolution over the last forty years and considers those developments which may alter its course in a foreseeable future. He lists what were in his view the most significant and fertile changes in the latter part of the XXth century, insisting on the emergence of interpretive pluralism. In the writer's opinion, a major innovation brought in by a leading case of the Supreme Court of Canada in 1978 has not received from the legal profession the full measure of attention it merits; this neglect would account for the sometimes chaotic state of the jurisprudence on judicial review. The writer then turns his attention to current societal trends and their impact on governmental action. Recent institutional and substantive changes may also reconfigure public law in Canada and, more specifically, in Quebec.

*. Juge à la Cour d'appel du Québec. Cet article est basé sur une conférence dont une première version avait été prononcée le 24 mai 2005 devant les juges de la Chambre administrative de la Cour supérieure, district de Montréal. Une version substantiellement remaniée fut prononcée le 3 septembre 2008 au colloque de droit administratif organisé par l'Institut canadien de la magistrature pour la Cour d'appel fédérale. Il va de soi que les points de vue exprimés ici n'engagent que l'auteur.

SOMMAIRE

Introduction	3
I. Qu'y a-t-il à tirer du passé?	5
A. Une vision de l'ancien régime et de ce qui lui a succédé	5
B. L'arrêt <i>SCFP</i> et l'avènement du pluralisme interprétatif en droit administratif	14
C. Les suites lointaines de l'arrêt <i>SCFP</i>	35
II. Que nous réserve l'avenir?	43
A. L'horizon externe	44
i. La transformation du rapport entre l'économie et le politique	45
ii. La mondialisation de l'économie et des crises économiques	49
iii. Les attentes et les inquiétudes sécuritaires	53
iv. Les formes nouvelles de contrôle de l'action gouvernementale	54
B. L'horizon interne	55
i. Les chartes, les tribunaux administratifs et le pluralisme interprétatif	55
ii. Le TAQ et la Cour du Québec	57
iii. La médiation, la conciliation et le pluralisme interprétatif	58
Conclusion	60
Annexe	62

Introduction

Trois remarques préliminaires me paraissent indiquées avant d'attaquer le vif du sujet.

D'abord, comme tous les juges à qui il arrive d'exercer une compétence en révision judiciaire, je suis fréquemment happé par des dossiers de droit administratif qui partagent une même caractéristique, celle d'être intensément techniques. Le contentieux administratif n'existe pas dans l'éther, il survient dans un contexte toujours précis et souvent compliqué.

Dans mon milieu professionnel, la révision judiciaire, c'est par exemple la révision d'une sentence arbitrale qui traite de l'utilisation du surplus actuariel d'un fonds de pension, la révision d'une décision de la Commission des lésions professionnelles dans un dossier touffu, et souvent fort long de rechute récidive ou aggravation, c'est la révision d'un jugement du Tribunal des droits de la personne sur une question complexe et polymorphe d'équité salariale dans une université, etc. En fait de complexité, de diversité et de grande technicité des lois et du droit, les compétences en révision judiciaire des cours supérieures provinciales et de la Cour fédérale sont également bien pourvues.

À cause de ce facteur, un juge a parfois le sentiment d'être contraint, pour paraphraser l'expression anglaise, de ne voir que l'arbre, ou qu'une parcelle de l'écorce de l'arbre, ou de la brindille, rarement le bosquet et jamais la forêt – bref, d'avoir en permanence le nez rivé sur sa copie, de toujours devoir travailler avec un microscope.

Dans un tel contexte, la lecture « en auditeur libre » des arrêts de la Cour suprême du Canada est un luxe que l'on peut rarement se permettre. Presque toujours, nous devons chercher dans ces arrêts une réponse aussi claire que possible à la question étroitement circonscrite que soulève le cas à résoudre. Et les arrêts de la Cour suprême ont de grands mérites, mais rarement celui d'être concis. Il m'a semblé préférable de profiter ici du fait

que je pouvais prendre un peu de recul, d'élargir la perspective, de relire la jurisprudence pour y trouver un sens général plutôt qu'une solution particulière. Travaillant avec un théodolite d'arpenteur plutôt qu'avec une loupe d'horloger, j'ai cherché un point en surplomb, d'où l'on peut admirer toute la forêt, et je vais essayer de décrire le coup d'œil.

Bref, et c'est ma première remarque liminaire, j'ai tenté de faire un travail de synthèse plutôt qu'un exercice d'exégèse serrée de la jurisprudence récente. Je vais bien entendu traiter de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*¹, mais à mon avis tout ne se trouve pas dans cet arrêt, loin de là. Ce qui frappe surtout à son sujet, c'est ce qu'il laisse en plan plutôt que ce qu'il résout, et la source de notre incertitude demeure.

Ensuite, dans la seconde partie de mon exposé, je dirai quelque chose des tendances qui semblent se profiler à l'horizon du droit administratif, mais ce n'est pas sur cet aspect des choses que je veux insister.

Autrement dit, le passé est à mon avis beaucoup plus intéressant et prégnant que l'avenir. Nous avons une bien meilleure prise sur le passé, puisqu'il est déjà là, que sur l'avenir, dont nous savons encore peu de choses. Et surtout, pour bien comprendre ce qui nous attend, il faut mesurer le chemin parcouru jusqu'ici et saisir en quoi les orientations de fond qui ont été prises en droit administratif au cours du dernier quart de siècle ont provoqué une mutation dans la discipline.

Finalement, je vais réitérer une idée que j'avais avancée dans une conférence donnée en 2005, soit l'idée qu'une révolution s'est produite en droit administratif canadien il y a à peu près un quart de siècle – d'où le titre que j'avais alors donné à ma conférence : «Le contentieux administratif vingt-cinq ans après la Révolution». Et je vais soutenir que les nombreuses difficultés d'application que nous posent encore aujourd'hui les règles

1. [2008] 1 R.C.S. 190 [*Dunsmuir*].

d'intervention en matière de contrôle judiciaire tiennent au fait que nous n'avons pas pleinement exploité tout ce qui découlait logiquement de cette révolution.

Ce sera ma thèse.

En clair, je pense que nous n'avons pas été à la hauteur de l'héritage que nous avait laissé le juge Dickson dans un arrêt fondamental de 1979, et qu'il en résulte aujourd'hui en droit administratif un déficit analytique à la source de la plupart de nos difficultés. Le lamento lancinant de l'administrativiste s'explique par là. Si nous voulons surmonter ces difficultés, il nous faut reprendre le fil de l'analyse et nous demander en quoi celle-ci est susceptible de nous éclairer à l'avenir.

I. Qu'y a-t-il à tirer du passé?

A. Une vision de l'ancien régime et de ce qui lui a succédé

Je ne surprendrai personne en disant qu'en droit administratif comme dans plusieurs autres champs du droit, il y a des périodes ou des époques, caractérisées par un mode de pensée, une certaine façon de faire les choses, et jalonnées par des arrêts marquants qui, justement, fournissent les principaux points de repère jurisprudentiels de l'époque, et permettent d'en fixer approximativement la durée. Ces arrêts paraissent lourdement chargés de sens pendant un certain temps, puis lorsque la période s'achève, leur signification s'estompe et peu à peu ils perdent leur intérêt.

Pour ma part, c'est en septembre 1971 que j'ai fait connaissance, si je puis dire, avec le droit administratif. Les arrêts dont on faisait grand cas à cette époque-là étaient pour la plupart des arrêts dont on n'entend presque jamais le nom aujourd'hui. Il y avait, c'est vrai, au tout premier plan, *Roncarelli c. Duplessis*², qui aujourd'hui fait surtout figure de curiosité historique. Mais les

2. [1959] R.C.S. 121.

autres «grands arrêts» de l'époque, *Port Arthur Shipbuilding Co. c. Arthurs*³, *Ridge v. Baldwin*⁴, *Guay c. Lafleur*⁵, *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*⁶, *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*⁷, *Padfield v. Minister of Agriculture*⁸, *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*⁹, *Nakkuda Ali v. Jayaratne*¹⁰ et *Vic Restaurant c. City of Montreal*¹¹, sont plus ou moins tombés dans l'oubli de nos jours. René Dussault avait bien publié, sous forme de monographie, sa thèse de doctorat sur le contrôle judiciaire¹², mais il n'avait pas encore publié son traité, qui ne paraîtra que trois ans plus tard¹³ en même temps que le *Précis de contentieux administratif* de Gilles Pépin et d'Yves Ouellette¹⁴. Les ouvrages de Garant et de Pierre et Denis Lemieux n'existaient pas encore.

Bref, le paysage intellectuel était fort différent de ce que l'on connaît maintenant, la jurisprudence anglaise se voyait reconnaître une autorité, un magistère même, qu'elle a incontestablement perdus depuis, et les administrativistes sérieux piochaient tous leur sujet avec l'aide des grands ouvrages anglais de l'époque, soit principalement celui de Stanley Alexander de Smith¹⁵ et celui de Henry William Rawson Wade¹⁶.

3. [1969] R.C.S. 85.

4. [1964] A.C. 40.

5. [1965] R.C.S. 12.

6. [1959] R.C.S. 24.

7. [1969] R.C.S. 607.

8. [1968] A.C. 997.

9. [1969] 2 A.C. 147 [*Anisminic*].

10. [1951] A.C. 66.

11. [1959] R.C.S. 58.

12. René Dussault, *Le contrôle judiciaire de l'administration au Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1969.

13. René Dussault, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974.

14. Gilles Pépin et Yves Ouellette, *Précis de contentieux administratif*, Montréal, Thémis, 1974.

15. Stanley Alexander de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 2^e éd., Londres, Stevens, 1968.

16. Henry William Rawson Wade, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

Pourtant, quelques années plus tard commencerait une courte période – je doute qu'on puisse en arrêter avec précision le début et la fin, mais elle pivote autour de l'année 1980 – qui allait s'avérer extrêmement féconde pour le droit administratif au Canada. Au cours de cette période, (i) le droit canadien cessera pour de bon d'être à la remorque du droit anglais, (ii) le formalisme étroit qui caractérisait la pratique des brefs de prérogatives en *common law* sera définitivement mis au rancart (iii) et ce même formalisme qui déteignait abondamment sur les règles de fond fera place à un réalisme et un pragmatisme fort semblable à celui du droit américain, (iv) on assistera à un grand effort d'assainissement et de simplification du discours en droit administratif, et (v) la Cour suprême du Canada transformera de façon radicale la conception dominante de l'interprétation en droit public (ou, peut-être plus spécifiquement, en droit *administratif* au sens étroit du terme – ce qui laisse notamment de côté une part importante du droit constitutionnel). C'est ce dernier apport, en particulier, qui est selon moi révolutionnaire, et j'approfondirai cet aspect des choses plus loin. Entre-temps, les publications savantes en droit administratif, que ce soit sous forme de traités, de monographies, de revues spécialisées ou d'articles, se multipliaient. Les travaux de réflexion théorique ne cessaient de s'enrichir dans un domaine qui, jusqu'à la fin des années soixante, avait été la chasse gardée des praticiens et, surtout, du Barreau de robe.

Je ne veux pas insister sur chacun de ces points, mais avant de m'arrêter au cinquième, qui est le plus important, il me faut tout de même en dire un peu plus pour ancrer mes affirmations dans la jurisprudence.

- i. Déclin de l'influence anglaise. Que le droit canadien se soit peu à peu soustrait à l'influence anglaise me semble une évidence, aussi bien en raison de la croissance rapide d'une production doctrinale locale qui vient supplanter les auteurs anglais (est-ce une cause ou un effet?), qu'en raison de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur laquelle la jurisprudence canadienne en droit public doit

sans cesse tabler à compter de 1982. Plusieurs des points qui suivent illustrent d'ailleurs cette indifférence graduelle à l'endroit du droit anglais. L'attachement culturel demeure – nous ne nous rallierons jamais à la conception française du droit administratif¹⁷, et jamais entièrement non plus à la conception américaine – mais aujourd'hui, c'est à peu près tout ce qui reste.

- ii. Rationalisation des recours. Au cours de la même époque, le formalisme étroit des brefs de prérogative s'atténue puis disparaît, une progression qui s'amorce grâce au *Judicial Review Procedure Act* en Ontario, lequel rend possible l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*¹⁸ et ouvre de ce fait la voie au travail précurseur du juge Dickson dans l'arrêt *Martineau c. Institution de Matsqui (No 2)*¹⁹. La tendance a tôt fait de se confirmer avec l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Inuit Tapirisat*²⁰ (sous la plume du juge Estey) et de s'accélérer avec l'arrêt *Operation Dismantle c. Canada*²¹ (sous la plume du juge Dickson). Parallèlement, le même libéralisme en matière de procédures de redressement atteint le droit

17. Bien qu'au Québec le Tribunal administratif du Québec (TAQ) puisse se concevoir comme une espèce de Conseil d'État – et que certains lui souhaitent probablement une consécration de ce genre – nous sommes encore bien loin du compte. Pour des raisons constitutionnelles, à cause de l'unicité des juridictions dans notre droit, et en raison de l'absence de compétence de principe du TAQ dans des domaines clés du droit administratif (par exemple, les relations de travail ou la santé et la sécurité au travail), il ne peut y avoir de commune mesure entre les deux institutions.

18. [1979] 1 R.C.S. 311.

19. [1980] 1 R.C.S. 602. Il n'est pas sans intérêt de rappeler que dans cet arrêt, les motifs des juges Laskin, McIntyre et Dickson, rédigés par ce dernier, étaient minoritaires (sans être dissidents). Je ne crois pas que l'on se souvienne aujourd'hui des motifs de la majorité, rédigés par le juge Pigeon, mais ce n'est certainement pas le cas des motifs du juge Dickson, qui fait ici mentir l'adage hérité de Lord Coke : «Want of right and want of remedy are of a same equipage.»

20. [1980] 2 R.C.S. 735.

21. [1985] 1 R.C.S. 441.

procédural plus spécifiquement québécois²². L'époque où l'on se pénétrait avec félicité ou componction des différences subtiles entre le bref de prohibition, le bref de *mandamus* et le bref de *certiorari* est bel et bien révolue.

- iii. Rationalisation des règles de fond. Or, le *common law* tout entier se ressentait de ce formalisme atavique, y compris les principes de fond. Je ne parlerai pas de l'émergence du devoir d'agir équitablement, que tout le monde connaît. J'en prends pour seul exemple ici l'idée moins connue, mais encore véhiculée en droit canadien à la fin des années 1970, que «le moindre intérêt pécuniaire direct [dans l'issue d'une procédure quasi judiciaire] disqualifie l'agent appelé à prendre une décision»²³. Toute la question de l'impartialité du décideur sera revue et corrigée en droit canadien à partir de l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*²⁴, fera l'objet d'un grand arrêt de synthèse sous la plume du juge Cory dans l'affaire *Newfoundland Telephone c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*²⁵, puis d'une décision qui ouvre encore de nouvelles perspectives, l'arrêt *R. c. R.D.S.*²⁶. Si l'on compare cette jurisprudence avec l'arrêt *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*²⁷, son équivalent anglais le plus récent, on se doit de conclure, à mon sens, que le droit canadien s'est

-
22. On en avait eu un signe avant-coureur avec l'arrêt *Duquette c. Ste-Agathe-des-Monts (Ville de)*, [1977] 2 R.C.S. 1132. Cela se confirme avec un arrêt comme *Vachon c. Québec (Procureur général)*, [1979] 1 R.C.S. 555, et l'on verra par la suite, avec l'importante réforme apportée par la *Loi modifiant le Code de procédure civile, le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1983, c. 28, que le droit québécois est lui aussi emporté par le même mouvement.
23. Gilles Pépin et Yves Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, Cowansville, Yvon Blais, 1979 à la p. 190.
24. [1978] 1 R.C.S. 369.
25. [1992] 1 R.C.S. 623.
26. [1997] 3 R.C.S. 484.
27. [1999] 2 W.L.R. 272 (H.L.). Voir le commentaire qu'en fait la Cour suprême du Canada dans *Wewaykum Indian Band c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, au par. 70.

débarrassé plus rapidement de ce fond de formalisme qui occultait des formes d'apparence de partialité considérablement plus préoccupantes que le simple intérêt pécuniaire, *si minime soit-il*, dans l'issue d'un litige.

- iv. Assainissement du discours en droit public. Lorsque je salue la plus grande transparence et la simplicité accrue du droit jurisprudentiel en matière de contrôle judiciaire, et le travail gigantesque accompli en ce sens pendant la période qui m'intéresse, je veux parler très spécifiquement de l'*intelligibilité* de la jurisprudence. Il me semble que, chaque fois que par un arrêt de principe la jurisprudence s'efforce de mettre les choses au net sur une question quelconque, elle ouvre en friche un espace qui nécessairement va se meubler de nouvelles explications, gloses et distinctions, jusqu'à ce qu'une fois de plus on sente le besoin de donner un grand coup de balai. À mon avis, à l'heure actuelle, en matière de contrôle judiciaire sur le fond, nous traversons une phase de surcharge normative, il y a trop de meubles dans la pièce, et nous approchons du moment où il va falloir brader une partie de l'héritage. Je crois que c'est ce que la Cour suprême du Canada a tenté de faire avec l'arrêt *Dunsmuir*, mais on a tout au plus amorcé le travail, il reste encore beaucoup à faire, la Cour est divisée sur la question et, je regrette de le dire, l'aspect le plus essentiel des choses, que j'aborde plus loin, est presque passé sous silence dans cet arrêt.

Je donne cependant un autre exemple, meilleur à mon avis, pour illustrer ce en quoi la période qui m'intéresse a beaucoup contribué à simplifier – en en dégageant des principes – et à enrichir – en lui redonnant du sens – le discours du droit public.

À compter de la fin de la Deuxième Guerre mondiale, on avait vu se multiplier dans les lois canadiennes des dispositions qu'il est convenu d'appeler des «clauses privatives». Initialement, l'attitude des tribunaux judiciaires

face à ces clauses privatives en avait été une de détachement affable. De toute façon, disait la jurisprudence, ces dispositions ne pouvaient faire obstacle au contrôle judiciaire des excès de compétence; or, comme par hasard, dans beaucoup de cas où l'on invoquait de telles clauses, les tribunaux concluaient à l'excès de compétence²⁸. À mon avis il y avait dans cela, et je suis peiné d'avoir à le dire, une mesure non négligeable d'opacité, voire de rouerie intellectuelle. Aussi le ton, peu à peu, s'est-il mis à monter, le législateur ajoutant ici et là des clauses privatives de plus en plus féroces, jusqu'à ce qu'elles atteignent des dimensions proprement comiques²⁹.

C'est alors qu'est arrivé le célèbre arrêt *Crevier c. Québec (Procureur général)*³⁰, non sans un laborieux coup d'envoi préalable³¹. Au moyen d'une phrase en apparence anodine³², cet arrêt unanime de la Cour suprême a donné un grand coup de balai et, Dieu merci, a purgé le droit prétorien d'une partie du double langage auquel je faisais allusion plus haut³³. Bien entendu, il n'a pas tout réglé : il

28. Pour un exemple précoce mais extrême de cette attitude, voir *Re Lunenburg Sea Products*, [1947] 3 D.L.R. 195 (N.-É. C.A.).

29. Le mot n'est pas trop fort, je crois, pour décrire la clause sur laquelle se penche la Cour suprême, avant de s'avouer vaincue, dans *Woodward Estate (Executors) c. Minister of Finance*, [1973] R.C.S. 120.

30. [1981] 2 R.C.S. 220 [Crevier].

31. Je pense ici à l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, qui lui au contraire avait apporté quelques meubles superflus là où il y en avait déjà trop.

32. Crevier, *supra* note 30 à la p. 236, au par. 22 : «C'est la première fois, il est vrai, que cette Cour déclare sans équivoque qu'un tribunal créé par une loi provinciale ne peut être constitutionnellement à l'abri du contrôle de ses décisions sur des questions de compétence.»

33. Il peut sembler paradoxal de donner comme exemple de l'«assainissement du discours» l'arrêt Crevier, *supra* note 30, dont l'effet véritable est (1) de désigner une chasse gardée de questions (dites «juridictionnelles») dont on sera désormais empêché de dessaisir la Cour supérieure pour des raisons constitutionnelles, et (2) de «circonscrire» cette chasse gardée au moyen d'une distinction (entre ce qui est juridictionnel et ce qui ne l'est pas) qui en réalité n'en est pas une. Autrement dit, je vante les mérites de l'assainissement du discours mais du même coup j'en donne comme

repose, assez malencontreusement, sur la distinction on ne peut plus spongieuse entre les questions de compétence et celles qui ne le sont pas, et il ne résout pas grand chose, sinon rien du tout, en ce qui concerne la validité des clauses privatives dans les lois fédérales³⁴. Mais il a entrepris un ménage qui se faisait attendre depuis longtemps.

- v. Reconnaissance du pluralisme interprétatif. J'en viens à l'élément le plus révolutionnaire de l'ensemble, l'arrêt qui a marqué un changement de cap entre une époque et une autre : *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick (SCFP)*³⁵. Comme j'ai l'intention d'en traiter assez en profondeur, je vais me contenter à ce stade et en complétant mon énumération d'avancer l'idée que cet arrêt porte en lui une conception et une représentation radicalement différentes de ce qu'est l'interprétation juridique, et donc du rôle de l'interprète en droit. Cette conception est pragmatique et réaliste plutôt que formaliste, elle est facilement intelligible, en accord avec une conception actuelle du sens que véhiculent les langues

exemple un arrêt qui rejudiciarise d'un trait toutes sortes de questions sur lesquelles il eût été préférable de laisser le dernier mot aux tribunaux administratifs. Cette critique est justifiée jusqu'à un certain point, mais moins qu'il n'y paraît à première vue. Tout d'abord, *Crevier* ne rejudiciarise rien du tout. En «interprétant» systématiquement les clauses privatives de manière à les neutraliser, ce qui est exactement la rouerie intellectuelle que je dénonce ici, on accomplissait déjà cette rejudiciarisation intempestive. En faisant ce commentaire sur l'arrêt *Crevier*, je veux uniquement signaler que cet arrêt, pour la première fois depuis fort longtemps, fait des clauses privatives une lecture honnête, directe et à la portée du commun des mortels : les clauses privatives accomplissent ce qu'elles se donnent pour objectif de faire, y compris sur les questions «juridictionnelles», ce qui explique qu'il faille parfois y voir une atteinte aux pouvoirs inhérents des cours supérieures.

34. La solution de cette question se profile peut-être en filigrane dans l'arrêt *MacMillan Bloedel c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725.

35. [1979] 2 R.C.S. 227 [SCFP].

naturelles³⁶, et si nous en avons mesuré toutes les implications, nous ne ferions pas face aujourd'hui aux difficultés que nous connaissons en matière de contentieux administratif. Je ne dis pas que tout serait résolu à la satisfaction de tout le monde, mais nous n'aurions pas le sentiment d'avancer de nuit, à tâtons, sur une route tortueuse, en plein brouillard.

Il n'est pas certain que le juge Dickson mesurait pleinement toute la portée de ce qu'il écrivait dans cet arrêt. Ce qui est certain, cependant, c'est que les quelques principes qu'on peut en dégager sont (i) résolument modernes, voire post-modernes (ii) en accord avec la vision du droit véhiculée par la très influente école de pensée qu'on appelle *American Legal Realism*³⁷ et (iii) en accord aussi avec les avancées contemporaines – je veux dire du XX^e siècle – en philosophie analytique (p. ex. John Langshaw Austin et Hilary Putnam) et en philosophie du langage (p. ex. Willard van O. Quine et Stuart Hampshire)³⁸.

36. J'entends par là, empruntant une définition au *Grand Robert de la langue française*, «un système d'expression du mental et de communication, commun à un groupe social humain (communauté linguistique)».

37. Je n'essaierai pas de définir ce mouvement qui est, il faut le reconnaître, fort hétérogène, et qui regroupe, entre beaucoup d'autres membres influents, des personnalités aussi diverses que les juges Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin N. Cardozo (ce dernier en raison surtout de son essai *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921), Jerome N. Frank et William O. Douglas, de même que les éminents juristes universitaires que furent Roscoe Pound, Karl N. Llewellyn, Walter Wheeler Cook, Underhill W. Moore et Herman Oliphant. Leur caractéristique commune, s'il en est une, est d'avoir appartenu à un groupe de juristes qui refusait de se laisser intimider par l'École rivale des formalistes, ce qui n'est pas rien. On aura une bonne idée des raisons profondes pour lesquelles cette école de pensée était véritablement révolutionnaire (au sens de «révolution copernicienne») en lisant l'excellent et émouvant ouvrage de John Henry Schlegel, *American Legal Realism & Empirical Social Science*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995.

38. Sans vouloir pousser ces observations trop loin et hors du champ familier aux juristes, je signale tout de même pour référence l'ouvrage collectif publié sous la direction de Richard M. Rorty, *The Linguistic*

Je termine ce survol en réitérant qu'à mon avis cette période, commencée au tournant des années 1970 – 1980, et où se situe l'arrêt *SCFP*, marque un changement plus profond et plus durable que toutes les périodes qui l'ont précédée; elle porte aussi en elle le potentiel de résoudre les principales difficultés analytiques auxquelles nous faisons encore face actuellement.

B. L'arrêt *SCFP* et l'avènement du pluralisme interprétatif en droit administratif

Il n'est guère original d'employer le terme «révolution» en parlant de l'arrêt *SCFP* et de la jurisprudence qui s'inscrit dans son sillage³⁹. On a beaucoup écrit et disserté au Québec sur l'arrêt *Union des employés de services, local 298 c. Bibeault*⁴⁰, mais il semble bien que, selon un avis plus largement partagé, le moment fort de cette révolution, la prise de la Bastille, en quelque sorte, ou l'avènement des 95 thèses de Luther, se situe en 1979 et coïncide avec l'arrêt *SCFP*. Je rappelle d'ailleurs que, bien que ces deux arrêts aient été unanimes, seuls quatre juges ont signé l'arrêt *Bibeault*⁴¹, alors que neuf juges ont signé l'arrêt *SCFP*, donc, cinq

Turn – *Essays in Philosophical Method With Two Retrospective Essays*, Chicago, University of Chicago Press, 1967 (2^e éd. 1992). Le très grand mérite d'un philosophe comme J.L. Austin est d'avoir exigé avec la dernière intransigeance une extrême rigueur dans l'emploi des langues naturelles. Certains l'apprirent à leurs dépens : voir Michael Ignatieff, *Isaiah Berlin – A Life*, Londres, Viking, 1998 aux pp. 83-87. La critique que faisait Austin de la manière avec laquelle les juristes usent inconsidérément de termes riches de multiples significations n'est guère flatteuse pour la profession juridique : voir Daniel Yaeger, *J.L. Austin and the Law : Exculpation and the Explication of Responsibility*, Lewisburg, Bucknell University Press, 2006.

39. Voir William Lahey et Diana Grinn, «After the Revolution: Being Pragmatic and Functional in Canada's Trial Courts and Courts of Appeal» (2002) 25 Dal. L.J. 259; la révolution dont il s'agit est celle déclenchée par l'arrêt *SCFP* (*supra* note 35).

40. [1988] 2 R.C.S. 1048 [*Bibeault*].

41. Pour cause de divers empêchements, les juges Estey, Chouinard et LeDain, qui avaient entendu le pourvoi, n'ont pas pris part à la décision; y ont participé les juges McIntyre, Lamer, La Forest, et Beetz, qui tenait la plume.

de plus⁴². Cela ne change rien à la valeur de précédent de *Bibeault*, mais *SCFP* est un meilleur révélateur de ce qui faisait l'unanimité à la Cour.

J'ajoute que l'arrêt *Dunsmuir* s'inscrit très certainement dans le sillage de ces deux autres arrêts. Aussi est-il sûrement destiné à faire parler de lui. Néanmoins, l'arrêt *Dunsmuir*, à la différence des deux autres, bien qu'unanime dans son dispositif, n'est pas unanime dans sa motivation – il trahit même, à mon sens, des divergences de points de vue marquées entre six membres de la Cour d'un côté et trois de l'autre. Aussi suis-je enclin à penser que *Dunsmuir* n'est qu'une péripétie de moindre importance, une contribution lexicale plutôt que conceptuelle au droit administratif canadien, et assez peu de choses à côté de l'arrêt *SCFP*.

Avant de détailler ce qui me paraît avoir été à la fois audacieux et irrésistiblement *vrai* dans l'arrêt *SCFP*, je signale qu'à peu près à la même époque, et à peu près pour les mêmes raisons, un changement semblable est survenu en droit américain. On s'accorde aux États-Unis pour situer le moment décisif en 1984, date de l'arrêt *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defence Council, Inc.*⁴³. Ce jugement de la Cour suprême des États-Unis survient quelques années après l'arrêt *SCFP*, mais cela tient probablement au fait qu'aux États-Unis la même question de fond a mis plus de temps avant d'atteindre le tribunal suprême.

Trois choses sont néanmoins claires. Premièrement, l'arrêt *SCFP* a pour assise un raisonnement qui, bien que n'ayant pas

42. Dans le texte de Daniel Chénard, «Le contrôle judiciaire et l'analyse pragmatique et fonctionnelle : le dit et le non-dit», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, Cowansville, Yvon Blais, 2004 aux pp. 4-13, l'auteur a très bien circonscrit sept facteurs distincts qui «militaient pour reléguer [l'arrêt *Bibeault*] au rang du cas d'espèce» (à la p. 4).

43. 467 U.S. 837 (1984) [*Chevron*].

encore reçu la consécration de la Cour suprême des États-Unis en 1979, avait déjà largement cours en droit américain⁴⁴. Deuxièmement, il y a une grande similarité de ton entre *Chevron* et *SCFP*⁴⁵. Troisièmement, plusieurs commentateurs – je ne citerai ici que David Mullan – leur attribuent la même portée innovatrice⁴⁶.

On peut faire de l'arrêt *SCFP* une lecture à plusieurs niveaux. Une lecture rigoureusement exégétique, avec renvois à la loi interprétée, est nécessaire pour bien comprendre quelle était la question de fond que soulevait cette affaire, question ressortissant simultanément aux domaines de l'interprétation des lois, du droit

-
44. Dans l'arrêt *SCFP*, *supra* note 35 à la p. 237, le juge Dickson cite l'arrêt *Union internationale des employés des services c. Nipawin District Staff Nurses Assn.*, [1975] 1 R.C.S. 382, signe avant-coureur de ce glissement vers l'analyse déjà assez largement répandue en droit américain. Il avait lui-même rédigé dans cet arrêt les motifs unanimes de la Cour et, s'écartant de l'arrêt *Anisminic*, *supra* note 9, il proposait le critère suivant que je cite en anglais: «...if the Board acts in good faith and its decision can be rationally supported on a construction which the relevant legislation may reasonably be considered to bear, then the Court will not intervene.» (à la p. 389)
45. Je reproduis un extrait de ce qu'a écrit la Cour suprême des États-Unis, *supra* note 43 à la p. 844 : «Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency. [...] We have long recognized that considerable weight should be accorded to an executive department's construction of a statutory scheme it is entrusted to administer, and the principle of deference to administrative interpretations [...] has been consistently followed by this Court whenever decisions as to the meaning or reach of a statute has involved reconciling conflicting policies, and a full understanding of the force of the statutory policy in the given situation has depended upon more than ordinary knowledge respecting the matters subjected to agency regulation.»
46. David J. Mullan «The View from North America – A Canadian Perspective on Three Troubling Issues» (2004) 17 Can. J. Admin. L. & Prac. 167 à la p. 169: «Just as [*Chevron*] represents the defining moment in the modern United States law governing the scope of review of agency decision-making, so too does the five-year earlier 1979 judgment of our Supreme Court in [*SCFP*] constitute the bench-mark in the Canadian law of judicial review of administrative action.»

du travail et du contentieux administratif. Aussi ai-je ajouté comme Annexe I un court texte sur des aspects que j'avais déjà abordés dans un article antérieur, texte qui (i) décrit le problème d'interprétation de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* du Nouveau-Brunswick auquel faisait face la Cour, (ii) résume l'interprétation raisonnable de la commission en cause, interprétation acceptée par la Cour suprême, et (iii) résume l'interprétation raisonnable de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, interprétation écartée par la Cour suprême. Le lecteur qui voudrait en savoir plus sur ce point pourra se reporter à cette annexe. Mais, je veux surtout m'arrêter ici sur ce que j'appelle, faute de mieux, la question préjudicielle⁴⁷, celle qui s'inscrit entièrement dans le domaine du droit administratif et qui se distingue de la question de fond en droit du travail. À mon avis, l'une des caractéristiques de l'arrêt *SCFP* consiste à atténuer l'importance de la dichotomie entre la question de fond et la question préjudicielle.

Je tenterai de détailler succinctement en quelques propositions l'innovation dont l'arrêt *SCFP* me semble avoir été porteur, en partant de ce qu'il énonce explicitement – je le citerai quelques fois au texte – puis en dégageant point par point ce que cela me semble impliquer :

- i. Délaissement de la méthode *Anisminic*. «Il faut éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.»⁴⁸ Le juge Dickson se démarque ici de la jurisprudence classique en matière de contrôle judiciaire sur le fond, jurisprudence très influencée par le droit anglais et dont l'illustration la

47. Dans l'arrêt *SCFP* (*supra* note 35), la question de fond peut être énoncée ainsi : «L'employeur a-t-il contrevenu à la loi en remplaçant les grévistes ou en attribuant leurs postes à d'autres employés?» La question préjudicielle peut être énoncée ainsi : «La décision rendue par la Commission en réponse à la question de fond est-elle sujette à révision judiciaire et, si oui, selon quel critère (ou selon quelle norme)?»

48. *SCFP*, *supra* note 35 à la p. 233.

plus célèbre était probablement l'arrêt *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*⁴⁹. Un arrêt parmi d'autres au Canada qui, de manière limpide, adoptait cette méthode d'analyse, est l'arrêt *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*⁵⁰.

- ii. Scepticisme à l'endroit des théories de Dicey. Par cette première affirmation, le juge Dickson se détourne d'une conception du rôle respectif des tribunaux administratifs et des tribunaux de droit commun qui trouvait assise dans les travaux de Dicey. Je dirais que, schématiquement, cette conception peut se réduire à cinq énoncés :
 - a. Lorsque le législateur s'exprime, la loi par laquelle il le fait peut susciter beaucoup d'interprétations erronées, mais elle n'est susceptible que d'un seul sens correct. Le législateur ne parle jamais de manière confuse ou contradictoire.
 - b. Il revient aux tribunaux de droit commun, et en fin de compte à la plus haute juridiction au dernier degré d'appel, de rechercher et de fixer de manière concluante ce sens correct. Ces tribunaux sont les maîtres du sens correct des lois.
 - c. Dans l'exercice de leur compétence, les tribunaux administratifs doivent se conformer à cette interprétation de la loi – même si elle n'a pas encore été explicitée par les tribunaux de droit commun –, car donner à la loi son sens correct constitue un préalable à l'exercice de leur compétence.
 - d. Cela étant, pour paraphraser le juge Dickson citant H.W.R. Wade, «les questions de fait sont

49. *Supra* note 9.

50. [1970] R.C.S. 425.

naturellement considérées comme les questions primordiales et fondamentales à trancher alors que les questions légales sont plutôt considérées comme accessoires.»⁵¹

e. Mais, en contrepartie, toute «erreur de droit» dans l'exercice d'une compétence déléguée par la loi à un décideur administratif est donc potentiellement un excès de compétence, ce que l'on déterminera *ex post facto*⁵².

iii. Détermination préalable de la compétence. En réaction contre cette conception des choses, le juge Dickson signale (mais sans donner de précisions, ce qui sera source de difficultés par la suite) : «[...] une autre approche des problèmes de compétence qui me paraît préférable, savoir, que la compétence doit ordinairement être établie au début de l'enquête».⁵³ Il devrait aller de soi qu'on ne peut déterminer «au début de l'enquête», et conformément à la réponse que donnera ultérieurement un tribunal de droit commun siégeant en révision, le sens *correct* d'une disposition de la loi qui prête à interprétation. Est donc

51. SCFP, *supra* note 35 à la p. 233.

52. Et cela se conçoit fort bien dans une perspective épistémologique où l'on postule, comme le faisait Dicey, que toutes les lois sont investies d'un seul sens, ineffable (ou platonicien, en quelque sorte), et que seul ce sens correct exprime la *véritable* volonté du législateur. Dès lors que l'on affirme comme un *a priori* l'existence de ce sens, il s'ensuit nécessairement que tout décideur qui s'en écarte fait ce qu'il n'a pas le pouvoir de faire, puisque le législateur voulait autre chose en lui déléguant une responsabilité de décision. Malheureusement, comme il revient aux tribunaux de droit commun de dégager le sens correct, le contrôle judiciaire devient une forme indirecte d'appel sur les questions d'interprétation de la loi, toutes et chacune d'entre elles pouvant être qualifiées, selon les besoins du service, si je puis dire, de question de compétence. Mais cette conception est aujourd'hui dépassée, en raison même de la marge d'incertitude inhérente à la plupart des actes de langage; Timothy O. Endicott, dans *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, en fait une démonstration brillante.

53. SCFP, *supra* note 35 à la p. 233.

ainsi nécessairement délaissée, mais *in a backhanded way*, si l'on peut dire, la conception de l'interprétation des lois que prônait Dicey.

- iv. Application à la décision attaquée en révision. En l'occurrence, les parties en cause étant incontestablement visées par la loi qu'appliquait la Commission, et la Commission étant investie de la compétence d'appliquer cette loi (au point que ces décisions sont protégées par une clause privative), la Commission avait compétence pour se prononcer comme elle l'a fait et «ceci suffit pour trancher le présent litige.»⁵⁴
- v. Critère de l'interprétation manifestement déraisonnable. Mais, poursuit le juge Dickson, la Commission, dans ces conditions, ne pouvait perdre compétence que si elle adoptait de la disposition qu'elle était appelée à interpréter une «interprétation [...] déraisonnable au point de ne pas pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire.»⁵⁵
- vi. Absence de «bonne réponse» en l'espèce. Il en est ainsi parce que l'ambiguïté de la disposition est incontestable et que dans la résolution de ce problème «[i]l n'y a pas une interprétation unique dont on puisse dire qu'elle soit la "bonne"»⁵⁶. Parmi les interprétations possibles de la disposition en cause, celle de la Commission et celle du juge Limerick sont les plus élaborées (et divergent de celle du juge en chef Hughes). Or, bien que celle du juge Limerick, qui conclut que la Commission aurait dû rejeter la plainte contre l'employeur, «semble raisonnable à première vue, [...] elle ne l'est ni plus ni moins que l'interprétation retenue par la Commission», laquelle a accueilli la plainte contre l'employeur. En somme, la difficulté d'interprétation que suscite ce litige est par nature

54. *Ibid.* à la p. 236.

55. *Ibid.* à la p. 237.

56. *Ibid.*

*acataleptique*⁵⁷ et deux interprétations également raisonnables de la même disposition peuvent valablement mener à des résultats diamétralement opposés. C'est aussi la thèse, puissante, des *Legal Realists* américains.

- vii. Émergence d'une théorie du pluralisme interprétatif. En se prononçant de la sorte, le juge Dickson donne droit de cité, d'une manière plus explicite que jamais auparavant, à la thèse pourtant on ne peut plus banale en sciences humaines du pluralisme interprétatif. Je crois qu'il réclame par le fait même la doctrine selon laquelle il ne peut y avoir qu'une seule bonne réponse à toute question de droit (thèse qui me paraît néanmoins affleurer dans les motifs distincts et conjoints que les juges Deschamps, Charron et Rothstein signent dans l'arrêt *Dunsmuir*⁵⁸), et il réduit d'autant la marge à l'intérieur de laquelle on peut parler d'«erreur» de droit lorsque se pose une question d'interprétation. C'est sans doute en considération de cela que le professeur Pierre-André Côté écrivait sur la notion d'interprétation manifestement déraisonnable :

Dans la réalité, les interprétations d'un même texte devraient se distribuer de manière continue entre deux pôles. À une extrémité, le sens clair, celui qu'un interprète normal ne pourrait pas ne pas retenir. À l'autre, le sens déraisonnable, celui qu'un interprète normal ne pourrait pas valablement soutenir. Entre ces deux pôles, des sens discutables, qui ne sont pas déraisonnables, mais qui n'emporteraient pas nécessairement la conviction d'un interprète normal.⁵⁹

57. En ce sens que sa «teneur est l'acatalepsie, définie comme l'impossibilité de parvenir à la certitude.» Et le rôle du tribunal, administratif ou de droit commun, est de résorber l'acatalepsie du texte pour mettre fin au différend sur le sens de la norme.

58. *Supra* note 1 aux pp. 264 et ss.

59. Pierre-André Côté, «La notion d'interprétation manifestement déraisonnable - Vers une redéfinition de l'erreur d'interprétation» dans *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 107 à la p. 114.

Mais, à mon humble avis, cette lecture des propos du juge Dickson en appauvrit quelque peu la portée véritable. Je le dis avec l'humilité qui convient ici parce que le professeur Côté est un auteur devant la science duquel je m'incline sans hésitation la plupart du temps. Néanmoins, je ne pense pas que la représentation des choses qu'il donne ici soit vraiment utile dès lors que l'on est en présence d'un authentique problème d'interprétation. Dans un tel cas, «le sens clair, qu'un interprète normal ne pourrait pas ne pas retenir», n'existe pas. Et c'est précisément pour cela qu'il y a litige. Plutôt qu'un continuum entre deux pôles, il faut se représenter une courbe normale, *a bell curve* selon l'expression consacrée en anglais. À chaque extrémité de la courbe se trouvent les interprétations les moins plausibles, voire les plus invraisemblables, et qui mènent de part et d'autre à des résultats opposés; on peut les qualifier de manifestement déraisonnables. Au centre de la courbe se trouve une bande de largeur moyenne où des décideurs, selon qu'ils se placent à gauche ou à droite de la ligne imaginaire μ , peuvent, tout à fait raisonnablement, en venir à des conclusions différentes sur le sens (ou «l'interprétation») d'un texte et sur l'effet qu'il aura en l'espèce. C'était précisément le cas en l'occurrence, la Commission et le juge Limerick ayant conclu raisonnablement et respectivement au maintien et au rejet de la plainte contre l'employeur. Entre cette ligne moyenne et, à gauche, le point α ou, à droite, le point ω , s'étalent des bandes assez larges d'interprétations de moins en moins raisonnables. Plus l'on tend vers les points α ou ω , plus l'on risque de franchir la ligne de démarcation entre ce qui est manifestement déraisonnable et ce qui ne l'est pas. Dans le cas qui nous intéresse ici, la Commission et le juge Limerick arrivent à des résultats opposés. Autrement dit, à gauche de μ , la plainte contre l'employeur est accueillie, et à droite de μ , elle est rejetée, de sorte que la ligne de démarcation entre les deux résultats possibles se confond avec la ligne imaginaire μ . Mais cette donnée est aléatoire. La ligne de démarcation entre les résultats possibles

pourrait se situer ailleurs, si par exemple la Commission et le juge Limerick concluaient, par des interprétations raisonnables mais de teneur différente, que la plainte doit être accueillie. Dans cette hypothèse, la ligne de démarcation entre le succès et le rejet de la plainte portée contre l'employeur se situerait probablement quelque part entre la ligne μ et le point ω . Le très grand mérite de cette thèse ou théorie du pluralisme interprétatif tient à son intelligibilité et à sa vraisemblance. Elle décrit, bien mieux que Dicey, ce qui se passe lorsque nous sommes appelés à résoudre un problème d'interprétation.

- viii. Assises intellectuelles profondes de cette théorie. Il y a ici quelque chose de fondamental, une vérité, me semble-t-il, relative entre autres choses au rapport qu'un lecteur peut entretenir avec un texte, devant laquelle la plupart des juristes se rebellent. Je ne résiste pas à la tentation de citer sur ce sujet un court extrait d'un essai d'Hilary Putnam, *Pragmatism, An Open Question*, car il met en relief ce qui semble être la raison profonde de cette attitude :

Today we tend to take the ideas of tolerance and pluralism for granted. If we are aware that there was diversity of views and the clash of different opinions in ancient Athens, for example, or in the late Roman empire, we are likely to regard that activity as a sign of vitality in those societies. Few people realize that that is not how those societies themselves saw the matter. Classical thinkers saw diversity of opinions as a sign of decay and heresy; only since the Enlightenment have we been able to see it as a positive good. One author has suggested that it is only when a society came to be held together "through an alliance of enlightened self-interest, rather than through shared moral and religious beliefs" that "the flourishing of diversity and pluralism, which in the past have existed only as a by-product and symptom of political decline, could be embraced for the first time as a form of social health". While this

author exaggerates – modern liberal states are still held together by sentiment and tradition as well as by self interest, enlightened or not so enlightened – and while he fails to see that the belief in tolerance is itself a “shared moral belief”, and a most important one, it is true that modern societies are not held together by a single shared comprehensive world view. They are not held together by any one religion, and if there are still shared moral beliefs, there are no *unchallenged* moral beliefs.

[...]

What we call the Enlightenment was in large part an intellectual movement devoted to providing a rationale for this kind of “open society”; it was not only a political and historical rationale, but also an epistemological rationale, one which included “arguments about the uncertainty of our moral and religious knowledge”. And the problems generated by the Enlightenment are still our problems; we value tolerance and pluralism, but we are troubled by the epistemological scepticism that came with that tolerance and pluralism.⁶⁰

Je souligne à dessein la dernière phrase. Le scepticisme épistémologique qui vient avec le pluralisme des Lumières donne le vertige aux juristes et ils se campent très majoritairement dans l’une ou l’autre de deux attitudes à mon sens également malencontreuses : une attitude de rejet (Dicey montre la voie : les mots, en dernière analyse, ne peuvent avoir qu’un seul sens – c’est ce que pensent, officiellement du moins, la plupart des juristes) ou, à l’inverse, une attitude d’agnosticisme ravageur, celui qui a engendré certains avatars de l’*American Legal Realism* (par exemple, le postmodernisme des *Critical Legal Studies* : les

60. Hilary Putnam, *Pragmatism, An Open Question*, Oxford, Blackwell, 1995 aux pp. 1-2.

mots n'ont *aucun sens*, tout est politique – c'est ce que pense une minorité de juristes).

On peut comprendre que Dicey, *Eminent Victorian* s'il en fut, né en 1835 et homme de son siècle (celui de la Révolution industrielle, le siècle qui a vu émerger le positivisme scientifique et l'impérialisme marchand de la Grande-Bretagne), ait cru en une rigueur absolue, scientifique pour ainsi dire, dans la fixation du sens des lois. Mais les idées nouvelles les plus fécondes apparues au XX^e siècle en philosophie analytique, en linguistique, en herméneutique et en pragmatique infligent un sévère démenti à cette vision trop simple de l'activité interprétative.

Longtemps après Dicey, plusieurs théoriciens du droit ont tenté au cours du même siècle de rescaper une version plus nuancée de la vérité et donc de la fausseté (ou de l'erreur) juridiques. À l'étranger, le nom de Ronald Dworkin vient immédiatement à l'esprit. Au Canada, le professeur Luc B. Tremblay s'était fixé cet objectif dans un article lucide, profond et subtil publié en 1996⁶¹. Prenant appui sur Dworkin et sur plusieurs autres théoriciens du droit ou philosophes de la connaissance, il y défendait une conception de la vérité fondée sur une épistémologie cohérentiste, dépourvue de la fâcheuse intransigeance propre à la doctrine de Dicey⁶². Faute d'espace, je ne peux

61. Luc B. Tremblay, «La norme de retenue judiciaire et les "erreurs de droit" en droit administratif : une erreur de droit? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme» (1996) 56 R. du B. 141.

62. Je m'en voudrais de donner une image caricaturale de Dicey, dont l'œuvre luxuriante et encyclopédique ne véhiculait certainement pas une conception *naïve* de l'interprétation des lois. Il était du reste parfaitement conscient du pouvoir créateur du juge en *common law* et en *equity*, comme il est démontré de manière patente dans la onzième conférence de Dicey, «Judicial Legislation» dans *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, Indianapolis, Liberty Fund Inc., 2008, 257 (originellement publié dans Macmillan en 1917). Mais, en matière d'interprétation des lois, tout était

livrer ici toutes les observations favorables ou critiques que m'inspire cet excellent article. Mais je voudrais insister sur un point. L'auteur y soutient notamment que l'un des principes subsumés sous la primauté du droit «reconnait le droit de chacun à des décisions conformes au droit». À mon sens, cette proposition élude une fois encore la question du sujet, pourtant centrale dans le contentieux administratif. Les décisions «conformes au droit» positif dans les litiges les plus ardues et les plus contestés sont celles que rend en dernier ressort, et souvent par une mince majorité, le plus haut degré de juridiction. «[L]e droit de chacun à des décisions conformes au droit», peut-être, mais selon qui? Selon l'idée que s'en fait chaque sujet de droit? Le plus haut degré de juridiction sera submergé de demandes par les plaideurs insatisfaits qui ont les moyens de s'adresser à lui. «[L]e droit de chacun» selon ce que détermine l'institution judiciaire? C'est ce qui existe déjà, et la raison pratique commande de ne pas prêter à cette institution, certainement convenable mais imparfaite, la faculté de mettre au jour dans tous les litiges possibles la meilleure réponse cohérentiste aux questions de droit qu'ils secrètent. Le domaine litigieux est tel qu'il est et presque toutes les solutions qui en émergent sont foncièrement et irréductiblement doxastiques. Peut-être est-ce pourquoi Oliver Wendell Holmes, s'entretenant avec Learned Hand, lui aurait dit, spirituellement : «I define truth as the system of my limitations, and leave absolute truth for those who are better equipped.»⁶³

dans la lettre de la loi : «[...] the English Bench have always refused, in principle at least, to interpret an Act of Parliament otherwise than by reference to the words of the enactment.» Albert Venn Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, Macmillan, 1959 à la p. 407. En ce sens, et dans la mesure où elle recelait une conception particulière de la vérité, la thèse de Dicey était fondationaliste. Aussi, défendre l'«interprétation correcte» de la loi à partir d'une épistémologie cohérentiste me paraît déjà être une concession de taille au pluralisme interprétatif.

63. Peter W. Huber, *Galileo's Revenge*, New York, Basic Books, 1993 à la p. 228. Dans Neil MacCormick, *H.L.A. Hart*, 2^e éd., Stanford, Stanford

Enfin, il demeure toujours possible d'inverser le raisonnement et d'affirmer d'autorité que, parce qu'une question d'interprétation en est une de droit, elle n'est susceptible que d'une seule bonne réponse, celle que lui donnera le juge judiciaire. Mais, on passe alors du plan empirique au plan normatif : on veut qu'il en soit ainsi, peu importe la réalité.

- ix. Implications nécessaires de cette théorie. Une théorie du contrôle judiciaire qui admet la thèse du pluralisme interprétatif nous invite à repenser sous plusieurs aspects fondamentaux la configuration d'ensemble du contentieux administratif. J'en signale quelques-uns, en renvoyant ici et là aux arrêts postérieurs à *SCFP* qui ont amené la Cour suprême à se mesurer aux difficultés nouvelles découlant de la reconnaissance de cette thèse.
- a. Il n'existe pas de critère *apodictique*⁶⁴ de ce qui est raisonnable, de sorte qu'il est vain de chercher à «définir», «déterminer», «clarifier», «élucider» ou «préciser» «plus clairement» ou «plus nettement» ou «plus en profondeur» «l'analyse» ou «l'examen» ou «l'exposé» de ce qui est raisonnable, déraisonnable ou manifestement déraisonnable. Ces notions sont ontologiquement irréductibles à une formule logique. La conclusion qu'une interprétation est «déraisonnable», manifestement ou non, est par

University Press, 2008 aux pp. 212-213, l'auteur explique ainsi le nœud du désaccord entre Hart et Dworkin: «[...] Hart himself remained insistent that a satisfactory account of legal reasoning cannot but reveal an inevitable scope for judicial discretion in choosing (and justifying the choice) between rival positions each of which can be supported by sound and acceptable legal arguments. For in his view there were no statable meta-principles such as would reveal the single right answer to even the most problematic case where these come into conflict. It is then a matter for practical reason.»

64. Défini comme «nécessaire, au sens de la logique aristotélicienne, c'est-à-dire obligatoire au même titre que 2 + 2 égale obligatoirement 4.»

essence *assertorique*⁶⁵, c'est-à-dire que c'est une affaire d'opinion, aussi autorisée, éclairée et défendable puisse-t-elle être. Je pense que c'est ce qu'illustre (je ne dis pas démontrer, je dis illustrer) de façon assez frappante une décision comme *Giguère c. Chambre des notaires du Québec*⁶⁶, où six juges de la Cour suprême qualifient de manifestement déraisonnable ce qu'un juge de la Cour suprême, trois juges de la Cour d'appel et un juge de la Cour supérieure avaient jugé raisonnable, et six membres du Comité du fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires avaient considéré comme conforme à la règle applicable, c'est-à-dire correct. On ne peut, comme juriste, que s'incliner devant la conclusion de la Cour suprême du Canada. Mais, il est faux de croire qu'en décidant comme elle le fait dans un cas comme celui-ci, elle procède à un travail complexe de correction d'erreurs du type de celles qui peuvent survenir de manière routinière en informatique et en programmation, en algèbre, en géométrie euclidienne ou en physique des particules⁶⁷. La Cour suprême s'emploie à interpréter

65. Défini comme ce «qui est une assertion simple, sans opérateur modal, c'est-à-dire sans idée de nécessité, d'impossibilité ou de possibilité.»

66. [2004] 1 R.C.S. 3. L'arrêt *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, est lui aussi embarrassant, quoique le désaccord porte sur la norme applicable. Mais comment qualifier de «raisonnable» quelque chose qui est incorrect (peut-on jamais prétendre que $2 + 2 = 5$ est «raisonnable»?) et pourquoi, dans ces conditions, les juges de la minorité ne voient-ils pas l'«erreur» que détecte la majorité? Parce que la majorité attribue à la notion d'erreur une signification (diceyenne) que la minorité rejette.

67. Loin de moi l'idée de mettre en doute la raison d'être d'un tribunal d'appel de dernier niveau : c'est même une composante indispensable d'un système de droit positif qui se veut fondé sur l'État de droit. J'ai déjà exprimé dans un autre contexte les raisons pour lesquelles cela me semble aller de soi et pourquoi le *processus* auquel préside une telle institution est en principe garant d'une qualité accrue dans les décisions qu'elle rend : voir Yves-Marie Morissette, «Deux ou trois choses que je sais d'elle (la rationalité juridique)» (2000) 45 McGill L. J. 591 à la p. 597.

un texte normatif, en l'occurrence l'art. 2.01 du *Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec*, et ce faisant elle se situe quelque part à l'intérieur de la courbe normale mentionnée ci-dessus au point vii. Dans ces conditions, on peut regretter que la Cour suprême, sous la plume du juge Sopinka, ait rejeté sommairement la suggestion qui lui était faite dans l'affaire *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction*⁶⁸ de considérer que la norme de l'interprétation manifestement déraisonnable pourrait nécessiter une décision unanime d'une première formation collective de révision. Il me semble pourtant que ce critère présenterait des avantages certains : n'est manifestement déraisonnable, ou déraisonnable tout court, que la décision dont trois juges d'une cour supérieure, siégeant en révision comme le fait, par exemple, la Cour divisionnaire de l'Ontario, estiment *unanimentement* qu'elle est entachée de ce vice.

- b. S'il est acquis, par conséquent, que plusieurs décisions également raisonnables (ou, avant l'arrêt *Dunsmuir*, non «manifestement déraisonnables») peuvent trancher différemment la même question, se pose alors le problème des contradictions entre décisions différentes, mais également valides parce que toutes également raisonnables. On accepte mal, en effet, l'idée que «la portée des droits d'un justiciable puisse varier selon que celui-ci s'adresse

Néanmoins, le fait est que la Cour suprême du Canada n'est *relativement* infaillible (je dis *relativement* parce que le législateur a parfois le dernier mot) que depuis le 8 octobre 1959, lendemain du jour où le Conseil privé rendit son dernier arrêt en droit canadien, *Ponoka-Calmar Oils Ltd. c. Earl F. Wakefield Co.* [1960] A.C. 18. Hart disait d'ailleurs qu'il ne faut pas confondre finalité et infaillibilité.

68. [1993] 2 R.C.S. 316 aux pp. 340-341.

au décideur X ou au décideur Y» – dans l'exemple de l'arrêt *SCFP*, la Commission pour X et le juge Limerick pour Y. Il y a cependant lieu d'apporter deux précisions sur cet énoncé.

- i. Premièrement, l'idée de «droits» que véhicule l'énoncé induit en erreur : il est trop simple de croire que des «droits», dès lors qu'ils sont litigieux, pré-existent néanmoins, dans un hypothétique univers platonicien ou diceyen, à la décision qui leur donnera effet. Ainsi revendiqués, ces «droits» tiennent en réalité de la pétition de principe. Ils n'existent qu'à partir du moment où, par décision qui aura acquis force de la chose jugée, leur portée aura été fixée. Le justiciable serait donc malvenu de se plaindre de la perte de quelque chose qui, quoi qu'il en pense, n'existe pas encore, puisque l'arbitrage avec le droit rival d'autrui reste à faire. (Bien entendu, cette façon de voir les choses heurte de plein fouet les thèses du droit naturel classique et du *jusnaturalisme* moderne⁶⁹; à mon avis, mais je concède qu'il s'agit là d'une opinion, ces thèses démontrent de ce fait que le droit naturel et le *jusnaturalisme* tiennent plus de la croyance que du savoir.)
- ii. Deuxièmement, l'uniformisation de décisions rendues par des décideurs raisonnables. mais qui parviennent à des résultats différents dans

69. Voir Lorne Sossin, «Dunsmuir – Plus ça change» (17 mars 2008), en ligne : The Court <<http://www.thecourt.ca/2008/03/17/dunsmuir>>, où l'auteur écrit: «The standard of review doctrine [...] engages the rule of law. If parties cannot challenge administrative decisions before independent judges, then there is no guarantee that fundamental rights will be safeguarded.»

*des cas rigoureusement identiques*⁷⁰ est réalisable à terme, même sans contrôle judiciaire, en respectant l'autonomie décisionnelle des décideurs. Cela peut se faire, par exemple, lorsque les pratiques de délibération institutionnelle amènent les décideurs à se concerter et à tirer pleinement parti de leurs connaissances ou de leur expérience spécialisées (leur «expertise», un mot qui, en passant, n'est pas français dans cette acception, malgré la faveur dont il jouit depuis maintenant plusieurs années) pour aplanir ou rectifier des divergences de vues significatives qui surviennent entre eux. La Cour suprême, ici encore, a balisé ces pratiques dans deux arrêts importants : *S.I.T.B.A. c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*⁷¹ et *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*⁷².

- c. Une fois ce cadre établi, et même dans un régime de droit administratif qui admet la théorie du pluralisme interprétatif, il reste à déterminer quelles questions devraient toujours, en dernier ressort, relever des tribunaux de droit commun. Autrement dit, quelles questions seront justiciables d'une norme de contrôle qui impose une décision «correcte», c'est-à-dire ouverte sans restriction à la contestation jusqu'au plus haut degré d'appel⁷³? Succinctement,

70. La nuance est de taille : il n'est pas fréquent, bien que cela puisse certes se produire, que la même question controversée, exactement la même et elle seule, soit soulevée dans des cas distincts et simultanés ou à peu près simultanés. Ce peut être, par exemple, la conséquence de l'adoption d'un nouveau texte de loi de portée générale.

71. [1990] 1 R.C.S. 282.

72. [1992] 1 R.C.S. 952.

73. Cette formulation suit d'assez près celle proposée par le juge Bastarache dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 à la p. 1005 : «[...] il faut bien

et sans entrer dans trop de détails, j'esquisserais deux catégories. La première, déjà ancienne, avait été évoquée par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *McLeod c. Egan*⁷⁴, et elle est susceptible de recevoir de multiples applications : lorsque, pour résoudre le litige devant lui, le décideur est appelé à interpréter des dispositions d'une loi d'application générale et d'intérêt public qui ne relève pas de sa compétence spécialisée, le contrôle s'exerce sur la justesse de sa décision. Cela vaut pour une loi mais cela vaut aussi, à plus forte raison, pour un texte constitutionnel. Si l'on ne fixe pas d'autorité la portée d'un texte d'application générale, qu'il s'agisse d'une loi ou d'un texte constitutionnel, on s'expose à ce que des interprétations *raisonnables*, mais contradictoires de textes qui ne sont pas du ressort exclusif des décideurs créent un désordre normatif en droit positif. Dans ces conditions, les tribunaux de droit commun sont justifiés d'intervenir pour rétablir une uniformité de sens ou tendre vers elle. La deuxième est voisine, mais distincte de la première. Lorsque, même dans leur domaine de prédilection, des décideurs se contredisent ou ne parviennent pas à instaurer un degré acceptable de stabilité dans les interprétations *raisonnables* qu'ils proposent, ces contradictions pourront justifier une intervention rectificatrice de la part des tribunaux de droit commun, tout particulièrement s'il y a conflit

comprendre qu'une question qui "touche la compétence" s'entend simplement d'une disposition à l'égard de laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, en fonction du résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Autrement dit, une «erreur de compétence» est simplement une erreur portant sur une question à l'égard de laquelle, selon le résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le tribunal doit arriver à une interprétation correcte et à l'égard de laquelle il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue.»

74. [1975] 1 R.C.S. 517. Voir pour une illustration plus récente, *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100 au par. 33.

opérationnel entre des décisions par ailleurs raisonnables et valides. Le conflit jurisprudentiel interne ne justifie peut-être pas l'intervention : du moins doit-on tirer cette conclusion de l'arrêt *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*⁷⁵. Mais il est certain qu'on ne peut contraindre un justiciable à une chose et son contraire sous prétexte que chacune des deux choses exigées de lui résulte d'une décision raisonnable d'un décideur agissant dans le cadre de ses attributions : c'est l'enseignement de l'arrêt *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*⁷⁶.

Bien que la réalité postérieure à l'arrêt *SCFP* ne coïncide pas en tout point à ce qui est exposé ci-dessus, plusieurs extensions du pluralisme interprétatif qui s'annonçaient dès 1979 se sont de fait concrétisées des années plus tard : c'est le cas, par exemple, de l'arrêt *Shaw Cable Systems*, dont il vient d'être question. Mais, en raison même du déficit analytique dont souffre encore, à mon avis, la jurisprudence postérieure à l'arrêt *SCFP*, il arrive que des décisions même très récentes s'écartent – je le dis sans aucune intention polémique – de la thèse développée par le juge Dickson dans l'arrêt *SCFP*. C'est peut-être⁷⁷ le cas d'un arrêt comme *Giguère c. Chambre des notaires du Québec*⁷⁸. C'était le cas, à mon humble avis, d'un arrêt comme *National Corn Growers*

75. [1993] 2 R.C.S. 756.

76. [1995] 2 R.C.S. 739 [*Shaw Cable Systems*].

77. Je dis «peut-être» parce que, dans ce cas précis, malgré la présence d'une clause privative dont l'existence ne s'explique que par l'empressement avec lequel le législateur larde certaines lois de clauses de ce genre, il n'y avait aucune raison – pas la moindre – de considérer que l'organisme auquel le législateur déléguait un pouvoir de décision était détenteur d'une quelconque «expertise» l'habilitant à mieux apprécier que les tribunaux de droit commun les enjeux de la difficulté d'interprétation à trancher. Cette regrettable propension du législateur local a fait l'objet de quelques remarques caustiques de la part du juge Fish, au paragraphe 24 et à la note 2 de ses motifs, dans l'arrêt *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.).

78. *Supra* note 66.

*Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*⁷⁹, où d'ailleurs le juge Dickson était dissident.

Implicite dans la thèse du pluralisme interprétatif se trouve une version de l'idée ancienne selon laquelle le mieux est l'ennemi du bien. S'agissant de questions litigieuses, pour obtenir une interprétation *parfaite* de l'état du droit sur un point particulier, il faudrait mettre en œuvre la totalité des ressources interprétatives dont dispose le système de droit positif en vigueur ici. On recevra alors un jugement de la Cour suprême du Canada, parfois par une majorité de cinq des neuf juges (ou trois des cinq, etc.) appelés à siéger, qui énoncera une réponse *parfaite*⁸⁰ dans l'ordre du droit positif. Mais, qui dispose du temps et des ressources nécessaires à une telle entreprise, à supposer même que son problème puisse intéresser la Cour? La solution rapide et bon marché d'une difficulté juridique, par un décideur local, facilement accessible et choisi parce qu'il connaît son affaire, est ce qui devrait caractériser la justice administrative. Elle n'est pas la seule, d'ailleurs, à vouloir présenter ces avantages : il en va de même, par exemple, du régime des demandes relatives aux petites créances, prévu par le Livre VIII du *Code de procédure civile*⁸¹. Ces

79. [1990] 2 R.C.S. 1324.

80. «Parfaite» en ce sens qu'on ne peut faire mieux dans l'ordre du droit positif. Bien entendu, la possibilité de décisions *per incuriam*, de neutralisations législatives (même rétroactives) et de revirements jurisprudentiels par la Cour elle-même, demeure. Mais, il n'y pas d'autre notion connue de la perfection en droit positif, et cette notion ne se confond tout simplement pas avec l'idée kantienne, pourtant moins exigeante que l'idée platonicienne, de la vérité. Il est rarissime, en jurisprudence, qu'une question litigieuse soit résolue par une proposition analytique vraie, au sens étroit que revêt cette notion. Quant à l'hypothèse de la dissidence prémonitoire qui, trois générations plus tard, terrasse par son raisonnement implacable les errements du passé, elle se vérifie parfois. Mais on ne peut sérieusement prétendre qu'une théorie de la prise de décision en droit, plausible pour ceux qui vivent ici et maintenant, peut dépendre d'une contingence aussi aléatoire. En règle générale, la même observation vaut pour la critique doctrinale qui, à moyen ou à long terme, infléchit ou détourne une tendance jurisprudentielle.

81. L.R.Q. c. C-25.

avantages d'accessibilité, de modicité, de rapidité et de spécialisation relative s'acquièrent à un prix : il faut renoncer à l'idée que le sujet de droit a en toutes circonstances un droit accessoire à la perfection juridique. (Dans le champ du droit criminel, où les enjeux sont généralement d'un autre ordre, il peut être souhaitable de reconnaître une portée plus grande à ce droit; vraisemblablement, c'est ce qui explique que l'appel existe de plein droit aux termes de l'alinéa 691 (1) a) du *Code criminel*⁸².)

C. Les suites lointaines de l'arrêt SCFP

Je n'insisterai pas sur le sort de la «méthode pragmatique et fonctionnelle» et sur les conséquences de l'arrêt *Bibeault*⁸³, une suite regrettable à mon avis, d'ailleurs promptement corrigée en droit positif québécois par un législateur qui s'est empressé d'en neutraliser l'effet spécifique en droit du travail⁸⁴. Restait, cependant, la «méthode pragmatique et fonctionnelle», qui a fait couler beaucoup d'encre⁸⁵, mais qui est aujourd'hui reléguée au

82. L.R.C. 1985, c. C-46.

83. *Supra* note 40.

84. Par le Projet de loi 81, *Loi modifiant le Code du travail*, Assemblée Nationale, *Journal des débats*, Vol. 31 - no 93 (12 décembre 1990) aux pp. 6223-6224, sur l'effet duquel se prononçait la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Maison L'Intégrale inc. c. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859 (C.A.).

85. Voir Gabrielle Perreault, *Le contrôle des décisions de l'Administration – De l'erreur juridictionnelle à la norme de contrôle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002 et Suzanne Comtois, *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle : Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, commenté par Robert Leckey, «Territoriality in Canadian Administrative Law» (2004) 54 U.T. L. J. 327. Outre l'article de Lahey et Ginn, *supra* note 39, on peut consulter David Phillip Jones et Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 4^e éd., Scarborough, Thomson-Carswell, 2004 aux pp. 449-537 et David J. Mullan, «Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity» (2004) 17 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 59. Voir également Frank Iacobucci, «Articulating a Rational Standard of Review Doctrine : A Tribute to John Willis» (2002) 27 *Queen's L.J.* 859; Michel Bastarache, «Le contrôle judiciaire : changements récents et développements prévisibles», 3^e Conférence de droit administratif, Montréal, 2 décembre 2004; Pierre J. Dalphond, «L'application et

second sinon à l'arrière plan en raison de l'arrêt *Dunsmuir*⁸⁶, et qu'on remplace par «l'analyse relative à la norme de contrôle» (peut-être une nuance de langage plutôt qu'un changement substantiel). L'arrêt *Dunsmuir* a aussi réduit la panoplie des normes d'intervention de trois à deux, en éliminant le critère de l'interprétation *manifestement* déraisonnable pour ne conserver que celui de l'interprétation déraisonnable.

David Mullan a déjà livré une analyse complète de cette décision⁸⁷. Je partage ses opinions, de même généralement que celles exprimées par le juge Binnie, à une réserve près dans ce dernier cas. Comme David Mullan, mais contrairement au juge Binnie, j'incline à penser que la décision administrative en cause dans cette affaire pouvait difficilement être qualifiée de *déraisonnable*, à moins de donner à ce qualificatif une signification qui en atténue sensiblement la rigueur d'application.

Cela dit, quatre choses me semblent quelque peu préoccupantes lorsque l'on évalue l'impact potentiel de l'arrêt *Dunsmuir* :

- (i) Dans l'ensemble, il apporte des changements moins importants que ce que l'on attendait et il est possible, en fin de compte, que son impact soit limité. Or, il serait regrettable que l'on s'en tienne à cela : il faut aller beaucoup plus loin. Il faudrait mener jusqu'au bout la

l'interprétation des normes de contrôle judiciaire : «Plaidoyer pour le maintien de trois normes mais redéfinies», 3^e Conférence de droit administratif, Montréal, 2 décembre 2004; Pierre J. Dalphond, «Suggestions aux décideurs pour éviter un contrôle judiciaire et aux avocats, pour obtenir la cassation!», 3^e Conférence de droit administratif, Montréal, 3 décembre 2004.

86. *Supra* note 1.

87. Il exprime ce point de vue dans David J. Mullan, «*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!» (2008) 21 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 117 et dans une conférence prononcée le 3 septembre 2008 à Québec sous les auspices de l'Institut national de la magistrature.

réflexion *analytique* et *methodologique* amorcée par le juge Dickson dans l'arrêt *SCFP*.

(ii) Malgré les précautions que prennent les juges majoritaires pour souligner qu'il ne s'agit pas ici de favoriser une approche plus interventionniste, la disparition de la catégorie «manifestement déraisonnable» risque à la longue d'avoir un effet de cet ordre.

(iii) On réhabilite une définition de la «compétence au sens strict» qui me paraît dangereuse⁸⁸.

(iv) On donne du caractère raisonnable (*reasonableness*) une définition prometteuse⁸⁹, mais on semble ne plus en

88. Au paragraphe 59 de l'arrêt, les juges Bastarache et LeBel écrivent : «La "compétence" s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question.» Pour ma part, après trente-huit ans de travail dans le domaine, je n'ai *jamais* trouvé la moindre utilité à cette définition, qui d'ailleurs n'en est pas une. Le droit anglais continue, à mon sens, de faire du sur-place sur ces questions et il demeure tout aussi abscons, byzantin et emberlificoté qu'à l'époque où l'on assénait aux étudiants en droit l'arrêt *Anisminic*, *supra* note 9, en le présentant comme l'équivalent des plus fulgurantes intuitions d'Isaac Newton. Voir pour s'en convaincre l'intéressant mais aussi attristant article de Rebecca Williams, «When is an Error Not an Error? Reform of Jurisdictional Review of Error of Law and Fact» (2007) P.L. 793. Si nous devions en revenir à cela au Canada, je crois que nous appauvririons de beaucoup la discipline du droit administratif.

89. Au paragraphe 47 de l'arrêt, les juges Bastarache et LeBel écrivent : «[...] certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.» Cette description me

tenir compte lorsque vient le moment de trancher le pourvoi.

Devant l'impressionnante construction prétorienne que constitue la jurisprudence postérieure à l'arrêt *SCFP*, on aurait pu penser que tout était dit et qu'il ne restait qu'à «appliquer» le droit positif dans l'état où il se trouvait. Pourtant, à deux reprises dans des opinions minoritaires récentes, le juge LeBel, avec l'appui de la juge Deschamps, avait exprimé des réserves sur l'état des lieux : dans l'arrêt *Toronto (Ville de) c. Syndicat canadien de la fonction publique (S.C.F.P.), section locale 79*⁹⁰ et dans l'arrêt *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*⁹¹ on pouvait déceler quelques signes annonciateurs d'un retour critique sur l'œuvre accomplie par la Cour suprême depuis une quinzaine d'années.

Dans ses motifs, le juge LeBel entreprenait de revoir depuis ses débuts, c'est-à-dire depuis l'arrêt *SCFP*, l'évolution de la jurisprudence en matière de «contrôle judiciaire sur le fond»⁹². Cette expression est désormais utilisée assez couramment par la Cour et elle me paraît plus juste que plusieurs de celles qui l'ont précédée, qu'il s'agisse du contrôle pour «ultra vires», pour «erreur juridictionnelle», pour «excès de compétence», etc. En deux occasions dans ces motifs, le juge LeBel employait aussi l'expression «confusion "épistémologique"» pour décrire la relation entre «le manifestement déraisonnable» et le «raisonnable *simpliciter*»⁹³. Bien qu'il empruntât l'expression à la doctrine et qu'il l'utilisât entre guillemets, peut-être parce qu'en lecteur attentif il lui semblait préférable de parler en français d'une

convient tout à fait, mais je m'étonne, comme David Mullan (*supra* note 87), qu'on l'ait jugé inapplicable à la décision même qui faisait l'objet de la révision judiciaire dans l'affaire *Dunsmuir*.

90. [2003] 3 R.C.S. 77 [*Ville de Toronto*].

91. [2004] 1 R.C.S. 609 [*Voice Construction*].

92. *Ibid.* au par. 61 et *passim*.

93. La première de ces notions est toujours exprimée négativement (le manifestement *déraisonnable*), la seconde toujours positivement (le raisonnable *simpliciter*), ce qui ajoute une autre complication inutile dans ce champ déjà semé d'embûches.

confusion «gnoséologique»⁹⁴, je crois que le juge LeBel plaçait le problème exactement là où il se situe vraiment, c'est-à-dire sur le plan abstrait des façons de raisonner – sur le plan analytique et méthodologique.

La critique du juge LeBel se déployait sur deux plans. Premièrement, il remettait en question l'utilité d'une distinction entre «le manifestement déraisonnable» et «le raisonnable *simpliciter*», en raison de la difficulté que soulevait cette distinction de façon chronique, et de l'impossibilité d'en venir à une définition opératoire de chacune de ces deux notions. J'ai déjà mentionné au point I. B. ix. a) ci-dessus pourquoi je considère pour ma part que ce problème est insoluble. La disparition du dédoublement des normes depuis l'arrêt *Dunsmuir* est un progrès, mais j'aurais préféré pour ma part que l'on conserve la norme de l'interprétation manifestement déraisonnable⁹⁵.

Deuxièmement, le juge LeBel insistait, me semble-t-il, sur l'irréductibilité des deux normes d'intervention restantes, celle de la décision correcte (négativement : erronée) et celle de la décision manifestement déraisonnable (positivement : raisonnable à première vue ou selon un examen sommaire⁹⁶(?)).

94. Gnoséologique : qui concerne la connaissance, la gnoséologie étant en langue française la théorie générale de la connaissance – la *Critique de la raison pure* de Kant est une gnoséologie. Le français préfère réserver le terme «épistémologie» à la théorie générale de la connaissance *scientifique*. L'anglais ignore la distinction, ne connaît pas d'équivalent à «gnoséologie» et emploie «épistémologie» indifféremment pour tous les types de connaissance. Mais, à bien y penser, les motifs du juge LeBel dans cet arrêt ayant été rédigés en anglais, l'explication des guillemets se trouve probablement ailleurs.

95. L'adverbe «manifestement» a un sens. Comme je le signale parfois aux avocats qui nous plaident avec la plus grande hardiesse qu'une «erreur» de fait difficile à déceler est «manifeste et dominante», ce qui est manifeste, en temps normal, est ce qui fait l'unanimité une fois découvert. Il est rare qu'on puisse en dire autant de ce sur quoi porte une question en litige.

96. Le critère du degré de flagrance de l'irrégularité était apparemment pertinent pour distinguer le «raisonnable *simpliciter*» du «manifestement

Cette première remise en question, de l'intérieur, de la jurisprudence dominante, était opportune à mon avis et elle a porté fruit dans une certaine mesure. Cela dit, il est visible que, les motifs majoritaires dans l'arrêt *Dunsmuir* étant l'œuvre des juges Bastarache et LeBel, l'un d'entre eux a dû nuancer ses positions antérieures. Je soupçonne que c'est le juge LeBel, puisque dans les affaires *Ville de Toronto* et *Voice Construction*, le juge Bastarache faisait partie de la majorité.

Dans le sillage de cet arrêt majoritaire, j'ajouterais que l'idée que la norme de la décision correcte et celle de la décision «sommairement raisonnable» puissent se situer sur un continuum ou un spectre est insatisfaisante. Il me semble qu'en matière de contentieux administratif, la cohérence de la théorie du contrôle sur le fond impose que l'on traite dans des registres distincts l'erreur et l'interprétation déraisonnable. La première existe lorsque l'on peut démontrer son existence par un raisonnement apodictique. Dans cet ordre de valeurs, qui est celui du vrai et du faux, les propositions $2 + 2 = 5$ ou $2 + 2 = 413$ sont également erronées et l'on n'ajoute rien à la compréhension de la chose en qualifiant la première, ou la deuxième, ou les deux, de «déraisonnables».

Le hic, évidemment, et c'est là où les juristes sont saisis de vertige, c'est qu'en fin de compte peu de questions de droit débattues devant les tribunaux appellent des réponses qui sont de l'ordre du vrai et du faux. En général, lorsqu'il y a un litige sérieux devant une instance judiciaire, c'est précisément parce que les parties qui s'y affrontent ont depuis longtemps dépassé le stade où les questions étaient justiciables de réponses claires, certaines et faciles à trouver. Et le fait qu'habituellement elles ne soient pas faciles à trouver n'en fait pas pour autant, lorsqu'on parvient à les énoncer, un équivalent fonctionnel de la théorie de la relativité, c'est-à-dire de quelque chose qui est extrêmement ardu à découvrir mais qui, une fois découvert, est aussi irrésistiblement

déraisonnable». Pour une critique, voir *Ville de Toronto*, *supra* note 90 aux par. 116 et ss., juge LeBel.

vrai aussi longtemps que cela demeure vérifiable. En somme, ce que je dis, c'est qu'en droit, lorsqu'il y a litige, le pluralisme interprétatif est la règle, et non l'exception. Mais admettre ce fait, pensent les juristes, minerait la légitimité du droit. Je concède qu'il pourrait en être ainsi ailleurs qu'en droit administratif. Néanmoins, dans ce dernier champ du droit, en nier l'évidence réintroduit le formalisme étroit d'inspiration diceyenne.

L'interprétation déraisonnable, lorsque le pluralisme interprétatif est la règle, c'est celle qui est susceptible de se voir qualifiée de telle à l'unanimité ou presque des observateurs autorisés. Ainsi, je présume qu'affirmer qu'Amedeo Modigliani était un fieffé coquin et que son œuvre entière est bonne à jeter à la poubelle pourra facilement sembler «déraisonnable» à la grande majorité des critiques ou historiens de l'art, pour ne rien dire du public amateur d'art. Qualifier cette opinion d'erreur, cependant, me paraît être un abus de langage.

Le déficit analytique qui reste encore à combler dans le sillage de l'arrêt *Dunsmuir* plus de vingt-cinq ans après l'arrêt *SCFP* se situe précisément ici : la décision erronée et la décision correcte d'une part, ainsi que la décision raisonnable ou déraisonnable d'autre part, constituent des catégories de l'entendement distinctes et incommensurables. Si l'on veut, en pesant ses mots, introduire dans le contentieux administratif et en matière de contrôle sur le fond une idée d'erreur, il doit s'agir (i) soit d'une faille de raisonnement dont la fausseté est susceptible d'une démonstration apodictique⁹⁷, (ii) soit d'un raisonnement en tant que tel convenable, ou même «raisonnable», mais qui, pour

97. J'emploie ici le terme dans une acception rigoureuse : est une erreur de droit démontrable apodictiquement l'affirmation pourtant partagée par tous les juges et tous les avocats dans l'affaire *SCFP* que l'on peut «remplacer [d]es grévistes [...] à d'autres employés». C'est aussi une erreur élémentaire de syntaxe, d'une aveuglante évidence, commise par tous parce que personne ne l'a vue. Sur ce point, voir l'Annexe. Si cet élément d'information n'avait pas échappé aux avocats de l'employeur, il est manifeste qu'ils auraient plaidé autre chose.

des raisons extrinsèques et admises de politique juridique, doit être réformé.

En effet, on peut fort bien, pour des raisons extrinsèques de politique juridique par ailleurs entièrement valables, traiter comme justiciables de la première catégorie (correct ou erroné; vrai ou faux) des questions qui, ontologiquement, relèveraient de la seconde (raisonnable ou déraisonnable). Ces raisons extrinsèques de politique juridique gravitent toutes autour de la même idée : les tribunaux de droit commun, en tant que gardien de l'État de droit, doivent parfois intervenir pour préserver la cohérence systémique du droit public. Le fait pour le législateur, en droit public, d'avoir désigné dans certains champs spécialisés (p. ex. les accidents du travail et les maladies professionnelles) des interprètes de prédilection autres que les tribunaux de droit commun ne doit pas avoir pour conséquence d'engendrer une floraison chaotique de normes contradictoires. S'agissant de l'État de droit, ces experts, devant qui l'on doit s'incliner lorsqu'ils se penchent sur des questions appartenant à leur domaine de spécialité, n'ont aucune légitimité particulière; seuls les tribunaux de droit commun en ont une, en raison, notamment, de leur indépendance.

Entrent donc dans cette catégorie de questions artificiellement soumises à la dichotomie du vrai et du faux ou du correct et de l'erroné plusieurs types de questions. C'est le cas des questions de droit constitutionnel, des questions qui sans conteste possible ne relèvent pas de la compétence exclusive d'un décideur (p. ex. l'interprétation d'un droit fondamental protégé par une charte), ou des questions sur lesquelles des décideurs compétents et raisonnables s'affrontent sans être capables, éventuellement, d'arriver à un consensus (assez curieusement ce fut le cas spécifique de l'arrêt *Bibeault*⁹⁸), des questions de conflit de juridictions (ce que David Mullan appelle de façon imagée «automatic correctness review [...] where the matter in issue is one involving a jurisdictional saw-off between two regimes or

98. *Supra* note 40.

tribunaux»⁹⁹) et des questions à l'origine de conflits opérationnels au sens de l'arrêt *Shaw Cable Systems*¹⁰⁰.

On utilise déjà la notion très malléable de «question de droit» pour permettre la révision par des décideurs désignés de questions qui, en soi ou ontologiquement, ne sont que des questions de fait (p. ex le verdict déraisonnable en droit criminel). Cela signifie, essentiellement, que sur ces questions, les tribunaux de droit commun ou leurs juges auront toujours le dernier mot, et la catégorie de ces questions est presque extensible à volonté. Si cependant l'on est soucieux de préserver autant que faire se peut l'intelligibilité, la cohérence conceptuelle et, par voie de conséquence, la prévisibilité d'application du droit en matière de contentieux administratif, il est préférable que les limites de la catégorie du vrai ou du faux coïncident aussi exactement que possible avec ce qui est véritablement justiciable d'un raisonnement apodictique. Quant au reste, la norme de la décision déraisonnable devrait toujours prévaloir. Les finalités de la justice administrative (accessibilité, modicité, célérité, spécialisation et autonomie des décideurs) en dépendent.

II. Que nous réserve l'avenir?

Le point de vue que j'ai essayé de faire valoir ici est que nous n'avons pas pleinement exploité le potentiel de la révolution survenue au tournant des années 1980. Je crois que notre capacité de nous mesurer aux nouveaux problèmes qui se profilent devant nous s'en trouve diminuée, sûrement un peu, peut-être de beaucoup.

Quoi qu'il en soit, avant de revenir brièvement sur cette question du rapport entre le passé et l'avenir, je veux dresser une liste sommaire des tensions auxquelles le contentieux administratif me paraît être exposé dans les années qui viennent,

99. Mullan, *supra* note 46 à la p. 177. Il y a une analogie à faire entre ces questions et celles sur lesquelles statue à Paris, et au Palais Royal, le Tribunal des conflits.

100. *Supra* note 76.

en laissant porter le regard sur un horizon externe et un horizon interne.

Lorsque je dis «horizon externe», j'entends le contexte politique de la société nord-américaine, Canada (et donc Québec) compris, et je songe à tout changement notable qui est de nature à modifier durablement la façon dont le contentieux administratif se pratique. Par exemple, et j'y reviendrai, nous avons vu depuis une dizaine d'années un mouvement sensible au niveau fédéral, au niveau provincial, et je dirais aussi au niveau sous-continental, vers le désengagement de l'État, l'assainissement des finances publiques (parfois au prix de sacrifices importants en fait de services publics), la privatisation, l'affaiblissement des politiques de protectionnisme économique, et un peu partout la revalorisation du marché comme mécanisme d'ordonnancement des relations en société. Il en est résulté nécessairement certaines conséquences pour le droit et le contentieux administratifs. Rien ne dit, évidemment, que ces changements sont irréversibles. Au contraire, dans la deuxième partie de 2008 et en 2009 se sont amorcés un retour en force de l'État, un recul du marché et une demande accrue de régulation provoqués par la situation économique inquiétante de l'heure.

Lorsque je dis «horizon interne», j'entends plus spécifiquement le domaine du droit public, compris dans un sens large, et je songe à tout changement notable qui soit, ici encore, de nature à modifier la façon dont le contentieux administratif se pratique. En serait un exemple l'apparition dans le paysage québécois du Tribunal administratif du Québec, mais ce n'est évidemment pas le seul.

A. L'horizon externe

Ce que l'on perçoit ici est plutôt diffus, et il n'est pas toujours facile de voir quel sera l'impact spécifique des phénomènes en émergence sur le domaine restreint du contentieux administratif. Aucun peut-être, mais cela m'étonnerait. Quatre tendances, dont certaines se chevauchent

par endroits¹⁰¹, me semblent mériter qu'on s'y arrête quelques instants.

i. La transformation du rapport entre l'économie et le politique

J'ai mentionné, comme première transformation déjà en cours, la mutation du rôle de l'État et la priorité grandissante de l'économique sur le politique. Je pense à des phénomènes comme la déréglementation, la privatisation, l'«impartition» et l'instauration d'une culture du déficit zéro. Je pense aussi à une nuée de notions et de slogans, «qualité totale», «*just on time*», «*mission statement*», «*deliverables*», «plan d'affaires», «meilleures pratiques» («*best practices*»), «contrats de performance», «imputabilité», et autres expressions, pour beaucoup des anglicismes ronflants, qui ont certainement leur place dans l'industrie manufacturière, mais pas nécessairement dans la dispensation d'un service public. Tout sur Terre n'obéit pas forcément à une logique de marché. L'Église catholique romaine, par exemple, a-t-elle besoin d'un *Mission Statement* ou d'un plan d'affaires annuel? Pourquoi serait-ce le cas d'une commission

101. Voir David J. Mullan, *Administrative Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, c.23 («The Future») où l'auteur commente le phénomène en ces termes: «Of somewhat more pervasive and fundamental concern in any assessment of the future of judicial review of administrative action has to be the effects or impact of changing modes of government. At one level, there is the spectre of increasing globalization and the growing reach of international tribunals of all kinds, as exemplified by the various forms of international dispute resolution found in the North American Free Trade Agreement, mechanisms that involve the review of the decisions of domestic statutory authorities. At another level, there is the phenomenon of increasing privatization, outsourcing, and the delegation of tasks to the private sector. In this area of shared jurisdiction between governmental and non-governmental bodies for tasks that still have a significant public component, what regime of law is to operate and, to the extent that the tentacles of administrative law reach that far, what modifications, if any will be necessary? Indeed, this may very well be the most significant challenge faced by administrative law over the next few years.»

scolaire ou d'un CLSC? Et inversement, qui se soucie de la représentativité ou de la légitimité démocratique de Walmart?

À ce sujet, je ferai deux séries de remarques.

Premièrement, jusqu'à présent, ces phénomènes ont été assez peu étudiés, et je ne connais que quelques articles sérieux où l'on a évalué les effets juridiques de la privatisation d'une fonction gouvernementale¹⁰². Mais nous atteignons le stade où les tribunaux ressentent les effets de ces changements. Un phénomène voisin est celui de l'effet d'osmose (et unidirectionnel) entre la rationalité du secteur privé vers le secteur public. J'avais eu l'occasion il y a quelques années, avant d'accéder à la magistrature, de faire une recherche sur les politiques d'«imputabilité» (ou de responsabilisation) du Conseil du Trésor du Canada. J'avais pu constater à cette occasion à quel point la gestion par objectifs, l'individualisation des responsabilités du service, les programmes d'intéressement, la «nouvelle gouvernance», les primes au rendement et la planification en fonction des coûts et des bénéfices étaient devenus monnaie courante depuis quelques années dans une partie au moins de la fonction publique fédérale¹⁰³, souvent à l'instigation du Centre canadien de gestion. Toutes ces idées, qu'on pourrait qualifier ensemble d'Idéologie de l'imputabilité, proviennent du secteur privé. Viendra-t-il un temps où elles seront prises en compte dans l'évaluation de la légalité des actes de l'administration? Il faudra

102. Voir par ex., Michael J. Trebilcock et Evan Atwood, «Access to Public Information in Evolving Public-Private Sector Relationships» dans Institut canadien de l'administration de la justice, *Open Justice – La transparence dans le système judiciaire*, Montréal, Thémis, 1994, à la p. 233, et Margot Priest, «The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation» (1997-1998) 29 R.D. Ottawa 233. La question a cependant fait couler beaucoup d'encre en droit américain, comme en témoigne l'article de synthèse de Chris Sagers, «The Myth of "Privatization"» (2007) 59 Admin. L. Rev. 37.

103. Je pense, notamment, à un rapport du Conseil du Trésor du Canada mis en circulation en avril 2000 et coiffé du titre plutôt indigeste *Diversification des modes de prestation (DMP) – Attentes et approches sur la responsabilisation*.

bien, tôt ou tard, que ces nouveaux critères de bonne gestion, s'ils doivent être reçus avec autant de sérieux qu'on semble l'affirmer, finissent par influencer sur l'appréciation par le judiciaire du caractère raisonnable, normal ou approprié de décisions ou d'actions gouvernementales.

En outre, dans certains domaines, comme en matière de protection de l'environnement ou de réglementation des professions, le passage du public au privé se traduit par un glissement d'un ordre de régulation imposé, qui s'exprime par des règlements, des autorisations administratives et des permis, à un ordre de régulation négocié, qui s'exprime dans des contrats¹⁰⁴. Cela aussi change la donne, soit en éliminant le contrôle judiciaire traditionnel, soit en en limitant la portée. On avait pu observer un phénomène du même ordre il y a quelques années, phénomène qui suscite encore quelques litiges aujourd'hui, lorsque des municipalités, manquant de fonds ou de ressources fiscales, autorisaient des projets immobiliers en contrepartie de l'engagement contractuel par les promoteurs de réaliser à leurs frais les infrastructures nécessaires à leurs projets. Le problème de droit extrêmement épineux sur lequel se prononçait la *House of Lords* dans l'arrêt *Kleinwort Benson Ltd c. Lincoln City Council*¹⁰⁵ en 1998 avait pour lointaine origine un problème lié à la gestion de la trésorerie d'un organisme public comme s'il s'était agi de celle d'une entité privée.

Fort heureusement, un fonds de doctrine de haute qualité¹⁰⁶ se développe depuis quelques années autour de ces

104. Voir *Ordre professionnel des orthophonistes et audiologistes du Québec c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [2008] R.J.Q. 2531 (C.A.).

105. [1999] 2 A.C. 349.

106. Voir Daniel Mockle, «Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation» (2002) 43 C. de D. 143; Daniel Mockle, «L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public» (2003) 44 C. de D. 297 et Daniel Mockle, «La gouvernance publique et le droit» (2006) 47 C. de D. 89; Michelle Cumyn, «La contractualisation de l'action publique : contrat juridique ou contrat social?» (2006) 47 C. de D. 677; Pierre-Hugues

transformations de l'action gouvernementale. Il y a là, je pense, plus qu'une piste à exploiter, mais un champ en devenir dans le droit administratif de demain.

Deuxièmement, dans le sillage de ce désengagement de l'État, on commence à observer au Canada l'émergence d'un paradigme d'analyse économique du droit. Bien qu'il conserve une faible mesure d'avance sur la plupart des pays européens¹⁰⁷, le Canada, à ce titre, est très en retard sur les États-Unis. Pour le moment, et sous réserve de quelques exceptions¹⁰⁸, les promoteurs les plus actifs de cette perspective sur le droit se trouvent surtout au Canada anglais, en particulier en Ontario et à l'Université de Toronto. Le paradigme de l'analyse économique du droit prend le relais de la très puissante École d'analyse économique du droit américaine (et notamment des théoriciens du *Rational Choice* ou *Public Choice*¹⁰⁹), celle qui occupe aujourd'hui une place de premier plan dans la recherche en droit et force un ré-examen en profondeur du rapport public-privé. Au début, les secteurs les plus exposés sont les plus imbriqués à l'économie : la réglementation de la concurrence, des valeurs mobilières, des intermédiaires de marché, des brevets et des marques de commerce. Mais l'analyse économique du droit est fortement hégémonique¹¹⁰ et son influence s'étend vite à d'autres

Vallée, «Le problème de la qualification juridique de l'action administrative négociée : un défi aux catégories classiques du droit?» (2008) 49 C. de D. 175.

107. Les Pays-Bas et l'Allemagne, par exemple, se montrent de plus en plus accueillants pour l'analyse économique du droit.

108. Au premier rang desquels je rangerais l'ouvrage précurseur des professeurs Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Paris/Montréal, Dalloz/Thémis, 2008.

109. On trouvera une intéressante critique de cette théorie de la privatisation dans Michael D. Wright, «A Critique of the Public Choice Theory Case for Privatization : Rhetoric and Reality» (1993) 25 R.D. Ottawa 1.

110. Comme le démontrent les programmes de la John M. Olin Foundation, auxquels mes collègues et moi sommes régulièrement invités. Un article de Gary Coglianese, professeur à la John F. Kennedy School of Government de l'Université Harvard, donne une bonne vue d'ensemble de ce que l'analyse économique du droit peut accomplir en droit

domaines d'intervention de l'État: la protection de l'environnement, les professions, l'immigration, les ressources naturelles ou la mise en marché des produits agricoles, pour n'en citer que quelques-uns¹¹¹. Cela peut sembler bien loin de nous, mais rappelons-nous que les arrêts *Canada (Directeur des enquêtes et de la recherche) c. Southam Inc.*¹¹² et *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*¹¹³ avaient l'un et l'autre pour origine un litige du type de ceux sur lesquels l'analyse économique du droit est intarissable. Et je ne pense pas qu'aux États-Unis on aurait pu trancher ces litiges sans puiser généreusement dans les travaux de ce genre.

ii. La mondialisation de l'économie et des crises économiques

On ne peut évoquer cette seconde tendance – un poncif – sans penser à la tendance précédente, dont elle est très voisine. Déjà, en vertu des accords de libre-échange actuellement en vigueur, une part du contentieux administratif qui compétait autrefois des tribunaux canadiens relève désormais d'organismes internationaux, lesquels peuvent réviser les décisions de décideurs canadiens agissant en vertu de lois canadiennes. Il est vrai qu'en fait, cela n'affecte pour le moment que la compétence de la Cour fédérale.

Mais le phénomène a des ramifications plus larges, dont certaines peuvent sembler positives et d'autres moins. D'une part,

administratif : Gary Coglianese, «Empirical Analysis and Administrative Law» (2002) U. Ill. L. Rev. 1111.

111. On peut se faire une idée de la puissance d'analyse, mais aussi de la charge idéologique du paradigme en lisant la recension, en matière de droit de l'environnement, de Lisa Heizerling, «The Accidental Environmentalist : Judge Posner on Catastrophic Thinking», Georgetown University Law Center, *Public Law & Legal Theory Working Papers Series* n° 770326 (2005); voir aussi Frank Ackerman et Lisa Heizerling, *Priceless : On Knowing the Price of Everything and the Value of Nothing*, New York, The New Press, 2004.

112. [1997] 1 R.C.S. 748.

113. *Supra* note 79.

quelques organismes internationaux, dont l'Organisation mondiale du commerce (OMC), usent de leur influence pour que soit instauré dans des pays anciennement ou même actuellement communistes un processus de «*Judicial Review*» du genre de ceux qui ont cours dans les pays de *common law*. J'ai moi-même eu l'occasion, avant d'accéder à la magistrature, de participer avec des juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec à des programmes de formation pour des juges chinois, programmes qui portaient sur le contentieux administratif et qui étaient destinés à satisfaire certaines demandes de l'OMC. Bien que je sois personnellement assez sceptique devant ces initiatives qui traitent les institutions juridiques comme des choses tangibles, exportables par air ou par mer, plutôt que comme des pratiques ancrées dans des cultures juridiques et politiques¹¹⁴, je note que le modèle de l'État de droit auquel nous sommes habitués ici paraît recherché par les pays qui en étaient autrefois privés. En somme, s'il existe un modèle de contentieux administratif qui, avec ses variantes, serait universalisable, ce serait le nôtre. Eh bien, tant mieux si ce devait être le cas (mais il me semble que le droit administratif français ou allemand auraient eux aussi quelque chose de valable à contribuer).

D'autre part, sous certains aspects, la même tendance est quelque peu inquiétante. J'ai parlé plus haut des penchants fortement hégémoniques de l'analyse économique du droit. L'influence considérable de ce mouvement d'idées se reflète dans l'importance que lui accordent des institutions comme l'OMC ou la Banque mondiale.

À ce sujet, les travaux de droit comparé mis en circulation par la Banque mondiale sous le titre *Doing Business* –

114. En particulier, comme je me suis d'ailleurs appliqué à le dire à différentes occasions à Beijing, Hô Chi Minh Ville, Danang, Phnom Penh et Hanoi, le contrôle judiciaire de tradition anglo-américaine doit se concevoir comme un *contre-pouvoir*, un aspect de la chose souvent passé sous silence et qui n'est pas de nature à en accroître l'attrait dans des pays dotés d'un parti unique.

*Benchmarking business regulations*¹¹⁵ sont fort révélateurs. Il s'agit de comparer au moyen d'indices statistiques très détaillés, tels que la durée normale d'une procédure donnée ou le montant des frais de justice, l'état du droit dans 145 pays différents sur cinq catégories de variables : (1) les conditions et formalités nécessaires à la création d'une entreprise, (2) les conditions d'embauche, de mise à pied et de congédiement du personnel, (3) les conditions d'exécution forcée de contrats courants auxquels il y a contravention manifeste, (4) les conditions d'obtention de crédit, et (5) les conditions auxquelles une entreprise insolvable peut faire faillite. On y apprend par exemple que quiconque souhaite fonder une entreprise en Indonésie doit compter au moins 168 jours entre le début des formalités et la date de commencement des activités, et qu'une mise de fonds égale à trois fois le revenu moyen *per capita* est impérative (!). Ou qu'il faut 27 procédures et en moyenne 550 jours pour obtenir la sanction par les tribunaux des Émirats arabes unis de l'inexécution d'une obligation de payer. Ou que la procédure de faillite en Inde dure en moyenne dix ans.

A priori, ces travaux comparatifs ont une grande puissance de persuasion. Ils prétendent mettre en lumière les avantages importants d'une économie libérale s'épanouissant sans entraves dans un système de droit qui use avec grande, voire extrême, modération de la réglementation. Mais, quand on y regarde de plus près, on décèle ici des postulats contestables et, surtout, une adhésion insidieuse à la proposition que la déréglementation et la protection du droit de propriété sont les finalités les plus hautes de l'État et les assises fondamentales d'une économie florissante. Ainsi :

Does cumbersome business regulation matter? Yes, and particularly for poor people. In much of Africa, Latin America, and the former Soviet Union, excessive regulation stifles productive activity [...]. And government does not focus on what it should – defining and protecting property rights.

115. Consulter le site <http://rru.worldbank.org/DoingBusiness/>.

[...]

Another important variable in explaining different levels of regulatory intervention is legal origin. Together, income and legal origin account for more than 60 percent of the variation in regulation. While country wealth has long been recognized as a determinant of the quality of institutions (for example, in the writings of Nobel laureate Douglass North), the importance of legal origin has only recently been investigated. The regulatory regimes of most developing countries are not indigenous – they are shaped by their colonial heritage. When the English, French, Spaniards, Dutch, Germans, and Portuguese colonized much of the world, they brought with them their laws and institutions. After independence, many countries revised legislation, but in only a few cases have they strayed far from the original. These channels of transplantation bring about systematic variations in regulation that are not a consequence of either domestic political choice or the pressures toward regulatory efficiency. Common law countries regulate the least. Countries in the French civil law tradition the most.

Bref, on doit toujours préférer la réglementation par le moyen de la propriété privée (car c'en est un) à la réglementation par l'action réglementaire; aussi la France se voit-elle coiffée du bonnet d'âne. Voilà une vision des choses qui manque un peu de nuances. Pourtant, elle s'inscrit très bien dans le prolongement de l'analyse économique du droit américain et, dans la mesure où elle conforte la pensée dominante dans des organismes de l'envergure de la Banque mondiale, elle n'incite guère à opter pour le modèle rival auquel nous étions habitués, celui de l'engagement limité de l'État dans l'économie, sous contrôle des tribunaux de droit commun.

Le Québec est peut-être moins sensible que d'autres entités politiques à ces idéologies néo-libérales. Néanmoins, je me demande ce que diraient les auteurs des études massives et coûteuses que commande la Banque mondiale si on leur

demandait d'évaluer l'«efficacité» de la C.S.S.T. ou du réseau de santé publique du point de vue de *Doing Business*.

Enfin, dernière remarque sous ce chef, la mondialisation, l'expansion du libre-échange, la croissance de l'OMC et l'ubiquité actuelle de l'idéologie libérale coïncident peut-être avec la fin d'un cycle plutôt qu'avec la «fin de l'histoire» annoncée par Francis Fukuyama dans un essai célèbre. Il n'y a pas que le marché qui se mondialise, les crises aussi se généralisent. L'effondrement des marchés financiers en 2008 et l'intervention massive (je dirais presque «héroïque») des États au soutien des institutions financières entraîneront nécessairement dans leur sillage une nouvelle vague de contrôles par la réglementation et une réapparition progressive du droit là où il semblait s'être tu.

iii. Les attentes et les inquiétudes sécuritaires

Il est banal de dire que bien des choses ont changé sous l'effet des attentats du 11 septembre 2001. Le droit s'en est naturellement ressenti. Étant donné son rapport assez étroit avec les questions d'immigration, ce phénomène intéresse peut-être plus la Cour fédérale que la Cour supérieure ou la Cour d'appel du Québec, comme semble le démontrer le récent jugement dans l'affaire *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*¹¹⁶. Néanmoins, il y a d'autres domaines – telle par exemple la révision d'une décision ministérielle en matière d'extradition – qui seront affectés par les nouvelles dispositions législatives ou réglementaires de droit fédéral adoptées dans la foulée des événements du 11 septembre 2001. Les tensions avec la *Charte canadienne des droits et libertés* sont ici évidentes. Il est trop tôt pour faire état d'une nouvelle jurisprudence en la matière, mais déjà quelques commentaires doctrinaux sérieux se sont attachés à évaluer l'impact de ces changements sur le droit administratif. Je signale en particulier l'article compact de David Mullan¹¹⁷ dont la dernière partie s'intitule «Administrative Law in a Time of

116. [2009] F.C.J. No. 656.

117. *Supra* note 46 aux pp. 194-205.

Terrorism», ainsi que le texte du professeur Lorne Sossin paru dans un ouvrage collectif consacré aux répercussions de la *Loi anti-terroriste*¹¹⁸, et qui traite de «The Intersection of Administrative Law with the Anti-Terrorism Bill»¹¹⁹. Pour le moment, les observateurs les plus avertis semblent s'accorder pour dire que le principal effet de ces changements aura été d'accélérer la concentration de pouvoirs discrétionnaires importants entre les mains de l'exécutif, et d'élargir le champ d'application des règles assurant la confidentialité de certains types de décisions et de mesures gouvernementales.

iv. Les formes nouvelles de contrôle de l'action gouvernementale

Je ne m'étendrai pas sur cette question, car le phénomène me semble assez évident. On assiste depuis quelques années à la revalorisation ou à la mise en place d'institutions gardiennes de l'intégrité gouvernementale et qui fonctionnent en dehors du circuit judiciaire : je pense notamment au juriconsulte de l'Assemblée nationale, au Commissaire au lobbyisme du Québec, au Commissaire à l'éthique fédéral, aux ombudsmans et protecteurs du citoyen et, bien entendu, au vérificateur général. Ces intervenants exercent un contrôle de plus en plus étroit sur des comportements institutionnels ou individuels qui auparavant relevaient d'abord des tribunaux, mais qui de ce fait échappaient parfois à une censure impossible sur le plan juridique, mais méritée sur le plan de la déontologie, de l'éthique, de l'équité ou de la transparence administrative. J'en donnerai un exemple. La visibilité du Vérificateur ou de la Vérificatrice général(e) s'est considérablement accrue depuis quelques années, de même je crois que son autorité morale (il se peut que ce phénomène ne soit que conjoncturel). Cela étant, il me semble probable qu'aujourd'hui le type de jeux d'écritures que le demandeur

118. L.C. 2001, c. 41.

119. Lorne Sossin, «The Intersection of Administrative Law with the Anti-Terrorism Bill» dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, dir., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, p. 419.

attaquait dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Villeneuve*¹²⁰, et que la Cour d'appel jugea juridiquement valide, ferait l'objet d'une censure autre que juridique, mais efficace tout de même. Autrement dit, les contrôles externes sur l'action gouvernementale se sont multipliés et renforcés, ce qui me paraît être une bonne chose : les tribunaux de droit commun n'étant plus seuls à assumer la tâche, ils risquent moins de décevoir les attentes de justiciables qui s'estiment lésés par une décision juridiquement inattaquable, mais éthiquement contestable de l'État.

B. L'horizon interne

J'ai déjà beaucoup insisté sur ce qui me paraissait le plus important et je n'aborderai pas les sujets qu'il me reste à traiter avec autant de détails que ce qui précède. De toute façon, il s'agit de questions juridiques, et je pense que tous ceux et celles qui travaillent en droit administratif sont bien conscients des mouvements qui se dessinent sous chacun des sous-titres que j'énumère ici.

i. Les chartes, les tribunaux administratifs et le pluralisme interprétatif

Il y a ici, et de façon assez évidente, un conflit de finalités. Entre les arrêts *Weber c. Ontario Hydro*¹²¹ d'une part, et d'autre part les arrêts *Québec (Commission des droits de la personne et de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*¹²² et *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*¹²³, la question de la compétence des tribunaux administratifs de connaître des litiges qui soulèvent des questions de droits fondamentaux a été débattue à plusieurs reprises en Cour

120. [1996] R.J.Q. 2199 (C.A.). En première instance devant le juge Jean Moisan de la Cour supérieure, le demandeur avait eu gain de cause sur sa demande de jugement déclaratoire : voir *Villeneuve c. Québec (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 1935 (C.S.).

121. [1995] 2 R.C.S. 929.

122. [2004] 2 R.C.S. 185.

123. [2004] 2 R.C.S. 223.

suprême du Canada. Je ne suis pas sûr qu'une solution d'application relativement simple ait déjà émergé de cette jurisprudence. Mais là n'est pas la question. Le problème résulte du fait que les questions de droits fondamentaux dérivent naturellement vers l'ordre du vrai et du faux, et non dans celui du déraisonnable ou de ce qui ne l'est pas : en somme, elles appellent naturellement dans l'esprit de la plupart des observateurs des réponses qui satisfont à un idéal de perfection juridique. Cela étant, il y a un risque sérieux qu'en faisant intervenir dans la prise de décision administrative, puis dans la révision judiciaire de décisions administratives, des questions ressortissant à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou à la *Charte des droits et libertés de la personne*, on introduise sous cet angle et en permanence la norme d'intervention la plus exigeante pour les décideurs. Ils n'ont plus «le droit à l'erreur», ou tout simplement la faculté de trancher raisonnablement une question, parce qu'en ces matières on ne peut qu'avoir raison ou tort et que les erreurs ne sont pas permises¹²⁴.

La Cour d'appel, comme la Cour suprême dans l'arrêt *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. Syndicat des employés et employées de la fonction publique de l'Ontario, section locale 324*¹²⁵, est consciente de ce problème et s'est déjà prononcée dans quelques espèces de manière à concilier autant que faire se peut les finalités des droits fondamentaux avec celles, notamment, des régimes d'indemnisation encadrés par des tribunaux administratifs¹²⁶. Mais le potentiel de friction demeure. Sans être omniprésentes, les questions de droits fondamentaux sont envahissantes. Or, elles appellent généralement des jugements «corrects», puisque la valeur emblématique qu'on leur

124. J'en donne un exemple. Il n'y a aucun doute dans mon esprit que, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, les juges McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish ont tous signé ou co-signé et versé au dossier des motifs éminemment raisonnables. Il n'en demeure pas moins que dans l'ordre du droit positif les juges Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps avaient tort. Un point c'est tout.

125. [2003] 2 R.C.S. 157, particulièrement aux paragraphes 50-54.

126. Voir par ex. *Mueller Canada inc. c. Ouellette*, [2004] R.J.Q. 1397.

attribue implique qu'en de telles matières on ne peut se satisfaire de décisions simplement raisonnables, ni a fortiori d'une mesure d'à peu près, c'est-à-dire de décisions qui, sans être en accord précis avec la vision qu'un tribunal judiciaire aurait de la question, ne sont pas pour autant déraisonnables. Bref, lorsqu'il s'agit de droits dits *fondamentaux*, la nature de l'enjeu fait que seule la perfection juridique peut satisfaire les parties immédiatement intéressées. Si l'on n'y prend garde, ces questions deviendront en droit administratif un cheval de Troie au moyen duquel sera réintroduite une version de la rectitude juridique semblable à celle décrite au point I. B. ii. ci-dessus. Certes, son amplitude ne sera pas la même, car il ne s'agira pas de «toute question de droit», mais seulement de «toute question de droits fondamentaux». Étant donné, cependant, la malléabilité de cette dernière notion, je crois qu'il s'agit là d'une bien maigre consolation. Déjà, la doctrine s'inquiète de ce phénomène¹²⁷.

ii. Le TAQ et la Cour du Québec

Naguère nouvel arrivant dans le paysage du droit administratif québécois, le Tribunal administratif du Québec (TAQ) s'est maintenant bien intégré, je crois. Il a survécu à une robuste contestation de sa constitutionnalité¹²⁸ et un arrêt récent de la Cour d'appel a précisé les limites de ses attributions quand il siège lui-même en révision de ses propres décisions¹²⁹. On trouve d'ailleurs dans cette décision une application intéressante et, pour une fois, à mon sens, entièrement justifiée, de la notion de décision raisonnable *simpliciter*. En somme, j'ai l'impression que cette nouvelle réforme d'envergure qui introduisait une quantité d'inconnues en droit administratif a été suivie d'une transition

127. Voir Thomas Poole, «Between the Devil and the Deep Blue Sea : Administrative Law in an Age of Rights», London School of Economics Law, *Society and Economy Working Papers*, 9/2008.

128. *Barreau de Montréal c. Québec (Procureur général)*, [2000] R.J.Q. 125 (C.S.), conf. par [2001] R.J.Q. 2058 (C.A.) autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28910 (17 octobre 2002), demande de réexamen refusée, 28910 (12 décembre 2002).

129. *Québec (Tribunal administratif) c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.).

harmonieuse. Je serais curieux de savoir quel est, statistiquement parlant, l'effet de cette réforme sur le corpus litigieux en droit administratif, mais il ne me semble pas qu'elle ait eu un impact négatif sur la compétence de principe des tribunaux supérieurs de droit commun.

Je n'en dirais peut-être pas tant de la compétence *ad valorem* de la Cour du Québec. Plusieurs grands arrêts constitutionnels des années 1970 et 1980, souvent rendus, d'ailleurs, dans un contexte de droit administratif, avaient circonscrit la compétence provinciale en matière de contrôle judiciaire. Je pense aux arrêts *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*¹³⁰, *Québec (Procureur général) c. Farah*¹³¹, *Crevier c. Québec (Procureur général)*¹³² ou *Canada (Procureur général) c. Grondin*¹³³. Mais ce n'est pas seulement sous ce chef que les pouvoirs inhérents des cours supérieures sont protégés par la Constitution. L'expansion considérable qu'a connue depuis plusieurs années la compétence de la Cour du Québec, dans des champs spécialisés par l'extension de «juridictions statutaires», mais aussi en droit commun par l'augmentation de sa compétence *ad valorem* sur tout litige d'une valeur inférieure à 70 000 \$, me paraît receler un problème potentiel au regard de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867¹³⁴. Peut-être faudra-t-il refaire d'ici peu l'exercice d'analyse auquel s'était livrée la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la Cour de Magistrat*¹³⁵ – il n'est pas exclu, bien sûr, que le résultat demeure le même.

iii. La médiation, la conciliation et le pluralisme interprétatif

Avant d'accéder à la magistrature, j'avais trouvé fort intéressants les travaux du professeur Daniel Mockle sur les voies

130. [1973] R.C.S. 681.

131. *Supra* note 31.

132. *Supra* note 30.

133. [1983] 2 R.C.S. 364.

134. (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

135. [1965] S.C.R. 772.

parallèles que la justice administrative pourrait emprunter (par médiation, conciliation ou négociation) pour réaliser ses objectifs¹³⁶. Bien que d'abord dubitatif devant certaines utilisations des modes dits «alternatifs» de règlement des différends¹³⁷, je ne contestais pas les avantages que présentent dans la plupart des cas les solutions négociées ou consensuelles, qu'elles s'obtiennent avec ou sans assistance. Or, ces pratiques se sont beaucoup répandues depuis une dizaine d'années, à la fois dans l'Administration et au sein de tribunaux administratifs importants, la législation ayant été modifiée en conséquence. Le résultat global me paraît très encourageant. La Cour d'appel elle-même, maintenant, et malgré qu'elle ait *a priori* le profil d'une institution judiciaire vouée à l'interprétation et la sanction du droit, a recours presque quotidiennement, et dans de nombreux dossiers, à une procédure consensuelle de médiation devant l'une ou l'un de ses juges. Ici encore, les résultats sont patents.

Ces voies de règlement des différends me semblent présenter des affinités nombreuses avec la représentation du droit qu'offre le pluralisme interprétatif. Le droit n'est jamais une fin en soi, il est un moyen vers une solution, vers un arbitrage intellectuellement et socialement acceptable d'intérêts divergents. À mon avis, avant la révolution dont j'ai fait état ici, le droit public

136. Voir notamment Daniel Mockle, «Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif» dans Jean-Louis Baudoin, dir., *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux*, Association Henri Capitant, Cowansville, Yvon Blais, 1997, 85; Daniel Mockle «Le développement des formules non juridictionnelles inspirées du modèle de l'Ombudsman» dans Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal, *Nouvelles pratiques de gestion des litiges en droit social et du travail : actes de la 4^e journée en droit social et du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 43 et Daniel Mockle, «Zéro contentieux – L'ouverture d'une troisième voie en droit administratif par le règlement amiable des différends» (1991) 51 R. du B. 45.

137. J'avais examiné la question dans Yves-Marie Morissette, «(Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice» (1991) 51 R. du B. 585. Mais, tout compte fait, rien dans ce texte ne mettait en doute qu'une coexistence pacifique puisse exister entre solutions négociées et solutions imposées par un tribunal judiciaire ou administratif.

canadien – tout particulièrement dans le champ du contentieux administratif – véhiculait une conception sourcilleuse et inflexible de la vérité en droit. C'était celle de Dicey, un esprit par ailleurs d'une grande qualité, on en convient. Tout était de l'ordre du vrai ou du faux, et les tribunaux de droit commun étaient en fin de compte les seuls garants de cette vérité. De cette conception découlaient des conséquences fort malencontreuses pour le droit administratif, dont une tendance irrépressible à la judiciarisation. Aujourd'hui, en droit public canadien, cette conception s'est surtout retranchée dans le champ des droits fondamentaux, où chacun est généralement sûr de son bon droit et où les protagonistes ont trop souvent tendance à présenter les intérêts divergents qu'ils défendent comme des vérités irrécusables et universelles. L'arrêt *SCFP* a démontré en quelques pages limpides combien sont vite atteintes les limites de ce modèle interprétatif. La médiation et la conciliation font partie des mécanismes de mise en œuvre du droit qui, comme la procédure simplifiée ou non contentieuse devant les tribunaux administratifs, portent en eux une conception pluraliste du droit. Aussi a-t-on pu parler dans ce contexte d'une transformation du rapport au droit¹³⁸. Ces avancées sont nouvelles et, malgré quelques travaux théoriques dans ce sens¹³⁹, elles demeurent «*under-theorized*». Mais je crois que c'est une voie pleine de potentiel, même dans le champ des droits dits «fondamentaux».

Conclusion

Il est grand temps de conclure. Pendant quelques années autour de 1980, nous avons assisté en droit administratif canadien à une période extrêmement féconde et riche en

138. Louise Otis, *La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire – 8e Conférence Albert-Mayrand*, Montréal, Thémis, 2005.

139. Voir Louise Lalonde, «La médiation, une approche "internormative" des différends?» (2002-2003) 33 R.D.U.S. 99, Roderick A. Macdonald, «L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées» (2002-2003) 33 R.D.U.S. 133 et Georges A. Legault, «La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit» (2002-2003) 33 R.D.U.S. 153.

nouveautés. Tout au long de cette période, le juge Dickson a été, selon moi, le principal propagateur de cet esprit de réforme. Les idées qu'il avait d'abord exprimées plusieurs années auparavant dans des motifs de dissidence, souvent avec l'accord du juge Laskin, ont acquis de plus en plus d'ascendant et sont devenues avec le temps les bases du droit administratif des vingt dernières années. Nous devons à la plume du juge Dickson l'arrêt *SCFP*. Si nous voulons enrichir et simplifier la discipline, travailler à rendre le droit administratif plus intelligible comme on l'a fait à cette époque, et plus fidèle à ses principales finalités, il nous faut remonter aux sources et approfondir l'effort d'analyse entrepris dans l'arrêt *SCFP*. Le droit administratif pourrait en ressortir moins opaque et plus fonctionnel, ce qui serait déjà un progrès. Comme le contexte dans lequel évolue le droit public connaît actuellement des mutations importantes, le moment est peut-être propice pour asseoir le contentieux administratif sur de meilleures bases conceptuelles, celles déjà délimitées par le juge Dickson.

Bien entendu, tout cela n'est qu'affaire d'interprétation. Je crois que celle proposée ici est raisonnable et je n'en dirai pas plus.

ANNEXE

**Nature du problème d'interprétation soulevé
par l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique,
section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-
Brunswick*,
[1979] 2 R.C.S. 227.**

Texte anglais de la disposition

102 (3) Where subsection (1) and subsection (2) are complied with employees may strike and during the continuance of the strike

(a) the employer shall not replace the striking employees or fill their position with any other employee, and

(b) no employee shall picket [...].

Interprétation I

102 (3) [...] during the continuance of the strike

(a) the employer shall not replace the striking employees or fill their position **with any other employee**, and

Version française

102 (3) Les employés peuvent faire la grève lorsqu'ils se sont conformés au paragraphe (1) et au paragraphe (2) et pendant toute la durée de la grève

(a) l'employeur ne doit pas remplacer les grévistes ou attribuer leurs postes à d'autres employés, et

(b) les employés ne doivent pas participer à un piquet de grève [...].

Interprétation I

102 (3) [...] pendant toute la durée de la grève

(a) l'employeur ne doit pas remplacer les grévistes ou attribuer leurs postes **à d'autres employés**, et

Interprétation II

102 (3) [...] during the
continuance of the strike

(a) the employer shall not
replace the striking
employees **with any
other employee** or fill
their position **with any
other employee**, and

Interprétation II

102 (3) [...] pendant toute la
durée de la grève

(a) l'employeur ne doit pas
remplacer les grévistes **à
d'autres employés** ou
attribuer leurs postes **à
d'autres employés**, et

Commentaires

- La question à résoudre. Il s'agissait de savoir si, en ayant fait appel à des cadres pour remplacer des grévistes pendant une grève, l'employeur avait contrevenu à l'alinéa 102(3)(a). L'employeur plaidait que non et invoquait l'interprétation II de la disposition.
- La divergence entre les deux versions de la loi. Il est manifeste que l'interprétation II est possible en anglais, mais impossible en français : on ne peut pas, en français, remplacer quelqu'un «à un autre», pas plus qu'on ne peut mettre son chapeau «dans sa tête» ou s'asseoir «par une chaise». Cette évidence n'est cependant mentionnée nulle part, car elle a échappé à tout le monde, y compris à la Cour suprême. (Les lois du Nouveau-Brunswick existent en deux langues officielles depuis 1969.)
- L'«erreur» que contient l'arrêt SCFP. C'est donc une *erreur*, interdite par la lettre du texte et par la syntaxe, de soutenir que l'expression «à d'autres employés» à la fin de l'alinéa (b) du paragraphe 102(3) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B., 1973, c. P-25, qualifie à la

fois l'expression «remplacer les grévistes» et «attribuer leur poste».

- L'effet de cette erreur. Néanmoins, la cause ayant été plaidée en anglais à tous les niveaux, cette caractéristique de la version française officielle de la loi en question est passée inaperçue, et l'on a imputé au texte une ambiguïté dont il était exempt, du moins en langue française. Aussi le juge Dickson écrit-il à la page 230:

On one point there can be little doubt – section 102(3) is very badly drafted. It bristles with ambiguities. Mr. Justice Limerick of the New Brunswick Appeal Division, in the course of his reasons in the present litigation, said: "Four possible interpretations immediately come to mind."

Au départ, le moins que l'on puisse dire est que l'al. 102(3)(a) est très mal rédigé. Il est hérissé d'ambiguïtés. Dans ses motifs de jugement en l'espèce, le juge Limerick de la Division d'appel du Nouveau-Brunswick a déclaré : [TRADUCTION] «Quatre interprétations possibles viennent immédiatement à l'esprit.»

- Les interprétations possibles de la loi. Les quatre interprétations possibles auxquelles fait allusion le juge Limerick, et qui se compénètrent, sont les suivantes : (I) l'expression «à d'autres employés» ne qualifie que l'expression «attribuer leurs postes»; (II) l'expression «à d'autres employés» qualifie à la fois l'expression «attribuer leurs postes» et l'expression «remplacer les grévistes»; (III) l'expression «remplacer les grévistes» vise un remplacement permanent et l'expression «attribuer leurs postes» vise un remplacement temporaire; (IV) l'expression «remplacer les grévistes» vise un remplacement temporaire et l'expression «attribuer leurs postes» vise un remplacement permanent.

- L'argumentation de l'employeur : Devant la Commission des relations de travail dans les services publics, l'employeur a principalement fondé sa position sur l'interprétation II ci-dessus, comme le souligne le juge Dickson à la page 231 :

The major argument of the employer before the Board was that to which I have alluded, quite simply that the phrase "with any other employee" in s. 102(3)(a) covered *both* earlier branches of that paragraph, i.e. "replace the striking employees" or "fill their position".

Le principal argument de l'employeur devant la Commission se limite à la thèse, à laquelle j'ai déjà fait allusion, que l'expression «à d'autres employés» se rapporte aux *deux* interdictions mentionnées dans l'alinéa, savoir «remplacer les grévistes» ou «attribuer leurs postes».

L'un des paradoxes les plus frappants de l'arrêt de la Cour suprême est que le «principal argument de l'employeur», selon la version française officielle des recueils de la Cour (qui, nécessairement, reproduit les termes de la version française officielle de la loi) *n'a pas de sens*. Le simple fait de citer la loi dans son autre version officielle prive le «principal argument» de son statut d'argument et l'expose pour ce qu'il est : un non-sens au plan lexical.

- L'interprétation «raisonnable» de la Commission : En dernière analyse, la Cour suprême se prononce unanimement en faveur de l'interprétation avancée dans ses motifs par la Commission. Cette interprétation peut être qualifiée de téléologique puisqu'elle s'appuie sur l'objet général de la *Loi* et sur la finalité apparente du paragraphe 102(3) de la *Loi*. Le juge Dickson résume ainsi, aux pages 231 et 232, les motifs de la Commission, qu'il fera siens aux pages 241 et 242 de ses propres motifs :

It was the opinion of the Board that when the Legislature saw fit to grant the right to strike to public employees, it intended through the enactment of s. 102(3) to restrict the possibility of picket-line violence by prohibiting strikebreaking, on the one hand, and picketing, on the other. This apparent intention, the Board held, would be frustrated if the words "with any other employee" were to be interpreted as modifying "replace" as well as "fill their position", "for in that case there would be nothing to stop the Employer from replacing the strikers with anyone not coming within the definition of 'employee' in the *Public Service Labour Relations Act* The result of such an interpretation would be that the strikers would have been deprived of their right to picket, but the employer would not have been deprived of the right to employ strike-breakers."

[La Commission] a conclu que lorsque le législateur a décidé d'accorder le droit de grève aux employés des services publics, il a voulu, par l'adoption du par. 102(3), limiter la possibilité de violence par suite d'un piquet de grève en interdisant, d'une part, les briseurs de grève et, d'autre part, le piquet de grève même. La Commission a jugé qu'on ne pourrait parvenir à ce but manifeste si les mots «à d'autres employés» devaient se rapporter à la fois à «remplacer» et à «attribuer leurs postes», [TRANSLATION] «car, dans ce cas, rien n'empêcherait l'employeur de remplacer les grévistes par des personnes qui n'entrent pas dans le cadre de la définition du mot «employé» selon la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* [...] . Cette interprétation aurait pour effet de priver les grévistes de leur droit de faire un piquet de grève sans pour autant priver l'employeur du droit d'avoir recours à des briseurs de grève.»

Il est heureux, quoique peut-être en partie accidentel, que l'interprétation téléologique adoptée par la Commission ait coïncidé avec l'interprétation I. Le contraire eût été embarrassant. On peut cependant adresser à l'interprétation de la Commission le reproche auquel s'exposent la plupart des interprétations téléologiques : celui d'appuyer les prémisses sur la conclusion avant de justifier la conclusion par les prémisses. En outre, ayant atteint l'objectif souhaité en invoquant la finalité de la loi pour dissiper l'ambiguïté entre les interprétations I et II, la Commission n'a pas eu à se préoccuper de dissiper l'ambiguïté entre les interprétations III et IV de la *Loi*.

- L'interprétation «raisonnable» du juge Limerick : Quant à l'interprétation du juge Limerick, dont le juge Dickson dit à la p. 238 qu'elle «semble raisonnable à première vue» même si «avec égards [...] elle ne l'est ni plus ni moins que l'interprétation retenue par la Commission», elle est essentiellement exégétique et peut se résumer comme suit :
 1. Le paragraphe 6(2) de la *Loi* énonce : «Sous réserve de l'alinéa 102(3)(a), aucune disposition de la présente loi ne porte atteinte au droit que possède l'employeur d'engager des entrepreneurs privés ou de passer des marchés avec des entrepreneurs pour faire effectuer des travaux à quelque fin que ce soit.»
 2. On peut déduire des cinq premiers mots du paragraphe 6(2) que la sous-traitance est toujours permise, *sauf dans les situations visées par l'alinéa 102(3)(a)*. Il faut donc qu'une partie de l'alinéa 102(3)(a), tel que rédigé, puisse être comprise comme dépeignant des situations de sous-traitance.
 3. L'alinéa 102(3)(a) traitant, notamment, de la faculté pour l'employeur d'attribuer leurs postes [des grévistes] à d'autres employés», et cette périphrase étant manifestement inapplicable à la sous-traitance

puisqu'elle vise «d'autres employés», seule l'expression «remplacer les grévistes» dans l'alinéa 102(3)(a) est susceptible de viser la sous-traitance, et à condition seulement que l'expression «à d'autres employés» ne qualifie que les mots «attribuer leurs postes» et non les mots «remplacer les grévistes».

4. Cela étant, les mots «remplacer les grévistes» visent la sous-traitance et doivent se lire indépendamment des mots «à d'autres employés».
5. Or, la sous-traitance, ou la «passation de marchés», pour reprendre les termes du paragraphe 6(2), implique nécessairement «un contrat de louage de service d'une durée déterminée», concept diamétralement opposé à celui d'un remplacement temporaire pour la durée indéterminée d'une grève.
6. Par conséquent, c'est l'expression «remplacer les grévistes» qui connote une idée de permanence, et l'expression «attribuer leurs postes à d'autres employés» qui connote l'idée d'un remplacement temporaire.
7. Il s'ensuit que, si l'employeur procède à des remplacements temporaires pendant la grève, la seule restriction que lui impose l'alinéa 102(3)(a) est d'avoir recours à d'autres employés pour ce faire; s'il s'adresse à des cadres ou à tout autre non-employé pour remplacer les grévistes, il agit dans la légalité.

Ainsi, non seulement cet arrêt introduit-il en droit public canadien une doctrine du pluralisme interprétatif qui donne une image fidèle du processus d'interprétation des lois, mais il fournit aussi, à son insu, un saisissant exemple de ce qu'il faut entendre par «erreur», au sens apodictique du terme. Il doit s'agir d'une fausseté que personne n'a vue et qui, lorsqu'elle est découverte, provoque instantanément l'unanimité quant à son statut d'erreur. De telles erreurs, au sens étroit du terme, ne peuvent pas être

(2008-09) 39 R.D.U.S.

*Rétrospective et prospective
sur le
contentieux administratif*

69

«raisonnables», tout comme $2 + 2 = 7$ ne peut pas être plus raisonnable que $2 + 2 = 59$.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES AMBIGUÏTÉS DU PROCESSUS DISCIPLINAIRE APPLICABLE AUX
JUGES DE NOMINATION FÉDÉRALE

Auteur(s) : Luc HUPPÉ

Revue : RDUS, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : 71-114

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11536>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11536>

Page vide laissée intentionnellement.

LES AMBIGUÏTÉS DU PROCESSUS DISCIPLINAIRE APPLICABLE AUX JUGES DE NOMINATION FÉDÉRALE

par Luc HUPPÉ*

Établi par la Loi sur les juges il y a près de quarante ans, le mécanisme de plainte à l'égard des juges de nomination fédérale n'a jusqu'à présent donné lieu qu'à une dizaine d'enquêtes publiques relativement à des inconduites judiciaires. Cette situation peut s'expliquer par l'existence de nombreuses étapes devant être franchies par le Conseil canadien de la magistrature avant qu'un comité d'enquête ne soit constitué. De plus, l'absence d'un encadrement législatif précis complique la mise en œuvre de la déontologie judiciaire au niveau fédéral, notamment quant à la sanction des inconduites mineures. Le présent texte soulève quelques interrogations quant à l'efficacité réelle de ce mécanisme, tel qu'il existe actuellement, par rapport aux attentes légitimes des justiciables envers les institutions judiciaires et leurs membres.

Although the Judges Act allows any person to file a complaint in respect of a judge appointed by the federal government, only a few public inquiries have been conducted by the Canadian Judicial Council concerning judicial misconduct since this process has been created almost forty years ago. This situation can be explained by the lengthy procedure that must be followed before an Inquiry Committee may be constituted. Moreover, the absence of legislative provisions regulating judicial conduct at the federal level creates many problems in the enforcement of judicial discipline, particularly in relation to misconduct of a minor nature. This paper raises questions about the ability of this procedure, as it presently stands, to maintain public confidence in the judiciary.

* . Avocat, De Grandpré Joli-Cœur, Montréal.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	73
1. La décision de tenir une enquête publique.....	76
1.1. Le processus de traitement des plaintes	77
1.2. Les conséquences de ce processus	85
2. La sanction de l'inconduite judiciaire	92
2.1. L'assise des obligations déontologiques	93
2.2. Les formes de l'intervention disciplinaire	99
CONCLUSION	108
ANNEXE : LISTE DES RAPPORTS D'ENQUÊTE	112

INTRODUCTION

Établi en 1971¹ alors que la destitution du juge Landreville était à l'étude², le processus d'examen de la conduite des juges de nomination fédérale a jusqu'à présent suscité quelques milliers de plaintes³. C'est au Conseil canadien de la magistrature, constitué par la *Loi sur les juges*⁴, qu'incombe la responsabilité de recevoir et de traiter ces plaintes⁵. Composé des membres les plus éminents de la magistrature canadienne⁶, le Conseil comprend les juges en chef de tous les tribunaux dont les membres sont assujettis à sa compétence d'enquête, ainsi que les juges en chefs associés et les juges en chef adjoints de ces tribunaux, lorsqu'il en existe. C'est donc dire qu'il regroupe, au sein des institutions judiciaires les plus importantes du pays, ceux des juges dont les

-
1. *Loi modifiant la Loi sur les juges et la Loi sur l'administration financière*, (1970-71-72) 19-20-21 Élis. II, c. 55, art. 11; cette disposition est entrée en vigueur le 9 décembre 1971 : DORS/71-609. Pour un exposé des différents modèles utilisés à l'égard des juges de nomination provinciale, voir : Thomas Cromwell, «Analyse préliminaire de la procédure disciplinaire relative à la conduite des juges nommés par les provinces», (1998) 22 (1) J.J. prov. 39.
 2. À propos des différentes phases de cette affaire, voir : *Landreville c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 726 [Landreville]. Ce jugement a notamment confirmé que le gouvernement fédéral peut autoriser une enquête à propos de la conduite des juges des tribunaux supérieurs (p. 745-746); au même effet, voir aussi : *Décision du comité d'enquête en vertu des paragraphes 63 (2) et 63 (3) de la Loi sur les juges relativement à M. le juge F.L. Gratton de la Cour de l'Ontario (division générale)*, 26 janvier 1994 (C.E.), p. 17 (décision aussi publiée à : (1995) 5 R.N.D.C. 215).
 3. Le Conseil canadien de la magistrature mentionne chaque année dans son *Rapport annuel* (le premier à être rendu public étant celui de 1987-1988) le nombre de plaintes reçues au cours de l'année écoulée. Ayant graduellement augmenté pour atteindre un maximum de 202 en 1997-1998, le nombre de plaintes a diminué de plus de 25 % au cours de l'année suivante. Depuis, il a varié entre 138 (pour l'année 2003-2004) et 193 (pour l'année 2006-2007).
 4. *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985) c. J-1 [Loi sur les juges].
 5. *Ibid.*, art. 60 (2) c).
 6. *Ibid.*, art. 59.

fonctions comportent les plus grandes responsabilités dans la mise en œuvre de la déontologie judiciaire⁷.

Sont notamment assujettis à la compétence d'enquête du Conseil canadien de la magistrature les juges des tribunaux supérieurs de première instance et d'appel, de même que les juges de la Cour fédérale, de la Cour d'appel fédérale et de la Cour suprême du Canada⁸. Les dispositions de la Constitution canadienne ou de la législation fédérale garantissent à ces juges le droit de demeurer en fonction durant bonne conduite jusqu'à l'âge de la retraite⁹. Ils ne peuvent être destitués par le gouverneur général ou le gouverneur en conseil, selon le cas, que sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes.

-
7. Dans l'arrêt *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, aux pp. 301-304 (par. 52-59), la Cour suprême du Canada a mis en lumière les responsabilités inhérentes au statut de juge en chef en ce qui a trait à la déontologie judiciaire. À propos de l'encadrement juridique de la déontologie judiciaire au Canada, voir : Luc Huppé, «Les fondements de la déontologie judiciaire», (2004) 45 C. de D. 93 [Huppé].
 8. L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, (1867) 30-31 Vict. c. 3 (R.-U.), accorde au gouverneur général du Canada le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures dans chaque province. Les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale sont nommés par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 5.2 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985) c. F-7. Ceux de la Cour suprême du Canada sont aussi nommés par le gouverneur en conseil, aux termes de l'article 4 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26.
 9. Cette garantie est accordée aux juges des tribunaux supérieurs des provinces par l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *ibid.*, note 8. L'inamovibilité des juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale est consacrée à l'article 8 de la *Loi sur les Cours fédérales*, *ibid.*, note 8; le bénéfice des dispositions constitutionnelles applicables aux juges des tribunaux provinciaux supérieurs leur a d'ailleurs été rendu applicable par une décision de première instance de la Cour fédérale, qui n'a pas été portée en appel : *Addy c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 452 (1^{ère} inst.). En ce qui concerne les juges de la Cour suprême du Canada, cette garantie est formulée à l'article 9 de la *Loi sur la Cour suprême*, *supra* note 8, une disposition vraisemblablement visée par l'article 42 (1) d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.) 1982, c. 11, qui assujettit à la formule générale d'amendement constitutionnel toute modification de la Constitution du Canada portant sur la Cour suprême du Canada.

En dépit de la quantité de plaintes reçues, un nombre très limité d'enquêtes publiques ont été tenues par le Conseil. Tout au plus une dizaine de comités d'enquête constitués aux termes du processus établi par la *Loi sur les juges* ont eu l'occasion de produire un rapport analysant une plainte d'inconduite judiciaire¹⁰ : quatre rapports d'enquête datent des années 2000 et, pour la période précédente, on compte une moyenne de deux rapports d'enquête par décennie. Si l'on considère que les juges assujettis à ce processus se comptent par centaines dans l'ensemble du pays, de telles enquêtes représentent donc encore un événement exceptionnel au sein de la magistrature.

Depuis que les rapports d'enquête sont rendus publics, trois comités d'enquête seulement ont recommandé la destitution d'un juge. Dans le premier cas, un juge avait fait savoir aux membres d'un jury qu'il considérait leur verdict déraisonnable; il avait aussi tenu publiquement des propos faisant douter de son impartialité¹¹. Dans le deuxième cas, l'inconduite du juge comportait une participation active aux démarches de citoyens s'opposant à un projet municipal, ainsi que le défaut de prendre les mesures requises pour éviter les conflits d'intérêts que de telles activités pouvaient engendrer¹²; le Conseil canadien de la magistrature a cependant refusé d'entériner la recommandation du comité d'enquête¹³. Dans le troisième cas, le juge s'était livré à de nombreux abus de pouvoir au cours d'un procès criminel et sa conduite donnait lieu à une apparence de partialité envers l'accusé¹⁴.

Une étude de l'encadrement législatif et réglementaire du processus de traitement des plaintes concernant les juges de nomination fédérale, ainsi que du contentieux auquel il a donné lieu devant les tribunaux judiciaires, permet de relever deux

-
10. La liste de ces rapports est reproduite en annexe, avec une indication de la façon dont ils sont cités dans le présent texte.
 11. *Rapport Bienvenue* (C.E.).
 12. *Rapport Matlow* (C.E.).
 13. *Rapport Matlow* (C.C.M.).
 14. *Rapport Cosgrove* (C.E.).

éléments plus particulièrement problématiques. En premier lieu, le Conseil canadien de la magistrature pose de nombreuses contraintes – peut-être excessives – à la décision de tenir une enquête publique à propos d'une plainte formulée contre un juge assujetti à sa compétence. En second lieu, la méthode utilisée par le Conseil pour sanctionner l'inconduite judiciaire appelle certaines réserves. L'analyse de ces questions permettra de prendre la mesure de l'efficacité réelle du mécanisme mis en place par la *Loi sur les juges* pour traiter les écarts de conduite au sein de la magistrature de nomination fédérale.

1. La décision de tenir une enquête publique

Hormis les cas où la *Loi sur les juges* l'y oblige¹⁵, le Conseil canadien de la magistrature possède une entière discrétion pour enquêter à propos des plaintes qu'il reçoit¹⁶. Il n'a donc aucune obligation de tenir une enquête publique¹⁷. Dans ce contexte, l'exercice de la discrétion qui lui est accordée devient un enjeu juridique de première importance, car l'effectivité du processus d'enquête établi par la *Loi sur les juges* en dépend. Le Conseil s'est donné des lignes directrices pour encadrer cette discrétion : les *Procédures relatives à l'examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale*¹⁸. Elles exposent un processus complexe qui,

15. Voir *infra*, note 37.

16. *Loi sur les juges*, *supra* note 4, au par. 63 (2). La Cour d'appel fédérale a noté que cette disposition ne précise pas les critères régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire accordé au Conseil : *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2003] 3 C.F. 3 (C.A.), à la p. 31 (par. 60); autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [2003] 2 R.C.S. xi.

17. *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 C.F. 91 (1^{ère} inst.), à la p. 123 (par. 63); jugement confirmé par *Taylor c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 16.

18. Ci-après «*Procédures*». Entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2003, elles ont été publiées dans le *Rapport annuel du Conseil de la magistrature, 2002-2003*, p. 49. Ces *Procédures* reprennent la structure auparavant exposée dans le *Règlement administratif du Conseil*, dont on peut suivre l'évolution dans les rapports annuels du Conseil à compter de l'exercice 1989-1990 jusqu'à l'exercice 2002-2003. Le Conseil possède le pouvoir

s'il permet un traitement nuancé et délicat des plaintes reçues par le Conseil, pose néanmoins de lourdes contraintes à la tenue d'une enquête publique par un comité d'enquête et entraîne des conséquences importantes pour les participants à ce processus.

1.1. Le processus de traitement des plaintes

En vertu de ces *Procédures*, quatre étapes doivent être franchies avant que le Conseil ne décide de tenir une enquête publique¹⁹. En premier lieu, le directeur exécutif du Conseil reçoit les plaintes et exerce un premier contrôle de leur recevabilité²⁰; il peut décider de ne pas ouvrir de dossier à l'égard d'une plainte qu'il considère nettement irrationnelle ou qui constitue selon lui

-
- de régir la procédure relative aux enquêtes portant sur la conduite des juges visés par une plainte : *Loi sur les juges*, *supra* note 4, art. 61 (3) c).
19. Ces étapes ont été relatées sans commentaires dans : *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, [2007] 4 R.C.F. 714 (C.A.F.), aux pp. 741-742 (par. 66-73) [*Cosgrove*]; demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada refusée : [2007] 3 R.C.S. x; *Akladyous c. Conseil canadien de la magistrature*, 2008 CF 50 (C.F. 1^{ère} inst.), au par. 46-52 [*Akladyous*]. À propos du déroulement de ce processus, voir aussi : R.J. SCOTT, «Accountability and Independence», (1996) 45 R.D. U.N.-B. 27, aux pp. 29-31.
20. Art. 2.2 des *Procédures*. Aux termes de l'article 3.2 des *Procédures relatives au fonctionnement du Conseil canadien de la magistrature* (publiées dans le *Rapport annuel du Conseil de la magistrature, 2002-2003*, à la p. 59), le directeur exécutif est l'administrateur principal du Conseil. Aucune disposition de la *Loi sur les juges* n'autorise toutefois le Conseil canadien de la magistrature à déléguer à une personne qui n'en est pas membre une partie de ses responsabilités dans le traitement des plaintes. Dans *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3, à la p. 63 (par. 93), la Cour suprême du Canada écrivait d'ailleurs, à propos des dispositions d'une loi provinciale concernant la discipline judiciaire, que l'organisme à qui la loi attribue l'exercice d'un pouvoir doit l'exercer lui-même et qu'il ne peut le déléguer à un ou plusieurs de ses membres sans y être autorisé par la loi. La seule possibilité de délégation prévue par la *Loi sur les juges*, au paragraphe 61 (3), existe en faveur des comités constitués par le Conseil. C'est sans doute pour cette raison que l'article 2.1 des *Procédures* précise que le directeur exécutif agit comme auxiliaire, sous la direction du président du Comité sur la conduite des juges, pour toutes questions liées aux fonctions qu'exerce le Conseil à l'égard des plaintes.

un abus manifeste de la procédure relative aux plaintes²¹. Lorsque le directeur exécutif ouvre un dossier à propos d'une plainte, elle est examinée par le président ou un vice-président d'un comité du Conseil, le Comité sur la conduite des juges²². Celui-ci peut fermer le dossier s'il estime que la plainte est frivole ou vexatoire, qu'elle est formulée dans un but injustifié, qu'elle est manifestement dénuée de fondement ou qu'elle ne nécessite pas un examen plus poussé²³. Au terme d'un examen qui peut l'amener à demander des renseignements supplémentaires au plaignant ou à obtenir les commentaires du juge visé par la plainte ou de son juge en chef, il peut aussi fermer le dossier s'il conclut que la plainte est dénuée de fondement ou qu'elle ne nécessite pas un examen plus poussé²⁴.

Mais le dossier peut aussi être fermé dès la deuxième étape pour d'autres raisons. Ce peut être le cas lorsque le juge visé par la plainte reconnaît que sa conduite était déplacée et que le

-
21. Dans *Akladyous*, *supra* note 19, au par. 20, on trouve un exemple du type de raisons invoquées par le directeur exécutif pour refuser d'ouvrir un dossier.
22. Ce comité est formé aux termes de l'article 7 des *Procédures*.
23. Art. 3.5 a) des *Procédures*.
24. Art. 5.1 a) i) et 8.1 a) des *Procédures*. Selon la Cour d'appel fédérale, le rôle du président ou du vice-président du Comité sur la conduite des juges ne consiste pas uniquement à se demander s'il existe un commencement de preuve justifiant la destitution du juge visé par la plainte: *Taylor c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 16, aux pp. 30-31 (par. 59-60). Cet arrêt interprétait l'article 50 (1) b) du *Règlement administratif* de 1998 (*Rapport canadien du Conseil canadien de la magistrature 1999-2000*, Annexe D). La disposition correspondante des *Procédures* de 2003 ne fait pas de lien aussi direct avec la destitution du juge, mais permet au président ou au vice-président de fermer le dossier s'il estime que la plainte «ne nécessite pas un examen plus poussé». La différence de vocabulaire n'altère cependant pas la finalité du processus de traitement de la plainte, qui consiste à décider de la tenue d'une enquête formelle concernant l'opportunité de recommander la destitution du juge. Ainsi, dans la *Décision du président du comité sur la conduite des juges concernant le juge Leask*, 20 septembre 2007, le président a fermé un dossier après avoir déterminé que la conduite du juge «n'était pas suffisamment grave pour le rendre incapable de continuer à exercer la fonction de juge».

président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges considère qu'aucune mesure autre que cette expression de regret ne paraît nécessaire²⁵. Le dossier peut aussi être mis en suspens, en attendant l'application de mesures correctives prises de consentement avec le juge visé par la plainte, puis fermé si le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges est satisfait que les problèmes relevés par la plainte ont été traités de façon appropriée²⁶. Une étude effectuée en 2002 montrait que seulement 3 % des plaintes franchissent cette deuxième étape, qui constitue donc une phase cruciale du processus d'examen des plaintes²⁷.

Si le dossier n'est pas préalablement fermé, la troisième étape du processus se déroule devant un sous-comité, composé de trois ou cinq membres, à qui le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges défère la plainte²⁸. Après analyse, ce sous-comité peut fermer le dossier s'il décide qu'aucun comité d'enquête ne devrait être constitué ou mettre le dossier en suspens en attendant l'application de mesures correctives²⁹. S'il est d'avis que l'affaire peut être suffisamment grave pour justifier la destitution du juge, il peut recommander au Conseil canadien de la magistrature de constituer un comité d'enquête³⁰.

25. Art. 5.1 a) ii) et 8.1 a) des *Procédures*.

26. Art. 5.1 b), 5.3 et 8.1 b) des *Procédures*.

27. *Conseil canadien de la magistrature, Rapport annuel 2001-2002*, à la p. 26. Le Conseil canadien de la magistrature reconnaît d'ailleurs à chaque année dans ses rapports annuels que la plupart des dossiers de plainte sont fermés à cette étape. La Cour d'appel fédérale a aussi noté que la grande majorité des plaintes relevant de la discrétion du Conseil sont rejetées sommairement et que, sur le petit nombre restant, presque toutes sont réglées au moyen de mesures correctives ou d'une lettre d'explications : *Cosgrove*, *supra* note 19, à la p. 43 (par. 74); à ce sujet, voir aussi : *Décision du comité d'enquête en vertu des paragraphes 63 (2) et 63 (3) de la Loi sur les juges relativement à M. le juge F.L. Gratton de la Cour de l'Ontario (division générale)*, 26 janvier 1994 (C.E.), à la p. 11.

28. Art. 5.1 d) et 8.1 c) des *Procédures*.

29. Art. 9.6 b) et c) des *Procédures*.

30. Art. 9.6 d) des *Procédures*. On peut ainsi constater que les sous-comités examinent, aux fins du rapport qu'ils remettent au Conseil, le même critère de destitution que celui élaboré par les comités d'enquête au

En ce cas, dans une quatrième étape, le Conseil doit encore donner au juge l'occasion de présenter des observations écrites expliquant pourquoi une enquête devrait ou ne devrait pas être tenue³¹. C'est à lui qu'incombe, en dernière analyse, la responsabilité de constituer un comité d'enquête, une décision qu'il prend s'il considère que l'affaire est suffisamment grave pour justifier la destitution du juge³². Après la tenue de l'enquête publique par un comité d'enquête, c'est aussi au Conseil qu'il incombe de faire ses recommandations au ministre de la Justice du Canada quant à l'opportunité de destituer le juge³³.

De son dépôt initial jusqu'au rapport final éventuellement adressé par le Conseil canadien de la magistrature au ministre de la Justice, une plainte peut donc faire l'objet de six appréciations distinctes, dont deux par le Conseil canadien de la magistrature en plénière. À chacun de ces stades, le dossier factuel est susceptible de varier en fonction des exigences formulées par chacune des instances successivement saisies de la plainte, qui demeurent entièrement libres de déterminer la nature et l'ampleur des éléments de preuve ou des représentations dont elles considèrent devoir prendre connaissance pour parvenir à une décision.

L'allongement considérable de ce processus, par sa fragmentation en de multiples étapes, semble difficile à justifier si l'on considère le rôle limité du Conseil canadien de la magistrature dans le mécanisme de destitution des juges de nomination fédérale. Le Conseil n'exerce en effet aucune fonction

cours des enquêtes publiques : *Décision d'un sous-comité concernant le juge McLung*, 19 mai 1999; *Décision d'un sous-comité concernant le juge Barakett*, 24 juillet 2002.

31. Art. 10.3 des *Procédures*.

32. Art. 10.4 b) des *Procédures*.

33. Art. 65 de la *Loi sur les juges*, *supra* note 4. À ce stade, et malgré toutes les démarches préalables de ses instances internes, le Conseil peut encore recevoir et entendre d'autres éléments de preuve : Art. 9 et 10 du *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes*, DORS/2002-371; ce pouvoir n'est pas purement théorique : *Rapport Matlow* (C.C.M.), au par. 54.

décisionnelle à ce sujet³⁴ puisque, aux termes des dispositions constitutionnelles applicables, ce pouvoir appartient au gouverneur général ou au gouverneur général en conseil et qu'il est exercé sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes. Ces assemblées parlementaires ne sont pas légalement tenues de donner suite aux recommandations du Conseil canadien de la magistrature. Leurs éventuelles démarches en vue de la destitution d'un juge demeurent indépendantes de la tenue d'une enquête par le Conseil ou du résultat d'une telle enquête³⁵. Le processus d'enquête auquel le Conseil se livre débouche sur une recommandation au ministre de la Justice du Canada et, par conséquent, ne remet pas directement en cause l'inamovibilité du juge. Quoique le statut de ses membres donne une grande valeur à l'opinion formulée par le Conseil, on peut donc s'interroger à propos de l'utilité d'un aussi long cheminement de la plainte auprès de ses instances internes.

Il existe un moyen de passer outre aux quatre premières étapes du processus établies par les *Procédures* : la *Loi sur les juges* exige que le Conseil canadien de la magistrature fasse enquête lorsque le ministre de la Justice du Canada ou le

34. *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769 (1^{ère} inst.), p. 800-802 [Gratton]; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 C.F. 91 (1^{ière} inst.), aux pp. 119-120, (par. 49); jugement confirmé par *Taylor c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 16. L'article 73 de la *Loi sur les juges*, *supra* note 4, énonce d'ailleurs que le processus d'enquête et de recommandation établi par cette loi ne porte pas atteinte aux attributions de la Chambre des communes, du Sénat ou du gouverneur en conseil relativement à la destitution des juges.

35. Dans *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, *supra* note 19, à la p. 735 (par. 49), la Cour d'appel fédérale a confirmé que le pouvoir du gouverneur général de démettre un juge ne dépend pas de la tenue d'une enquête devant le Conseil canadien de la magistrature et qu'un juge peut être destitué même si ce processus n'a pas été suivi; voir aussi : *Landreville*, *supra* note 2, à la p. 746; *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, *supra* note 34, à la p. 803. Dans le *Rapport Marshall* (C.E.), un comité d'enquête a considéré son enquête comme «la première étape du processus parlementaire canadien de révocation d'un juge» (p. 26), mais cette étape n'est donc pas obligatoire.

procureur général d'une province le lui demande³⁶. Cette faculté accordée aux autorités gouvernementales de provoquer la tenue d'une enquête à propos d'un juge constitue un contrepoids à la discrétion du Conseil dans le traitement des plaintes. Elle sert de toute évidence à empêcher la paralysie du mécanisme de plaintes établi par la *Loi sur les juges*. Elle permet aussi d'éviter la constitution, par le gouvernement fédéral, d'une instance *ad hoc* pour enquêter à propos de la conduite d'un juge.

Il est significatif de constater qu'une bonne part des enquêtes publiques tenues par des comités d'enquête faisaient suite à des demandes adressées au Conseil canadien de la magistrature par le procureur général d'une province³⁷. Les faits relatés dans l'un de ces rapports d'enquête démontrent d'ailleurs que la demande du procureur général était le seul moyen d'obtenir la formation d'un comité d'enquête, le président du Comité sur la conduite des juges ayant auparavant par deux fois fermé le dossier d'une plainte déposée par un justiciable à propos des

36. *Loi sur les juges*, *supra* note 4, art. 63 (1). La validité constitutionnelle de cette disposition, en ce qui concerne l'obligation du Conseil canadien de la magistrature de tenir une enquête à la demande du procureur général d'une province, a été confirmée par la Cour d'appel fédérale : *Cosgrove*, *supra* note 19.

37. Trois rapports d'enquête ont été rendus suite à une demande du procureur général du Québec (le *Rapport Bienvenue*, le *Rapport Flynn* et le *Rapport Boilard*), un à la demande du procureur général de la Nouvelle-Écosse (le *Rapport Marshall*) et un à la demande du procureur général de l'Ontario (le *Rapport Cosgrove*). Deux rapports d'enquête faisaient suite à des plaintes déposées par des autorités publiques, soit un juge de la Cour fédérale (le *Rapport Berger*) et une avocate du contentieux de la Ville de Toronto (le *Rapport Matlow*). Des comités d'enquêtes ont aussi été constitués à la demande du ministre de la justice du Canada (concernant le juge Flahiff) et du juge en chef de la division générale de la Cour de l'Ontario (concernant le juge Gratton), mais n'ont pas eu à rendre de rapport. Des trois enquêtes formelles tenues en privé et ayant donné lieu à un rapport d'enquête qui n'a pas été publié, l'une avait été demandée par le ministre fédéral de la Justice, une autre par le juge en chef du tribunal dont faisait partie le juge concerné et la troisième par un avocat : *Conseil canadien de la magistrature, Rapport annuel 1996-1997*, aux pp. 19-20.

mêmes faits que ceux dénoncés par le procureur général³⁸. Sans cette faculté accordée par la loi de contraindre le Conseil, la tenue d'une enquête publique par un comité d'enquête pourrait donc se produire de manière encore plus rarissime.

Le Conseil canadien de la magistrature considère néanmoins pouvoir passer outre à ce devoir que lui impose la *Loi sur les juges*. Dans la décision par laquelle il a refusé d'entériner le *Rapport Boilard* (C.E.), le Conseil a donné à cette obligation légale une interprétation des plus restrictives³⁹. Lorsque le ministre de la Justice du Canada ou le procureur général d'une province lui demande de faire enquête à propos de la décision d'un juge, mais sans que la mauvaise foi du juge ou que la commission d'un abus dans l'exercice de ses fonctions ne soient alléguées ou apparentes, le comité d'enquête doit se demander de façon préliminaire s'il existe un élément quelconque permettant de réfuter la présomption de bonne foi du juge. En l'absence d'un tel élément, le comité d'enquête doit refuser de poursuivre son examen de la plainte. S'il procède néanmoins, le Conseil peut lui-même exprimer ce refus lorsque le comité d'enquête lui remet son rapport.

Bien qu'il soit nécessaire de prémunir les juges contre le harcèlement ou l'intimidation que pourraient exercer les autorités gouvernementales au moyen du droit qui leur est accordé par la *Loi sur les juges* de forcer la tenue d'une enquête, la position adoptée par le Conseil dans le *Rapport Boilard* (C.C.M.) lui permet

38. *Rapport Boilard* (C.E.), aux pp. 18-22. Ces deux refus du président du Comité sur la conduite des juges donnent un éclairage particulier à la rebuffade subséquemment imposée par le Conseil au comité d'enquête, quant à la décision de tenir l'enquête exigée par le Procureur général.

39. *Rapport Boilard* (C.C.M.). Le principe alors énoncé par le Conseil a été ultérieurement précisé dans le *Rapport Matlow* (C.C.M.), aux par. 130-131. Il a aussi été évoqué sans désapprobation par la Cour fédérale : *Cosgrove*, *supra* note 19, aux pp. 737 et 745 (par. 52 et 80); *Cosgrove c. Attorney General of Canada*, 2008 FC 941 (1^{ère} inst.), au par. 16; dans cette dernière affaire, la Cour fédérale a en outre décidé qu'il incombait au Conseil ou au comité d'enquête de déterminer le moment opportun pour décider de l'application de ce principe à l'égard d'une plainte.

de refuser d'enquêter sans qu'aucun abus de la part du procureur général ou du ministre de la Justice du Canada ne soit démontré. Elle exige en quelque sorte de ceux-ci qu'ils justifient de façon préliminaire leur décision de se prévaloir du droit que leur accorde la *Loi sur les juges* et qu'ils fassent au Conseil la démonstration de leur propre bonne foi dans l'exercice de ce droit. Un tel obstacle ne peut que contribuer à rendre encore plus inaccessible la compétence d'enquête du Conseil. En outre, si de tels refus se produisaient régulièrement, ils pourraient remettre en cause l'opportunité d'avoir recours à l'expertise du Conseil pour enquêter à propos de la conduite des juges.

Globalement, c'est donc une politique de fermeture qui semble être appliquée par le Conseil canadien de la magistrature quant à la tenue d'une enquête publique à propos d'une plainte⁴⁰. Quelle que soit la forme sous laquelle elle se concrétise, cette politique ne peut avoir qu'un effet dissuasif. Connaissant la probabilité infime que le Conseil décide de tenir une telle enquête s'ils déposent une plainte, ainsi que les multiples occasions fournies par les *Procédures* de fermer définitivement un dossier sans même qu'ils soient consultés, les justiciables risquent de s'abstenir de dénoncer les inconduites judiciaires dont ils pourraient être témoins. En constatant que même la plainte formulée par le juge en chef d'une province – qui est pourtant membre du Conseil et spécialement chargé par sa fonction de surveiller l'application de la déontologie judiciaire – ne parvient pas à passer l'étape de l'analyse du dossier par le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges⁴¹, le public

40. À une certaine époque, le Conseil reconnaissait cette politique en déclarant qu'«à moins qu'elle ne soit d'une rareté exceptionnelle, toute enquête formelle soulèverait des doutes sérieux quant à la valeur du processus de nomination des juges» : Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 1988-1989*, à la p. 13. Bien qu'on ne retrouve plus de tels propos dans les rapports annuels du Conseil, le nombre d'enquêtes publiques demeure encore tout de même très limité.

41. C'est ce qui s'est produit dans la *Décision du vice-président du comité sur la conduite des juges concernant le juge Alain*, 20 août 2007, malgré que le vice-président ait conclu que la conduite du juge visé par la plainte

peut fort légitimement émettre des doutes à propos de l'utilité réelle du mécanisme de plaintes établi par la *Loi sur les juges*.

1.2. Les conséquences de ce processus

La structure de traitement des plaintes mise en place par les *Procédures* présente de nombreux écueils pour le plaignant. À la différence du juge visé par la plainte, qui dispose de plusieurs occasions de faire valoir son point de vue avant que le Conseil ne décide de former un comité d'enquête⁴² ou de recommander sa destitution⁴³, le plaignant ne possède, semble-t-il, à aucune de ces étapes le droit de faire des représentations auprès des différentes instances chargées de traiter sa plainte⁴⁴. Ce n'est qu'en cas de

était fortement répréhensible et qu'elle constituait un manquement à l'honneur et à la dignité de sa charge.

42. Plusieurs dispositions des *Procédures* vont en ce sens : art. 3.5 c) et 4.1 (demande de commentaires par le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges), art. 7.2 (lorsque le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges demande à un avocat de mener une enquête supplémentaire et de rédiger un rapport); art. 9.4 (lorsque le dossier est déféré à un sous-comité); art. 10.3 (étude par le Conseil du rapport d'un sous-comité recommandant la constitution d'un comité d'enquête). En vertu de l'article 64 de la *Loi sur les juges*, *supra* note 4, le juge a le droit d'être informé suffisamment à l'avance de l'objet d'une enquête publique à son sujet et doit avoir la possibilité de se faire entendre, de contre-interroger les témoins et de présenter tous les éléments de preuve utiles à sa décharge. L'article 5 (2) du *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes*, *supra* note 33, lui accorde le droit de recevoir, à l'égard des plaintes qu'un comité d'enquête entend examiner, un préavis suffisamment long pour lui permettre d'offrir une réponse complète.

43. L'article 9 du *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes*, *supra* note 33, accorde au juge, dans les trente jours de la réception du rapport du comité d'enquête, le droit de présenter des observations écrites au Conseil et de se présenter en personne devant le Conseil pour y faire une déclaration de vive voix.

44. La jurisprudence a cependant établi que le plaignant a droit à l'équité procédurale, y compris le devoir d'impartialité, à l'étape du traitement de la plainte par le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges et que le critère applicable est celui de la crainte raisonnable de partialité : *Taylor c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 16, aux pp. 34-39 et 41 (par. 71-85 et 92).

fermeture⁴⁵ et lorsqu'il décide de tenir une enquête publique⁴⁶ que le Conseil est tenu de l'informer de l'évolution du dossier, bien que le directeur exécutif puisse aussi lui faire part d'autres développements⁴⁷. Les *Procédures* ne lui fournissent aucun accès aux éléments factuels recueillis en rapport avec sa plainte, et ne lui permettent pas même de prendre connaissance des raisons données par le juge pour y répondre, ne serait-ce que pour rectifier les impressions ou les faits qui lui paraîtraient erronés ou incomplets.

Ainsi, le justiciable qui souhaite obtenir la tenue d'une enquête publique à propos de la conduite d'un juge de nomination fédérale doit, par le seul texte de sa plainte : i) convaincre le directeur exécutif que sa plainte est suffisamment sérieuse pour justifier l'ouverture d'un dossier auprès du Conseil canadien de la magistrature; ii) convaincre le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges que sa plainte est suffisamment sérieuse pour être déférée à un sous-comité, que le repentir éventuel du juge est insuffisant et qu'aucune mesure corrective ne pourrait pallier l'inconduite du juge; iii) convaincre le sous-comité que ses allégations sont suffisamment graves et que l'application d'éventuelles mesures correctives ne peut servir de moyen de disculpation; iv) convaincre le Conseil canadien de la magistrature que les reproches qu'il adresse au juge sont suffisamment graves pour justifier une destitution.

Nombre d'actes considérés comme des inconduites judiciaires n'ont fait l'objet d'aucune enquête publique parce que les instances internes du Conseil ont plutôt décidé de fermer le

45. Art. 3.6, 5.4 et 8.2 (fermeture du dossier par le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges), art. 9.8 (fermeture du dossier par un sous-comité), art. 12.1 (fermeture du dossier par l'une ou l'autre des instances du Conseil) des *Procédures*.

46. Art. 12.6 des *Procédures*.

47. Art. 12.2 (suspension du dossier pendant l'application de mesures correctives), art. 12.3 (lorsqu'une enquête supplémentaire est demandée à un avocat) et art. 12.4 (transmission du dossier à un sous-comité) des *Procédures*.

dossier⁴⁸; à titre d'exemples⁴⁹ : des commentaires discriminatoires ou démontrant une insensibilité à l'égard de groupes sociaux⁵⁰; une condamnation du juge pour conduite avec facultés affaiblies⁵¹; des propos grossiers dans les échanges du juge avec les avocats⁵²; la discussion en public, par un juge en état d'ébriété, d'affaires dont il était saisi⁵³; l'utilisation du papier à lettre du tribunal pour des affaires personnelles⁵⁴; des commentaires laissant sous-entendre une présomption de mauvaise foi de la part d'un groupe de juges⁵⁵; une lettre ouverte au premier ministre critiquant un projet de loi⁵⁶; le fait qu'un juge

-
48. Cette approche du Conseil, mettant fin à des dossiers sans tenir d'enquête même lorsque la plainte d'inconduite est fondée, existe apparemment depuis longtemps. Ainsi, quelques années à peine après la création du Conseil, l'un de ses membres écrivait, à propos de quelques cas où la plainte était fondée, que «*la seule démonstration par le Conseil de son intérêt a toujours fait immédiatement rentrer les choses dans l'ordre*» : Jules Deschênes, «*Le Conseil canadien de la magistrature*», (1976) 6 R.D.U.S. 375, à la p. 381.
49. À moins de circonstances spéciales, le Conseil a pour principe de ne pas publier le résultat du traitement des plaintes si un comité d'enquête n'est pas établi : *Cosgrove*, *supra* note 19, à la p. 741 (par. 68). Fondée sur la volonté légitime de protéger le juge visé par la plainte, cette politique empêche toutefois une appréciation critique de la façon dont les instances internes exercent leur pouvoir. Sauf mention contraire, les quelques décisions mentionnées dans le présent texte proviennent du site internet du Conseil.
50. *Décision d'un sous-comité concernant le juge McLung*, 19 mai 1999; *Décision d'un sous-comité concernant le juge Barakett*, 24 juillet 2002; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 16, p. 11 (par. 3).
51. *Décision d'un vice-président du comité sur la conduite des juges concernant le juge Alain*, 20 août 2007.
52. *Décision du président du comité sur la conduite des juges concernant le juge Leask*, 20 septembre 2007.
53. Décision rapportée dans le *Conseil canadien de la magistrature, Rapport annuel 1990-1991*, à la p. 16.
54. Décision rapportée dans le *Conseil canadien de la magistrature, Rapport annuel 1996-1997*, à la p. 26.
55. Décision rapportée dans le *Conseil canadien de la magistrature, Rapport annuel 1999-2000*, à la p. 28.
56. *Décision d'un sous-comité concernant le juge Angers*, 1995, publiée à : (1996) 45 R.D. U.N.-B. 185.

se soit endormi ou ait donné l'impression de s'endormir au cours d'une audience⁵⁷.

Le cadre mis en place par les *Procédures* n'est sans doute pas étranger au fait que la décision de fermer un dossier, et plus particulièrement celle prise par le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges, soit parfois contestée en Cour fédérale par le plaignant⁵⁸. Ce phénomène est apparemment propre au Conseil canadien de la magistrature. Compte tenu que la norme de contrôle retenue pour réviser une telle décision est la plus restrictive qui soit⁵⁹, la possibilité qu'un plaignant réussisse à faire renverser par les tribunaux judiciaires la décision de fermer le dossier relatif à sa plainte est cependant réduite; aucun de ceux qui s'y sont essayés n'a jusqu'à présent réussi à atteindre un tel résultat. À toutes fins pratiques, il en résulte que les diverses instances du Conseil appelées à traiter une plainte exercent leur discrétion avec une autonomie quasiment complète.

Dans les situations où le Conseil canadien de la magistrature constitue un comité d'enquête sans y être tenu par une demande impérative du ministre de la Justice du Canada ou du procureur général d'une province, l'encadrement énoncé aux *Procédures* produit aussi certains effets à l'égard du juge visé par une plainte. En effet, l'accumulation de preuves, d'analyses et d'appréciations négatives qui se produit au cours du processus de traitement de la plainte constitue l'arrière-plan inévitable d'une enquête publique tenue dans ce contexte. Aucun comité d'enquête ne peut alors être établi sans qu'auparavant, toutes et chacune des diverses instances du Conseil intervenant séparément dans le traitement d'une plainte ne considèrent que les faits reprochés au juge puissent justifier sa destitution. Cette

57. Décision rapportée dans le *Conseil canadien de la magistrature, Rapport annuel 2002-2003*, à la p. 29.

58. *Taylor c. Canada (Procureur général)*, supra note 16; *Crowe c. Juge en chef du Canada*, 2007 CF 1209 (C.F. 1^{ère} inst.), aux par. 32 et 35; *Akladyous*, supra note 19.

59. *Taylor c. Canada (Procureur général)*, supra note 16, aux pp. 26-29 (par. 46-55); *Akladyous*, supra note 19, par. 42.

superposition d'opinions défavorables au juge ne peut faire autrement que de peser lourdement contre lui au cours de l'enquête publique qui en découle.

Sans remettre en cause ni l'impartialité, ni l'indépendance des comités d'enquête formés par le Conseil canadien de la magistrature, on peut tout de même noter que l'enquête publique tenue dans ces circonstances ne se déroule pas dans un contexte aussi neutre que celui qui entoure l'audition d'un litige devant une cour de justice, où le droit des parties de faire entendre leur cause par un juge ne dépend pas d'une appréciation préalable par le tribunal du mérite des allégations des parties. En raison des caractéristiques structurelles du processus de traitement des plaintes, le comité d'enquête ne peut ignorer que toutes les étapes du processus prévu aux *Procédures* ont été préalablement franchies de façon défavorable au juge⁶⁰. Ayant déjà fait valoir son point de vue à plusieurs reprises auprès des diverses instances du Conseil sans avoir réussi à les convaincre du bien-fondé de sa position, le juge dont la conduite fait l'objet d'une enquête publique se trouve dans une position vulnérable. Il ne peut vraisemblablement sortir complètement exonéré d'une telle enquête; tout au plus peut-il espérer éviter une recommandation de destitution.

Enfin, la structure contenue aux *Procédures* entraîne aussi certaines conséquences pour le moins discutables quant à l'exercice de la discrétion attribuée au Conseil par la *Loi sur les juges*. Dans le cadre mis en place par les *Procédures*, chacune des instances intervenant successivement dans le processus de traitement des plaintes avant la constitution d'un comité d'enquête possède un pouvoir décisionnel définitif quant à la

60. Le Conseil canadien de la magistrature a déjà déclaré qu'il avait «pour politique de ne pas s'engager à l'aveuglette» dans des enquêtes publiques, «sans trop savoir ce qui en ressortira», et qu'il ne tient de telles enquêtes «que dans les affaires où il existe, *prima facie*, un motif de révocation» : Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 1990-1991*, à la p. 11; dans le même sens, voir aussi : Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 1991-1992*, à la p. 10.

fermeture du dossier⁶¹; ce n'est que si, dans son entière discrétion, elle considère la plainte suffisamment sérieuse que celle-ci est déférée à une autre instance pour examen. Il n'existe aucun mécanisme d'appel ou de révision auprès du Conseil siégeant en plénière en cas de fermeture du dossier à un stade préliminaire.

Cet enchaînement particulier des responsabilités respectives des diverses instances internes du Conseil aboutit au paradoxe suivant : un plus grand poids est accordé à l'opinion du président ou du vice-président du Comité sur la conduite des juges, quant au sérieux de la plainte, qu'à celle d'un sous-comité ou du Conseil canadien de la magistrature agissant en plénière⁶². La voix d'un seul membre du Conseil prime celle d'un sous-groupe ainsi que celle de l'ensemble des membres. Sans doute est-il peu pratique, et probablement inutile, que le Conseil canadien de la magistrature se prononce en plénière à propos de chacune des plaintes qu'il reçoit. Une grande partie des plaintes consistent apparemment en une appréciation du bien-fondé du jugement rendu par le juge visé par la plainte, une fonction qui incombe aux

61. La Cour d'appel fédérale a cependant précisé que le processus d'enquête auprès du Conseil est continu et que la décision de l'une de ses instances de classer une affaire peut toujours être revue sur la base de nouvelles informations : *Taylor c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 16, aux pp. 41-42 (par. 94). Il semble que les demandes de réexamen ne soient pas exceptionnelles : *Conseil de la magistrature, Rapport annuel 2007-2008*, à la p. 15.

62. Il dispose d'ailleurs d'un vaste pouvoir d'appréciation dans la manière d'examiner une plainte et n'est pas tenu d'entendre des témoins : *Taylor c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 16, p. 44-45 (par. 106-107). Il semble aussi particulièrement problématique que le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges prenne sa décision en tentant d'anticiper ce que déciderait un sous-comité s'il lui déférait la plainte. Ainsi, dans la *Décision du président du comité sur la Conduite des juges concernant le juge Bastarache*, 15 mars 2001, le président du Comité sur la conduite des juges exprime son avis qu'aucun sous-comité ne pourrait conclure que les commentaires du juge visé par la plainte sapent la confiance du public en son impartialité. S'il lui en avait donné l'occasion, un sous-comité aurait bien pu prendre une autre position.

tribunaux d'appel et non au Conseil⁶³. Un processus préliminaire permettant de départager les plaintes, afin d'identifier celles qui concernent des manquements déontologiques, et de recueillir un minimum d'informations pertinentes paraît ainsi indispensable.

Toutefois, le Conseil devrait se réserver la décision finale quant à la fermeture d'un dossier lorsque la plainte fait état d'une véritable inconduite judiciaire, quel qu'en soit par ailleurs le degré de gravité⁶⁴. C'est au Conseil que la *Loi sur les juges* confie le soin d'enquêter à propos des plaintes et la seule autre instance qu'elle identifie spécifiquement à cette fin est le comité d'enquête. Il semblerait beaucoup plus conforme à l'esprit de la loi que la volonté de fermer un dossier exprimée par les instances internes du Conseil prenne la forme d'une recommandation adressée à celui-ci, pour qu'il en décide en dernier ressort. C'est d'ailleurs dans ce cadre que le Conseil reçoit les rapports des comités d'enquête quant à l'opportunité d'une recommandation de destitution⁶⁵. La situation actuelle peut donner l'impression que, pour le Conseil, la décision de fermer un dossier de plainte sans tenir d'enquête publique ne présente pas autant d'importance, au plan juridique, que celle de tenir une enquête publique à propos de cette plainte.

En outre, cette survalorisation de l'opinion des instances saisies de la plainte avant l'étape du comité d'enquête produit un curieux résultat en ce qui a trait à la profondeur de l'analyse des plaintes par le Conseil. Selon les principes établis, les comités d'enquête recueillent une preuve qui permet au Conseil, en fonction de sa propre appréciation de la situation, de faire ses recommandations au ministre de la Justice quant à la destitution

63. Le Conseil le rappelle d'ailleurs dans tous ses rapports annuels. Cette distinction a aussi été évoquée dans le *Rapport Cosgrove* (C.E.), aux par. 121-126.

64. Un auteur a d'ailleurs critiqué le système de filtrage définitif des plaintes par un seul juge : H. Patrick Glenn, «Indépendance et déontologie judiciaires», (1995) 55 R. du B. 295, à la p. 309.

65. Art. 65 de la *Loi sur les juges*, *supra* note 4, et art. 8 à 13 du *Règlement administratif du Conseil de la magistrature sur les enquêtes*, *supra* note 33.

du juge⁶⁶. Leurs rapports ne jouissent en effet d'aucune autorité particulière auprès du Conseil et ce dernier est entièrement libre de réviser leurs conclusions⁶⁷. À l'inverse, le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges, ainsi que le sous-comité à qui une plainte est déférée, peuvent imposer au Conseil leur décision de fermer un dossier, bien que leur enquête soit moins approfondie que celle menée par un comité d'enquête⁶⁸. En dépit du fait qu'il remplisse la fonction d'enquête la plus élaborée, le comité d'enquête est ainsi la seule instance dont les conclusions ne peuvent, en aucun cas, s'imposer au Conseil.

2. La sanction de l'inconduite judiciaire

Bien que la *Loi sur les juges* soit rédigée de façon telle que le pouvoir d'enquête du Conseil canadien de la magistrature couvre un large éventail de plaintes⁶⁹, elle ne précise pas les actes

66. C'est la position prise par le comité d'enquête dans le *Rapport Matlow* (C.E.), aux par. 12 et 13 : «Le Comité d'enquête constitue en réalité le moyen par lequel le [Conseil canadien de la magistrature] effectue l'enquête et recueille les renseignements factuels nécessaires pour tirer des conclusions et formuler des recommandations au Ministre»; «Il incombe donc au Comité d'enquête d'indiquer tous les résultats nécessaires pour que le [Conseil canadien de la magistrature] formule la recommandation qu'il juge appropriée, indépendamment des conclusions ou de la recommandation du Comité d'enquête et de ce que le Comité d'enquête considère comme un fondement factuel suffisant pour lui permettre de formuler une recommandation». Le Conseil a adopté un point de vue similaire, en précisant qu'il ne siégeait pas en appel des rapports des comités d'enquête : *Rapport Matlow* (C.C.M.), aux par. 52-55 et 67.

67. Ce pouvoir du Conseil de réviser les recommandations d'un comité d'enquête est bien réel, tel que le démontre la réception qu'il a réservée au *Rapport Berger* (C.E.), dont la conclusion que la plainte était bien fondée a été désavouée par le Conseil, au *Rapport Boilard* (C.E.), dont le raisonnement a été désavoué par le Conseil, et au *Rapport Matlow* (C.E.), dont la recommandation de destitution a été écartée par le Conseil.

68. Dans le *Rapport Berger* (C.E.), le comité d'enquête faisait fort justement remarquer que «*the full facts of a case may not be known or understood until an investigation has taken place*» (p. 385).

69. Le paragraphe 63 (2) de la *Loi sur les juges*, *supra* note 4, se lit ainsi : «Le Conseil peut en outre enquêter sur toute plainte ou accusation relative à un juge d'une juridiction supérieure». Il semble donc plus large que le paragraphe 63 (1), qui prévoit que les enquêtes menées par le Conseil à

d'inconduite judiciaire pouvant y donner ouverture. Par ailleurs, aucune sanction n'est autorisée contre un juge par cette loi, quel que soit le degré de gravité de l'inconduite constatée par le Conseil dans le cadre de son analyse du dossier. Par divers procédés, le Conseil a tenté de pallier ces lacunes afin, de toute évidence, de préserver l'efficacité du mécanisme de plainte et de rendre les juges de nomination fédérale véritablement redevables de leur conduite. Ces procédés, cependant, n'apparaissent pas entièrement satisfaisants.

2.1. L'assise des obligations déontologiques

Pour en arriver à une recommandation de destitution, le Conseil canadien de la magistrature doit être d'avis que le juge est inapte à remplir utilement ses fonctions en raison de l'âge, d'une invalidité, d'un manquement à l'honneur et à la dignité, d'un manquement aux devoirs de sa charge, ou encore en raison d'une situation d'incompatibilité, qu'elle soit imputable au juge ou à toute autre cause⁷⁰. Étant donné que les dispositions législatives et constitutionnelles⁷¹ consacrant l'inamovibilité des juges de nomination fédérale ne mentionnent aucun critère autre que la «bonne conduite», cette énumération représente une rare indication des motifs que le Parlement fédéral et ses diverses composantes – dont le concours est nécessaire à une éventuelle destitution – considèrent pertinents pour en arriver à une telle décision⁷².

la demande du ministre de la Justice du Canada ou des procureurs généraux des provinces portent sur «les cas de révocation au sein d'une juridiction supérieure pour tout motif énoncé aux alinéas 65 (2) a) à d)».

70. Art. 65 (2) de la *Loi sur les juges*, *supra* note 4. La Cour fédérale a décidé que l'invalidité doit être permanente pour justifier la destitution : *Gratton*, *supra* note 34, aux pp. 792-796.

71. Voir *supra* note 9.

72. La Cour fédérale a exprimé l'avis que les circonstances dans lesquelles le Conseil peut enquêter à propos de la conduite d'un juge sont nécessairement limitées à celles qui permettent sa destitution par le gouverneur général : *Gratton*, *supra* note 34, à la p. 781.

Les dispositions de la *Loi sur les juges* qui attribuent au Conseil canadien de la magistrature la responsabilité de traiter les plaintes formulées à l'égard des juges n'imposent toutefois aucune obligation déontologique à ces derniers. Elles ne font que préciser les circonstances dans lesquelles le Conseil peut recommander la destitution au ministre de la Justice du Canada. Pourtant, les concepts de «manquement à l'honneur et à la dignité», de «manquement aux devoirs de sa charge» et de «situation d'incompatibilité» supposent nécessairement l'existence de normes de conduite qui s'imposent aux juges de nomination fédérale, mais sans en indiquer la source ni en préciser les contours. Cette technique de rédaction législative met donc l'emphasis sur l'aboutissement du processus de plainte : une sanction est identifiée – une éventuelle destitution – sans que les obligations déontologiques dont elle vise à assurer l'observation n'aient été préalablement définies.

Jusqu'à présent, on peut constater que les comités d'enquête n'ont pas vraiment cherché à préciser le sens des termes utilisés par la *Loi sur les juges* pour identifier les motifs justifiant une recommandation de destitution, ni même à définir l'inconduite judiciaire⁷³. Ils puisent les obligations déontologiques des juges de nomination fédérale à diverses sources : un consensus au sein des pays de *common law*⁷⁴, les principes déontologiques développés à l'égard des juges de nomination provinciale⁷⁵ ou encore une déclaration de principes internationale⁷⁶, à titre d'exemples. Leur analyse de la conduite du juge procède de façon très concrète, au cas par cas, avant qu'ils la qualifient à la lumière des concepts utilisés par la *Loi sur les juges*.

73. L'exposé le plus élaboré à ce sujet se trouve dans le *Rapport Matlow* (C.E.), aux par. 119-146.

74. *Rapport Berger* (C.E.), à la p. 385.

75. *Rapport Flynn* (C.E.), aux par. 46-49; *Rapport Matlow* (C.E.), au par. 123.

76. *Rapport Flynn* (C.E.), au par. 47.

Officiellement suggérée au Conseil canadien de la magistrature au milieu des années 1990⁷⁷, l'adoption d'un code de déontologie destiné aux juges de nomination fédérale aurait permis de combler cette lacune, en apportant à tout le moins un premier niveau de précision quant aux devoirs des membres de la magistrature. Cette solution a cependant été écartée par le Conseil. Il est vrai que la *Loi sur les juges* ne lui attribue aucun pouvoir en ce sens⁷⁸. Cependant, quelques déclarations du Conseil⁷⁹ laissent croire que l'absence d'habilitation législative ne constitue pas l'unique motif de son refus : le Conseil semble considérer plus conforme à l'indépendance judiciaire l'élaboration d'un simple guide de conduite non contraignant, comme les *Principes de déontologie judiciaire*⁸⁰ qu'il a publiés en 1998 à l'intention des juges assujettis à sa compétence d'enquête.

Cette perspective semble fondée sur la prémisse qu'aucune règle déontologique ne pourrait être imposée à un juge par la contrainte sans porter atteinte à son indépendance. Elle adopte une conception quasi facultative de la déontologie judiciaire, la bonne volonté du juge en constituant le moteur principal et sa

77. Martin Lawrence Friedland, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995, aux pp. 170-174.

78. Le Conseil l'a d'ailleurs rappelé à quelques reprises : Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 1996-1997*, à la p. 35; Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 1997-1998*, à la p. 31.

79. «Le professeur Friedland avait proposé la préparation d'un code de conduite, mais le groupe de travail du Conseil en est finalement venu à la conclusion qu'il était plus approprié de définir et d'énoncer des principes déontologiques qui pourraient guider les juges dans leur conduite et que cette façon de procéder était plus conforme à l'indépendance judiciaire que l'adoption d'un code de conduite en bonne et due forme» : Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 1996-1997*, à la p. 34; à propos d'un ouvrage antérieur du Conseil qui évitait d'établir des règles de conduite obligatoires, le Conseil écrivait aussi que «procéder ainsi aurait pu porter atteinte au principe de l'indépendance judiciaire, qui laisse les juges seuls responsables de leur conduite» : Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 1990-1991*, à la p. 10.

80. Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire*, 1998.

probité, la seule garantie de réalisation⁸¹. Pourtant, on transformerait l'indépendance judiciaire en une singulière sphère d'impunité, cadrant mal avec la primauté du droit, en utilisant ce principe constitutionnel de première importance pour placer les juges à l'abri des contraintes nécessaires à l'exercice des fonctions publiques dont ils sont investis. Il semble difficile de voir comment un juge pourrait légitimement invoquer l'indépendance judiciaire pour s'opposer, par exemple, à l'obligation qui lui serait faite par un code de déontologie de préserver son impartialité, de ne pas porter atteinte aux valeurs fondamentales inscrites dans la Constitution, de rendre ses jugements en fonction des règles de droit plutôt que selon ses préférences personnelles, ou encore de s'abstenir d'activités politiques⁸². La conduite des juges de nomination fédérale ne peut échapper à toute norme dès lors qu'elle ne présente pas le degré de gravité suffisant pour justifier une destitution.

Depuis la publication des *Principes de déontologie judiciaire*, des rapports d'enquête remis au Conseil y ont fait référence pour identifier les obligations déontologiques des juges de nomination fédérale⁸³. Dans l'une de ses recommandations au ministre de la

81. Dans *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, supra note 7, p. 332 (par. 110), la Cour suprême du Canada a accredité cette conception de la déontologie judiciaire : «La règle de déontologie, en effet, se veut une ouverture vers la perfection. Elle est un appel à mieux faire, non par la sujétion à des sanctions diverses mais par l'observation de contraintes personnellement imposées»; cette position a parfois été reprise par les instances du Conseil : *Rapport Matlow* (C.E.), au par. 124; *Rapport Matlow* (C.C.M.), au par. 95.

82. Le *Code de déontologie de la magistrature*, R.R.Q. c. T-16, r. 4.1, imposant des obligations déontologiques aux juges de nomination provinciale au Québec, a été considéré valide par les tribunaux : *Ruffo c. Le Conseil de la magistrature*, [1989] R.J.Q. 2432 (C.S.), p. 2444-2451; confirmé par la Cour d'appel dans *Ruffo c. Conseil de la magistrature du Québec*, EYB 1992-63960, par. 21 à 26; désistement de pourvoi à la Cour suprême du Canada : [1995] 1 R.C.S. x. Contrairement à ce qu'écrit le Conseil dans le *Rapport Matlow* (C.C.M.), par. 94, il y a bel et bien deux modèles d'encadrement de la déontologie judiciaire au Canada, l'un qui impose des obligations aux juges et l'autre qui leur prodigue des conseils.

83. *Rapport Flynn* (C.E.), aux par. 50-54 et 57; *Rapport Matlow* (C.E.), aux par. 123-147.

Justice⁸⁴, soit à l'étape ultime de la compétence d'enquête qui lui est confiée par la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la magistrature a cependant réaffirmé qu'ils n'énoncent pas de règles impératives, bien que ses instances internes puissent s'en inspirer dans le traitement des plaintes. Quoiqu'elle soit conforme à la perspective dans laquelle ces *Principes* ont été élaborés, cette position laisse néanmoins en plan des questions fondamentales⁸⁵ : les juges de nomination fédérale ont-ils une obligation légale de respecter certaines normes déontologiques en rapport avec la fonction qu'ils exercent; dans l'affirmative, quel est le fondement juridique de cette obligation et comment peut-on identifier les normes déontologiques qui en découlent?

Deux conséquences importantes découlent de l'absence de normes de conduite explicites pour les juges de nomination fédérale, en ce qui concerne le traitement des plaintes dirigées contre eux en vertu de la *Loi sur les juges*. La première est qu'il incombe aux instances chargées de traiter ces plaintes d'identifier de manière empirique ce qu'elles considèrent comme des manquements déontologiques parmi les circonstances portées à leur attention. De cette façon, les obligations déontologiques des juges ne sont définies qu'après la survenance des faits générateurs de la plainte. Sans indication ferme quant aux limites acceptables de sa conduite, le juge visé par une plainte court ainsi le risque d'apprendre de l'une ou l'autre de ces instances qu'il a fait défaut de respecter des obligations qui ne lui avaient pas été auparavant détaillées. Cette situation problématique a d'ailleurs déjà conduit un comité d'enquête à invoquer l'absence d'une norme de conduite préalable comme un motif suffisant pour refuser de recommander la destitution d'un juge, alors qu'il avait pourtant conclu que sa conduite aurait justifié une telle recommandation⁸⁶.

84. *Rapport Matlow* (C.C.M.), aux par. 94 et 99.

85. À ce sujet, voir Huppé, *supra* note 7, aux pp. 101-106.

86. «We do not, however, think it would be fair to set standards *ex post facto* to support a recommendation for removal in this case» : *Rapport Berger* (C.E.), à la p. 392. Dans le même sens, en refusant d'entériner la recommandation de destitution formulée par un comité d'enquête, le Conseil canadien de la magistrature écrivait ce qui suit dans le *Rapport*

Il survient aussi parfois des débats au sein du Conseil quant à l'existence même d'une obligation déontologique, alors que le processus de traitement des plaintes devrait plutôt servir à vérifier la présence d'une contravention à des normes connues et préétablies. Ainsi, une lecture comparée des motifs majoritaires et des motifs minoritaires du *Rapport Marshall* (C.E.) montre un désaccord entre les membres du comité d'enquête relativement à l'existence d'une obligation déontologique quant à la formulation de commentaires dans un jugement à propos de la conduite d'une partie au litige⁸⁷. De même, les différents points de vue exprimés dans le traitement des plaintes déposées à l'égard des juges Boilard⁸⁸ et Matlow⁸⁹ permettent difficilement de savoir s'il existe des contraintes déontologiques relativement à la récusation d'un juge dans un dossier dont il est saisi, et quelles seraient ces contraintes. Les juges visés par une plainte font les frais de telles incertitudes normatives, quel que soit le résultat du processus engagé devant le Conseil.

En raison de la fragmentation du pouvoir décisionnel entre les diverses instances internes du Conseil canadien de la magistrature⁹⁰, une seconde conséquence découle de l'absence de normes de conduite explicites : le risque d'un manque d'uniformité dans la mise en œuvre de la déontologie judiciaire. Sans code de déontologie formel pour encadrer son analyse, chaque président ou vice-président du Comité sur la conduite des juges, chaque sous-comité formé pour examiner une plainte, met en application sa propre conception des obligations déontologiques des juges. Puisque le Conseil canadien de la magistrature ne révisé pas leurs

Matlow (C.C.M.) : «There are limits to what a judge can do in pursuit of his or her personal or private interests and this case serves as notice to all judges of the limitations that properly apply to a judge's right to pursue civic or personal interests while serving as a judge» (par. 185).

87. *Rapport Marshall* (C.E.), à la p. 37 (motifs majoritaires) et à la p. 24 (motifs minoritaires).

88. *Rapport Boilard* (C.E.), au par 98; *Rapport Boilard* (C.C.M.).

89. *Rapport Matlow* (C.E.), aux par. 85-95, 136-146, 170-173 et 181-187; *Rapport Matlow* (C.C.M.), aux par. 124-144 (motifs majoritaires) et 43-77 (motifs minoritaires).

90. Voir *supra* la section 1.2.

décisions lorsque le dossier est fermé sans la tenue d'une enquête publique, il est privé par les *Procédures* qu'il a lui-même adoptées de la possibilité d'unifier leur évaluation des cas concrets soulevés par ces plaintes. Il ne peut garantir aucune uniformité dans la façon dont ses instances internes définissent et apprécient l'inconduite judiciaire, sauf à l'égard du nombre infime de plaintes qui atteignent le stade de l'examen par un comité d'enquête.

Dans le *Rapport Matlow* (C.C.M.), le Conseil canadien de la magistrature a fermement exprimé la position que les comités d'enquête ne se prononcent pas de façon définitive quant à l'appréciation de ce qui constitue une inconduite judiciaire et qu'il lui incombe d'établir des principes généraux à cet égard⁹¹. Cette règle devrait recevoir application non seulement lorsque les instances internes du Conseil sont d'avis qu'une enquête publique à propos de la conduite d'un juge est nécessaire, mais aussi lorsqu'elles sont d'avis que son inconduite ne justifie pas une telle enquête. Autrement, pour la quasi-totalité des plaintes, l'inconduite judiciaire est ce que les instances internes du Conseil en pensent.

2.2. Les formes de l'intervention disciplinaire

Une constatation d'inconduite ne représente que la première partie de la mission du Conseil canadien de la magistrature; il lui faut ensuite déterminer si cette inconduite atteint un degré suffisant pour justifier une recommandation de destitution⁹². À cette fin, les comités d'enquête ont adopté un critère très exigeant⁹³, entériné par les tribunaux supérieurs en ce

91. «*Instead, given the need to ensure uniformity and therefore fair and equal treatment, it is the CJC, and not the individual inquiry committees, that should bring its own independent judgment to bear and ultimately confirm the general principles as to the scope of sanctionable conduct*» : *Rapport Matlow* (C.C.M.), au par. 56.

92. Le Conseil a confirmé que l'appréciation d'une plainte comporte ces deux étapes : *Rapport Matlow* (C.C.M.), au par. 166; *Rapport Cosgrove* (C.C.M.), au par. 15.

93. Ce critère consiste à déterminer si la conduite reprochée au juge porte «*si manifestement et si totalement atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à*

qui a trait tant à la destitution des juges de nomination fédérale⁹⁴ qu'à celle des juges de nomination provinciale⁹⁵. Le premier volet de ce critère est consacré à une appréciation de la conduite du juge par rapport aux principes fondamentaux qui encadrent l'exercice de la fonction judiciaire : l'impartialité, l'indépendance et l'intégrité. Le second volet évalue les effets de la conduite du juge à l'égard de la confiance que les institutions judiciaires doivent inspirer à la population et qui fonde leur légitimité dans la société.

Pour appliquer ce critère, des comités d'enquête⁹⁶ ont eu recours à une fiction largement utilisée en droit canadien : quelle perception une personne raisonnable et bien informée aurait-elle de la conduite du juge? Cette méthode renvoie, en définitive, à la conception que les membres des comités d'enquête se font de ce justiciable idéal dont ils cherchent à deviner l'opinion, puisque la perception réelle du public à l'égard de la conduite du juge leur est inconnue⁹⁷. Les caractéristiques objectives de cette personne

l'indépendance de la magistrature qu'elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge». Formulé dans le *Rapport Marshall* (C.E.), à la p. 28, il a été repris de façon constante par la suite, malgré certaines variantes de forme dans son libellé : *Rapport Bienvenue* (C.E.), à la p. 42; *Rapport Flynn* (C.E.), au par. 35; *Rapport Boilard* (C.E.), à la p. 49 (par. 112); *Rapport Matlow* (C.E.), par. 111-112 et *Rapport Matlow* (C.C.M.), aux par. 96-97 et 164; *Rapport Cosgrove* (C.E.), au par. 131; *Rapport Cosgrove* (C.C.M.), au par. 19.

94. *Taylor c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 16, aux pp. 31-32 (par. 63).

95. *Re Therrien*, *supra* note 20, à la p. 96 (par. 147); *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, à la p. 281 (par. 51).

96. *Rapport Bienvenue* (C.E.), aux pp. 60-63, *Rapport Flynn* (C.E.), au par. 36.

97. Dans le *Rapport Bienvenue* (C.E.), le comité d'enquête a ainsi considéré irrecevable un sondage d'opinion auprès de la population, en déclarant qu'il ne serait pas sage «de prendre en compte des sondages d'opinion pour juger de la perception du public à l'égard de la conduite d'un juge ou à l'égard de la confiance dont jouit l'appareil judiciaire» (p. 59); dans le rapport par lequel le Conseil a entériné ce rapport d'enquête, les membres dissidents du Conseil ont exprimé leur désaccord avec ce point de vue : *Rapport Bienvenue* (C.C.M.), à la p. 85.

raisonnable n'ont d'ailleurs pas été identifiées⁹⁸, notamment en ce qui a trait à l'ampleur de ses connaissances juridiques ou à sa familiarité avec les conditions dans lesquelles la fonction judiciaire est exercée.

Surtout, on n'a pas précisé en quoi cette personne raisonnable et bien informée se distingue des membres du comité d'enquête. Serait-il possible, même d'un point de vue purement théorique, que la perception des membres d'un comité d'enquête puisse substantiellement différer de celle d'une personne raisonnable? Dans la mesure où il n'existe aucune différence appréciable entre l'analyse effectuée par les membres du comité d'enquête et celle théoriquement faite par une personne raisonnable, le recours à une telle abstraction ajoute une complication inutile au critère utilisé pour déterminer l'opportunité d'une recommandation de destitution. Les comités d'enquête ou le Conseil pourraient plutôt définir eux-mêmes les conditions objectives permettant de maintenir la confiance du public dans ses institutions judiciaires.

Bien qu'une plainte puisse faire état de toute inconduite de la part d'un juge⁹⁹, la *Loi sur les juges* ne traite pas de la sanction des inconduites mineures, insuffisamment graves pour justifier une recommandation de destitution. Elle n'autorise pas même le Conseil canadien de la magistrature à prononcer un blâme ou une réprimande à l'égard d'un juge, ni à lui imposer d'autres sanctions

98. Le membre dissident du comité d'enquête ayant remis le *Rapport Bienvenue* (C.E.) soulignait à juste titre les difficultés de ce critère, en s'interrogeant à propos de l'identité du groupe social dans lequel se situe cette personne raisonnable (p. 28 du rapport dissident).

99. «Un comité d'enquête déclarait ainsi que [...] le paragraphe 63 (2) s'étend aux plaintes concernant toute inconduite, allant des fautes les plus mineures jusqu'aux écarts de conduite les plus graves» : Dans l'affaire de l'enquête du Conseil canadien de la magistrature concernant le juge Paul Cosgrove (C.E.), 16 décembre 2004, à la p. 8 (par. 10). L'article 5 (1) du *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes*, supra note 33, autorise un comité d'enquête à examiner toute plainte ou accusation pertinente formulée contre un juge et qui est portée à son attention.

disciplinaires¹⁰⁰; celui-ci l'a d'ailleurs fait remarquer à plusieurs reprises dans ses rapports annuels¹⁰¹. La seule recommandation qui lui est permise par la *Loi sur les juges* concerne l'opportunité de destituer le juge.

Les rapports d'enquêtes fournissent ainsi plusieurs exemples de conduites décriées par des comités d'enquête, mais qui ne donnent lieu à aucune sanction contre le juge : l'utilisation des services d'une entreprise offrant des spectacles de striptease en privé¹⁰²; le retard continu à rendre jugement¹⁰³; la participation à un débat politique¹⁰⁴; le blâme exagérément sévère adressé à la victime d'une erreur judiciaire¹⁰⁵; une récusation décidée par le juge sans motifs valables¹⁰⁶. Un comité d'enquête a même considéré que le fait de ne pas dénoncer formellement une inconduite judiciaire qu'il réprouvait, sans la juger suffisante pour justifier la destitution, aurait pu porter atteinte à la confiance de la population dans les institutions judiciaires¹⁰⁷.

À cet égard, le Conseil canadien de la magistrature n'a pas jugé approprié de préciser le fondement juridique des conclusions

100. Dans le *Rapport Berger* (C.E.), aux pp. 384-385, le comité d'enquête a refusé de déterminer si le Conseil canadien de la magistrature possède le pouvoir de réprimander le juge ou d'imposer une sanction moindre qu'une recommandation de destitution.

101. À titre d'exemple, voir : *Conseil canadien de la magistrature, Rapport annuel 1989-1990*, à la p. 7; *Conseil canadien de la magistrature, Rapport annuel 1990-1991*, à la p. 15; *Conseil canadien de la magistrature, Rapport annuel 1993-1994*, à la p. 13. Un comité d'enquête a néanmoins évoqué cette sanction, mais sans la retenir : *Rapport Cosgrove* (C.E.), aux par. 188 et 200.

102. Rapport d'enquête relaté dans le *Rapport annuel du Conseil canadien de la magistrature, 1996-1997*, à la p. 19.

103. Rapport d'enquête relaté dans le *Rapport annuel du Conseil canadien de la magistrature, 1996-1997*, aux pp. 19-20.

104. *Rapport Berger* (C.E.), à la p. 391; *Rapport Flynn* (C.E.), aux par. 71-76.

105. *Rapport Marshall* (C.E.), à la p. 37.

106. *Rapport Boilard* (C.E.), à la p. 50 (par. 114). L'appréciation du comité d'enquête dans ce dossier a cependant été désapprouvée par le Conseil dans son rapport au ministre de la Justice du Canada : *Rapport Boilard* (C.C.M.).

107. *Rapport Marshall* (C.E.), à la p. 37.

exceptionnelles qu'il a prononcées dans le *Rapport Matlow* (C.C.M.)¹⁰⁸ : désapprouvant expressément sa conduite, il a obligé le juge à présenter des excuses écrites dans une forme acceptable au Conseil, il lui a ordonné d'assister à un séminaire portant sur la déontologie judiciaire et lui a aussi interdit de participer à tout débat public sans obtenir au préalable une opinion favorable du Comité consultatif sur la déontologie judiciaire¹⁰⁹. Les dix-sept membres concourant à l'opinion majoritaire n'ont mentionné au soutien de leurs conclusions aucune disposition législative, ni principe de droit, qui donnerait une telle compétence au Conseil canadien de la magistrature.

Quelques dispositions des *Procédures* offrent aux diverses instances internes du Conseil la faculté d'exposer au juge visé par la plainte une évaluation de sa conduite et de lui exprimer leurs préoccupations. Une première occasion est fournie au président ou au vice-président du Comité sur la conduite des juges au moment où il ferme un dossier parce qu'il ne considère pas nécessaire de prendre d'autres mesures et que le juge reconnaît que sa conduite était déplacée¹¹⁰; cette possibilité est également offerte au sous-comité ou au Conseil lorsqu'ils ferment un dossier¹¹¹. Aucune disposition de la *Loi sur les juges* n'autorise

108. *Rapport Matlow* (C.C.M.), au par. 185-186.

109. Ce comité donne des avis confidentiels aux juges qui le consultent à propos de questions déontologiques; il a émis une soixantaine d'opinions durant ses cinq premières années d'existence : Georgina R. Jackson, «The Mystery of Judicial Ethics : Deciphering the «Code», (2005) 68 Sask. L. Rev. 1, aux pp. 7-8.

110. Art. 5.2 des *Procédures*. La Cour d'appel fédérale a fait référence à un tel pouvoir sans se prononcer sur sa légalité, en précisant qu'il ne peut être exercé que lorsque le juge reconnaît le caractère déplacé ou répréhensible de sa conduite et en indiquant que la conduite du juge doit présenter une certaine gravité pour qu'il puisse être exercé : *Taylor c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 16, aux pp. 31, 33-34 et 46 (par. 61-62, 69 et 111).

111. Art. 9.7 et 10.5 des *Procédures*; à l'une ou l'autre de ces étapes, il n'est cependant pas nécessaire que le juge visé par la plainte reconnaisse le caractère déplacé de sa conduite pour que ces préoccupations puissent lui être exprimées. Le règlement administratif remplacé par ces *Procédures* autorisait plutôt les instances du Conseil, dans les mêmes

cependant une telle intervention auprès d'un juge visé par une plainte¹¹².

Tout comme la dénonciation publique de la conduite d'un juge par un comité d'enquête ou par le Conseil, cette solution ne peut être envisagée comme une panacée aux insuffisances de la *Loi sur les juges*. Elle pourrait même parfois être considérée, précisément en raison de l'absence d'une assise législative qui l'autoriserait, comme une pression indue exercée à son égard. Le président ou le vice-président du Comité sur la conduite des juges, par exemple, n'exerce aucune autorité à l'égard du juge visé par une plainte, ni au plan judiciaire, ni au plan administratif¹¹³. L'évaluation qu'il fait de la conduite du juge, de même que les préoccupations dont il lui fait part, ne constituent que l'expression de son opinion personnelle. Afin de protéger l'indépendance judiciaire, il semble indispensable que tout mécanisme permettant d'adresser directement une critique à un juge, en privé ou en public, soit encadré par des règles de droit qui précisent les circonstances permettant une telle intervention et la portée qu'elle peut prendre.

Ainsi, il est arrivé qu'un juge réagisse fortement à la désapprobation que manifestait un sous-comité à l'égard de sa conduite¹¹⁴, en se dessaisissant d'un procès qu'il présidait depuis

circonstances, à exprimer leur désapprobation quant à la conduite du juge : *Règlement administratif du Conseil*, *supra* note 24, art. 50 (2) et 55 (2).

112. Un auteur soutient que cette pratique trouve son fondement dans les objets généraux du Conseil et dans l'intérêt public : Ed Ratushny, «Speaking As Judges : How Far Can They Go?», (1999-2000) 11 R.N.D.C. 293, à la p. 311; un tel fondement paraît cependant largement insuffisant pour justifier des interventions aussi directes auprès d'un juge.

113. L'article 3.2 des *Procédures* empêche d'ailleurs le président et les vice-présidents du Comité sur la conduite des juges d'être saisis d'une plainte concernant un juge faisant partie du même tribunal qu'eux. En vertu des articles 9.1 b) et 10.2, il en est de même des membres d'un sous-comité et des membres d'un comité d'enquête.

114. Incident rapporté dans le *Rapport Boilard* (C.E.), aux pp. 12-15. Tel que l'indique la *Décision d'un sous-comité concernant le juge Boilard*, 15 juillet

plusieurs mois puisqu'il considérait ne plus posséder l'autorité morale requise. Sa décision de se retirer du dossier a donné lieu à une nouvelle plainte contre lui et à la formation d'un comité d'enquête. Bien que le comité d'enquête ait alors considéré qu'il était «inconcevable» que les observations qu'une instance déontologique adresse à un juge pour évaluer sa conduite ou exprimer une préoccupation puissent amener celui-ci à se retirer d'un dossier¹¹⁵, cette affaire illustre concrètement les dangers bien réels qui résultent de l'absence d'un encadrement législatif explicite au pouvoir d'un juge ou d'un groupe de juges d'intervenir auprès d'un de leurs pairs pour commenter sa conduite.

En vertu des *Procédures*, les instances internes du Conseil peuvent aussi recommander que les problèmes relevés à la suite de l'examen d'une plainte soient traités en ayant recours à des services de consultation ou à d'autres mesures correctives¹¹⁶. Le consentement du juge visé par la plainte, ainsi que la collaboration de son juge en chef, sont nécessaires à l'application de telles mesures correctives, dont le succès entraîne la fermeture du dossier. La *Loi sur les juges* ne contient cependant aucune assise permettant au Conseil de recommander de telles mesures correctives ou de contribuer à leur mise en place. Elle n'en définit pas non plus la nature, ni n'en précise les modalités. Une discrétion totale est laissée par les *Procédures* aux instances internes du Conseil canadien de la magistrature quant aux

2002, reproduite en annexe 2 à ce rapport, le sous-comité avait conclu à un manque flagrant de respect du juge envers plusieurs avocats, à de surprenants écarts de patience du juge, ainsi qu'à un abus de pouvoir du juge portant atteinte à l'image de la magistrature. Le juge visé par les reproches du sous-comité avait appris l'existence de la lettre de désapprobation par l'intermédiaire d'une journaliste.

115. *Rapport Boilard* (C.E.), à la p. 45 (par. 103).

116. Art. 5.1 b), 5.3, 8.1 b) (pour ce qui est du président ou du vice-président du Comité sur la conduite des juges) et 9.6 c) (pour ce qui est d'un sous-comité). Un sous-comité a même exprimé l'avis que l'enquête sur la conduite d'un juge vise moins à punir qu'à proposer des mesures correctives : *Décision d'un sous-comité concernant le juge Barakett*, 24 juillet 2002.

recommandations qu'elles peuvent faire à ce sujet et le Conseil lui-même n'a pas à les approuver ou à les autoriser.

Bien qu'il offre une voie louable pour permettre de désamorcer la situation créée par le dépôt d'une plainte, ce mécanisme présente cependant des lacunes importantes. Les mesures correctives sont décidées à l'insu du plaignant, qui n'en apprend l'existence qu'une fois qu'elles ont été mises en application¹¹⁷. Aucune valeur n'est accordée par les *Procédures* à l'opinion du plaignant quant à leur suffisance ou leur caractère approprié par rapport au contenu de sa plainte. Étant donné que le maintien de la confiance publique constitue l'objectif ultime du processus de plainte, l'absence de consultation du plaignant dans l'identification de la mesure corrective adéquate paraît peu convaincante. De plus, étant donné que ces mesures sont envisagées avant qu'une décision ne soit prise quant à l'opportunité de tenir une enquête publique, il existe une possibilité réelle que le juge visé par la plainte se sente contraint de les accepter afin d'éviter une enquête publique à propos de sa conduite. Cette façon de procéder présente donc des risques pour son indépendance.

L'intervention disciplinaire du Conseil canadien de la magistrature auprès d'un juge soulève aussi la question du rapport qui s'établit entre le plaignant et le juge en raison du dépôt d'une plainte. À ce sujet, la Cour d'appel fédérale a très clairement établi que «*la Loi sur les juges ne confère pas de droits aux justiciables en cas d'inconduite d'un juge*» et que le Conseil «*n'a pas pour mandat de donner effet aux droits des plaignants ou de leur accorder réparation*»¹¹⁸. C'est manifestement sur cette base qu'ont été élaborées les *Procédures*¹¹⁹. Dans cette optique, le

117. L'article 12.2 des *Procédures* laisse au directeur exécutif la discrétion d'informer le plaignant lorsque le dossier est suspendu en attendant l'application de mesures correctives.

118. *Taylor c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 16, à la p. 38 (par. 82).

119. L'art. 3.4 des *Procédures* permet même au président ou au vice-président du Comité sur la conduite des juges de poursuivre l'examen d'une plainte malgré qu'elle soit retirée par le plaignant, lorsqu'il considère que l'intérêt

plaignant ne fait pas valoir une atteinte personnelle auprès du Conseil; il porte plutôt à l'attention des autorités concernées une situation qu'il considère problématique, en leur demandant de la traiter comme elles jugent approprié de le faire et non en fonction de droits subjectifs qu'il pourrait détenir à l'endroit du juge.

Cette façon de caractériser la plainte peut sembler juste lorsqu'elle fait état d'une situation qui ne concerne le plaignant que de manière indirecte, par exemple une plainte reprochant au juge de s'exprimer publiquement à propos d'un sujet controversé. Par contre, lorsque le plaignant relate une conduite qui l'affecte directement, comme des propos déplacés tenus à son égard ou encore un abus de pouvoir dont il a subi les conséquences, elle occulte l'existence d'un véritable rapport de droit entre le juge et le plaignant. Une immunité de poursuite¹²⁰ est d'ailleurs nécessaire pour éviter au juge les conséquences civiles qui découleraient autrement de ce rapport de droit créé entre le plaignant et lui en raison des événements qui lui sont reprochés. Ce rapport de droit ne cesse pas d'exister du seul fait qu'on considère la conduite du juge sous l'angle déontologique ou disciplinaire, plutôt que sous l'angle de la responsabilité civile¹²¹, et la qualification juridique d'une plainte d'inconduite judiciaire devrait en tenir compte.

public et la bonne administration de la justice l'exigent. Aucune autre disposition des *Procédures* n'indique les conséquences du retrait d'une plainte à un stade ultérieur, mais il est vraisemblable que le même principe s'applique à toutes les étapes du processus. À l'inverse, la démission ou la retraite d'un juge priverait le Conseil canadien de la magistrature ou l'une de ses instances de toute compétence pour continuer une enquête déjà commencée : *Rapport Marshall* (C.E.), à la p. 1.

120. A propos de l'immunité de poursuite judiciaire, voir : Luc Huppé, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2000, aux pp. 101-104.

121. Dans un de ses rapports annuels, le Conseil reconnaissait d'ailleurs l'existence de ce rapport de droit en écrivant que «malgré les craintes que la démarche suscite et les risques de déception qu'elle comporte, il est essentiel que les personnes qui s'estiment lésées par la conduite d'un juge aient un recours» : *Conseil canadien de la magistrature, Rapport annuel 1996-1997*, à la p. 15.

Il est vrai que la destitution ou la réprimande d'un juge ne peuvent d'aucune façon être considérées comme une réparation privée accordée au plaignant. Elles représentent plutôt une sanction collective, imposée au juge pour garantir l'intégrité de la fonction judiciaire. En ce sens, il semble exact d'affirmer que le processus disciplinaire applicable aux membres de la magistrature n'accorde au plaignant aucun droit à une réparation. Ceci étant, le fait d'être directement affecté par la conduite d'un juge donne au plaignant un intérêt particulier, distinct de celui des autres justiciables, à ce que la conduite du juge fasse l'objet d'un examen public. Certaines attentes légitimes de sa part devraient donc être reconnues; entre autres, le dossier de sa plainte ne devrait pas être fermé sans que l'occasion lui soit donnée de faire des représentations quant aux mesures qui, selon les instances internes du Conseil, rendent inutile la tenue d'une enquête publique.

CONCLUSION

L'approche restrictive du Conseil canadien de la magistrature dans le traitement des plaintes déposées à l'égard des juges de nomination fédérale trouve une justification de taille dans le texte même de la *Loi sur les juges* : le rapport remis au ministre de la Justice du Canada par le Conseil vise uniquement à déterminer s'il y a lieu de destituer le juge parce qu'il est inapte à remplir utilement ses fonctions¹²². Ainsi défini de façon extrêmement limitative, le mécanisme d'examen des plaintes établi par la *Loi sur les juges* accuse cependant un retard manifeste par rapport à l'évolution du droit canadien.

Au moment où le Parlement fédéral a mis ce mécanisme en place, au début des années 1970, l'encadrement juridique de la déontologie et de la discipline judiciaires n'en était encore au Canada qu'à ses premiers balbutiements. Ce domaine a connu

122. *Loi sur les juges*, *supra* note 4, art. 65.

depuis des développements substantiels¹²³. La Cour suprême du Canada a ainsi clairement énoncé qu'en raison des fonctions qu'ils exercent, les juges doivent avoir une conduite exemplaire et que la confiance publique dans les institutions judiciaires en dépend¹²⁴. Elle a aussi établi que la magistrature doit se conformer aux exigences requises par le statut qu'elle occupe dans la société¹²⁵ et qu'il est donc nécessaire que la conduite des juges soit encadrée par des obligations déontologiques¹²⁶. De même, la Cour d'appel fédérale a exprimé sans réserve qu'un régime adéquat d'examen de la conduite des juges est essentiel pour préserver la confiance du public dans la magistrature¹²⁷. L'existence d'une responsabilité disciplinaire pour les membres de la magistrature est maintenant considérée comme une modalité indispensable de l'indépendance que la Constitution canadienne leur garantit¹²⁸. Des mesures

123. À ce sujet, voir Luc Huppé, *Histoire des institutions judiciaires du Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2007, aux pp. 630-635 et 736-740.

124. «[...] les qualités personnelles, la conduite et l'image que le juge projette sont tributaires de celles de l'ensemble du système judiciaire et, par le fait même, de la confiance que le public place en celui-ci. [...] La population exigera donc de celui qui exerce une fonction judiciaire une conduite quasi-irréprochable. [...] Il devra être et donner l'apparence d'être un exemple d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité. Les exigences à son endroit se situent à un niveau bien supérieur à celui de ses concitoyens» : Re Therrien, *supra* note 20, aux pp. 75-76 (par. 110-111).

125. *Id.*, à la p. 76 (par. 112).

126. La Cour suprême du Canada a ainsi reconnu «[...] la nécessité qu'il existe au sein de la magistrature, des normes de conduite conçues pour soutenir la confiance que place le justiciable en cette dernière et ceci, pour assurer la permanence de la règle de droit telle qu'elle s'exprime aujourd'hui.» : *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, *supra* note 7, p. 332 (par. 109). Un comité d'enquête a exprimé l'opinion que «le public a droit à une procédure méthodique d'examen des plaintes portées contre les juges des cours supérieures» : *Décision du comité d'enquête en vertu des paragraphes 63 (2) et 63 (3) de la Loi sur les juges relativement à M. le juge F.L. Gratton de la Cour de l'Ontario (division générale)*, 26 janvier 1994, à la p. 19.

127. *Cosgrove*, *supra* note 19, à la p. 729 (par. 32).

128. Plusieurs auteurs ont déjà émis des opinions allant en ce sens : «Les notions d'indépendance et de déontologie judiciaires sont interdépendantes. Sans déontologie, l'indépendance ne se justifie pas. Sans indépendance, la déontologie aujourd'hui ne suffit pas» (Glenn, *supra* note 64, à la p. 303); «[...] l'indépendance judiciaire ne se conçoit

concrètes sont essentielles pour conférer une portée réelle à ces principes.

Il est significatif de constater que le cadre établi par la *Loi sur les juges* à l'époque de la création du Conseil canadien de la magistrature est demeuré quasiment inchangé en ce qui a trait au processus de traitement des plaintes. Une conséquence importante découle de cette constatation : la perspective dans laquelle la *Loi sur les juges* invite le Conseil canadien de la magistrature à traiter les plaintes formulées contre les juges de nomination fédérale ne concorde plus avec la perspective dans laquelle le droit canadien rend dorénavant les juges redevables de leur conduite. Cette évolution du droit met plus particulièrement en relief l'insuffisance de la *Loi sur les juges* relativement aux inconduites judiciaires mineures. Sans la compétence explicite d'imposer des sanctions proportionnées aux inconduites qu'il constate, le Conseil canadien de la magistrature ne peut accomplir sa «mission de veiller au respect de la déontologie judiciaire»¹²⁹. Faute d'un instrument législatif plus fin, la compétence d'enquête du Conseil ne peut servir à mettre en œuvre, dans l'ensemble des situations où elles pourraient potentiellement trouver application, les obligations déontologiques des juges de nomination fédérale.

En consultation avec la magistrature, le Parlement fédéral a donc le devoir constitutionnel de mettre la *Loi sur les juges* au diapason du cadre juridique contemporain¹³⁰. Maintes fois les

plus de nos jours sans une obligation pour les juges de rendre compte de leur conduite judiciaire et extrajudiciaire» (Yves-Marie Morissette, «Comment concilier déontologie et indépendance judiciaires?», (2003) 48 R.D. McGill 297, p. 302); «[...] *real accountability requires that judicial councils have access to more than the ultimate sanction of removal*» (A. Wayne Mackay, «Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges Be Seen but Not Heard?», (1993) 3 R.N.D.C. 159, à la p. 210).

129. *Rapport Bienvenue* (C.E.), à la p. 58.

130. Bien que la compétence accordée au Parlement fédéral par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* à l'égard des juges de nomination fédérale ne concerne que leur rémunération, la jurisprudence laisse entrevoir à ce sujet une plus large compétence législative fédérale que celle expressément énoncée dans les textes constitutionnels. Ainsi, il

tribunaux ont-ils répété que la confiance des justiciables dans leurs institutions judiciaires représente une condition indispensable au maintien de la primauté du droit. La réalisation de cet objectif ne dépend pas uniquement de la droiture et des capacités des membres de la magistrature. Les institutions législatives doivent elles aussi participer à la préservation de la confiance publique envers les tribunaux, non seulement parce qu'elles détiennent seules le pouvoir d'établir des structures contraignantes, mais aussi en raison de la valeur de transparence et d'exemplarité propre au texte législatif. Pour que les justiciables puissent pleinement adhérer à leur système juridique, il est indispensable que la loi exprime le consensus social qui fonde la légitimité des institutions judiciaires. Une législation moderne, en phase avec le contexte juridique actuel, contribuerait mieux au maintien de leur confiance que l'actuelle *Loi sur les juges*.

semble que les tribunaux seraient disposés à considérer que les questions liées au statut, à l'indépendance et aux fonctions judiciaires des juges de nomination fédérale, y compris les mécanismes permettant de traiter des plaintes contre ces juges et d'enquêter relativement à leur conduite, échappent à la compétence provinciale : *Mackeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, aux pp. 811-813. Bien que ces propos aient été tenus dans le cadre d'une dissidence, ils ont ensuite été repris par la Cour fédérale dans *Gratton*, *supra* note 34, aux pp. 796-797.

ANNEXE : LISTE DES RAPPORTS D'ENQUÊTE¹³¹

Trois rapports d'enquête datant de la période où les comités d'enquête procédaient en privé n'ont pas été publiés¹³².

Report of the Committee of Investigation to the Canadian Judicial Council into the Conduct of the Hon. Mr. Justice Berger, 31 mai 1982 (appelé le «Rapport Berger (C.E.)»)¹³³; ce rapport a été partiellement désavoué par une majorité de membres du Conseil : *Résolution du Conseil canadien de la magistrature*, 31 mai 1982¹³⁴.

Rapport au Conseil canadien de la magistrature déposé par le comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63 (1) de la Loi sur les juges à la suite d'une demande du Procureur général de la Nouvelle-Écosse, 27 août 1990 (appelé le «Rapport Marshall (C.E.)»)¹³⁵; ce rapport a été entériné à l'unanimité par le Conseil¹³⁶.

Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63 (1) de la Loi sur les juges pour mener une enquête publique relativement à la conduite de M. le juge Jean Bienvenue de la Cour supérieure du Québec dans la cause La Reine c. Théberge, juin 1996 (appelé le «Rapport Bienvenue (C.E.)»)¹³⁷; ce rapport a été entériné par une majorité de membres du Conseil : *Rapport du*

131. Les rapports d'enquête rendus depuis les années 1990, ainsi que quelques rapports du Conseil au ministre de la Justice du Canada, sont disponibles en ligne au site Internet du Conseil canadien de la magistrature : <http://www.cjc-ccm.gc.ca/>.

132. Leur contenu est résumé dans le *Rapport annuel du Conseil canadien de la magistrature, 1996-1997*, aux pp. 19-20.

133. Publié à (1983) 28 R.D. McGill 382.

134. *Id.*, à la p. 379; voir aussi : *Conseil canadien de la magistrature, Rapport annuel 1996-1997*, à la p. 20.

135. Aussi publié à : (1991) 40 R.D. U.N.-B. 210.

136. *Rapport annuel du Conseil canadien de la magistrature, 1990-1991*, à la p. 13.

137. Aussi publié à : (1997-1998) 9 R.N.D.C. 357.

Conseil canadien de la magistrature au ministre de la Justice aux termes du paragraphe 65 (1) de la Loi sur les juges concernant les plaintes au sujet du comportement de Monsieur le juge Jean Bienvenue de la Cour supérieure du Québec dans la cause R. c. Théberge, 20 septembre 1996 (appelé le «Rapport Bienvenue (C.C.M.)»)¹³⁸.

Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête nommé conformément au paragraphe 63 (1) de la Loi sur les juges pour mener une enquête sur le juge Bernard Flynn relativement aux propos tenus par celui-ci à une journaliste dont l'article a paru dans le journal Le Devoir du 23 février 2002, 12 décembre 2002 (appelé le «Rapport Flynn (C.E.)»); ce rapport a été entériné à l'unanimité par le Conseil : Rapport présenté par le Conseil canadien de la magistrature au ministre de la Justice du Canada conformément au paragraphe 63 (1) de la Loi sur les juges concernant la conduite de M. le juge Bernard Flynn de la Cour supérieure du Québec, 25 mars 2003¹³⁹.

Rapport au Conseil canadien de la magistrature du Comité d'enquête nommé conformément au paragraphe 63 (3) de la Loi sur les juges pour mener une enquête sur le juge Jean-Guy Boilard relativement à la décision qu'il a prise le 22 juillet 2002 d'abandonner la gestion du procès R. c. Beauchamp, 5 août 2003 (appelé le «Rapport Boilard (C.E.)»); ce rapport a été partiellement désavoué par le Conseil, à l'unanimité : Rapport du Conseil canadien de la magistrature présenté au ministre de la Justice du Canada en vertu de l'art. 65 (1) de la Loi sur les juges et concernant le juge Jean-Guy Boilard de la Cour supérieure du Québec, 19 décembre 2003 (appelé le «Rapport Boilard (C.C.M.)»).

Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête constitué en vertu du paragraphe 63 (3) de la Loi sur les juges pour enquêter sur la conduite du juge Theodore Matlow de la

138. Publié dans le *Rapport annuel du Conseil de la magistrature, 1996-1997*, à la p. 69.

139. Publié dans le *Rapport annuel du Conseil de la magistrature, 2002-2003*, à la p. 65.

Cour supérieure de justice de l'Ontario, 28 mai 2008 (appelé le «Rapport Matlow (C.E.)»); la recommandation de destitution formulée par ce rapport a été mise de côté par le Conseil : Rapport du Conseil canadien de la magistrature au ministre de la Justice concernant la conduite de l'honorable T. Matlow, 3 décembre 2008 (appelé «Rapport Matlow (C.C.M.)»).

Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête constitué en vertu du paragraphe 63 (3) de la Loi sur les juges pour enquêter sur la conduite du juge Paul Cosgrove de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, 27 novembre 2008 (appelé le «Rapport Cosgrove (C.E.)»); la recommandation de destitution formulée dans ce rapport a été entérinée par le Conseil : Rapport du Conseil canadien de la magistrature au ministre de la Justice concernant la conduite de l'honorable Paul Cosgrove, 30 mars 2009 (appelé «Rapport Cosgrove (C.C.M.)»).

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA MODIFICATION PAR CONVENTION CONSTITUTIONNELLE DU
MODE DE DÉSIGNATION DES SÉNATEURS CANADIENS

Auteur(s) : José WOEHLING

Revue : RDUS, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : 115-151

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11529>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11529>

Page vide laissée intentionnellement.

LA MODIFICATION PAR CONVENTION CONSTITUTIONNELLE DU MODE DE DÉSIGNATION DES SÉNATEURS CANADIENS

par José WOEHLING*

Actuellement, les membres du Sénat canadien sont nommés, aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867, par le gouverneur général qui, en vertu des conventions constitutionnelles, agit de l'initiative et sur l'avis du premier ministre du Canada. Dans quelle mesure est-il possible de mettre en place, sans modification constitutionnelle formelle, par l'entremise de nouvelles conventions constitutionnelles, un mode différent de désignation des sénateurs? Dans cet article, l'auteur examine l'hypothèse de la désignation des sénateurs par l'exécutif fédéral à la suite d'une consultation électorale tenue dans les provinces, ainsi que celle d'une désignation faite par ces mêmes autorités sur proposition de personnes par le gouvernement de la province à représenter.

At the present time, under the Constitution Act 1867, senators are appointed by the Governor General who, following the conventions of the Constitution, acts at the initiative and upon the advice of the Canadian Prime Minister. Is it possible to change this appointment procedure without any formal amendment to the written Constitution, by adopting and adding new and different conventions to the existing system? In this study, two such possible avenues of reform are examined: the appointment of senators by the federal executive following a «consultative» election in the province to be represented or their appointment by that same executive on presentation of one or more persons by the provincial executive.

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

SOMMAIRE

Introduction	117
A. Nature et caractères des conventions constitutionnelles	119
B. L'apparition de nouvelles conventions constitutionnelles relatives à l'exercice des pouvoirs exécutifs fédéraux reste possible sous le régime de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	124
C. Conditions et modalités de l'apparition d'éventuelles conventions relatives à la nomination des sénateurs	129
1) L'apparition d'une convention à la suite de précédents ou sa mise en place de façon instantanée	130
2) Les consentements nécessaires pour faire apparaître une convention	133
3) Les principes constitutionnels susceptibles de justifier l'apparition de conventions relatives à la nomination des sénateurs	138
a) La présentation de personnes par les gouvernements provinciaux	141
b) L'élection des sénateurs dans les provinces	143
D. La modification de la durée du mandat des sénateurs	145
Conclusion	149

Introduction

En 2006, le gouvernement fédéral, formé par le Parti conservateur et dirigé par le premier ministre Stephen Harper, déposait au Parlement deux projets de loi portant sur la réforme du Sénat canadien, le premier ramenant à huit ans le mandat des nouveaux sénateurs, le deuxième créant un mécanisme de consultation des électeurs pour connaître leurs préférences concernant la nomination des sénateurs devant représenter leur province. Morts au feuillet à la suite de la prorogation de la session du Parlement le 14 septembre 2007, les deux projets de loi ont été réintroduits un mois plus tard, au début de la session suivante, pour s'éteindre à nouveau avec le déclenchement des élections qui ont eu lieu le 14 octobre 2008. Le gouvernement Harper avait fait part de son intention de réintroduire les deux projets dès le début de la nouvelle législature, en novembre 2008, ce qui ne s'était cependant pas encore produit six mois plus tard, au moment de la rédaction du présent article.

Le projet de loi C-19, intitulé *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*¹, était destiné à modifier l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*² selon lequel les sénateurs occupent leur place jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans. Il prévoyait que les sénateurs seraient nommés pour un seul mandat de huit ans. Le projet de loi C-20, intitulé *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*³, prévoyait, selon ce qu'indiquait son préambule, la mise en place d'un «processus permettant aux électeurs de faire connaître leurs préférences quant à la nomination des sénateurs dans le cadre du processus de nomination actuel», un tel processus étant présenté comme une mesure provisoire prise en attendant l'adoption d'une

-
1. P.L. C-19, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, 2^e sess., 39^e Parl., 2007.
 2. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 et 31 Vict., c. 3, art. 24, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.
 3. P.L. C-20, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, 2^e sess., 39^e Parl., 2007.

modification constitutionnelle formelle destinée à instaurer l'élection directe des sénateurs.

Selon certains commentateurs, si une telle réforme était mise en place par l'adoption de lois ordinaires du Parlement fédéral, le Sénat se considérerait probablement autorisé à s'opposer au gouvernement et à la Chambre des communes à partir du moment où il se trouverait composé d'un nombre suffisant de sénateurs «élus» par l'entremise du processus mentionné, situation qui pourrait entraîner la création d'une convention constitutionnelle exigeant le recours au même processus pour toutes les nominations futures et créerait une forte pression sur les sénateurs «non élus» encore en place pour qu'ils démissionnent⁴.

Actuellement, les membres du Sénat sont nommés, aux termes de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵, par le gouverneur général qui, en vertu des conventions constitutionnelles, agit de l'initiative et sur l'avis du premier ministre du Canada. La réforme du Sénat envisagée par le gouvernement Harper amène donc à se demander dans quelle mesure il est possible de mettre en place, sans modification constitutionnelle formelle, par l'entremise de nouvelles conventions constitutionnelles, des modalités additionnelles de désignation des sénateurs venant se greffer sur le processus actuel?⁶ Outre l'hypothèse de la désignation des sénateurs par

-
4. Bruce M. Hicks et André Blais, «Restructuring the Canadian Senate through Elections», (2008) 14 Choices (IRPP) 2 à la p. 15.
 5. *Supra* note 2, art. 24 : «Le Gouverneur général mandera de temps à autre, au Sénat, et par instrument sous le grand sceau du Canada, des personnes ayant les qualifications voulues [...]».
 6. L'alinéa 42(1) b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11, prévoit que la modification des pouvoirs du Sénat et du «mode de sélection des sénateurs» se fait par la procédure normale de modification (dite «7 et 50»), c'est-à-dire exige des résolutions adoptées par les deux chambres du Parlement fédéral et par les assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces (c'est-à-dire sept provinces sur dix), dont la population confondue constitue au moins la moitié de la population de toutes les provinces.

l'exécutif fédéral à la suite d'une consultation électorale tenue dans les provinces, nous examinerons également celle d'une désignation faite par ces mêmes autorités sur proposition de personnes par le gouvernement de la province à représenter, ce qui était la réforme prévue dans le défunt Accord du lac Meech.

Après avoir rappelé la nature et les caractères des conventions constitutionnelles (A), nous établirons que l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'empêche pas l'apparition de nouvelles conventions destinées à faire évoluer le système constitutionnel (B), pour ensuite examiner les diverses modalités ainsi que les conditions d'apparition d'éventuelles conventions relatives à la désignation des sénateurs (C). Enfin, comme la mise en place d'une convention constitutionnelle modifiant le mode de désignation des sénateurs de la manière souhaitée par le gouvernement exigerait également que soit modifiée la durée de leur mandat, nous nous demanderons si une telle modification est possible par loi fédérale ordinaire, comme prévu par le projet de loi C-19 (D).

A. Nature et caractères des conventions constitutionnelles

Les conventions de la Constitution sont des règles qui régissent le fonctionnement des institutions politiques. Issues de la pratique et généralement non écrites, elles concrétisent une entente entre ceux qui dirigent l'État et sont perçues par eux comme obligatoires. Elles complètent et, dans certains cas, contredisent les règles de droit, sans pouvoir cependant les modifier formellement. Les tribunaux sont parfois amenés à en reconnaître l'existence, mais ne peuvent en assurer la sanction, car ce ne sont pas des règles juridiques. Les conventions ont pour fonction d'accorder les règles de droit constitutionnel à la réalité politique. Comme le dit la Cour suprême dans le *Renvoi sur le rapatriement* : «L'objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque»⁷. La Cour ajoute que l'existence d'une

7. *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 à la p. 880 [*Renvoi sur le Rapatriement*] (jj. Martland, Ritchie, Dickson, Beetz,

convention constitutionnelle exige la réunion de trois éléments constitutifs : les précédents, le sentiment de ceux qui ont posé ces précédents (les «acteurs dans les précédents») d'être obligés de se comporter de la sorte et, enfin, la raison d'être, c'est-à-dire un principe constitutionnel important qui justifie l'apparition d'une convention⁸.

Traditionnellement, on considère que les conventions constitutionnelles peuvent être regroupées en trois grandes catégories, chacune articulée précisément autour d'une «raison d'être» différente⁹.

Les conventions les plus anciennes et les plus connues — apparues en Grande-Bretagne, elles ont été transposées dans toutes les parties du Commonwealth — se rapportent à ce que les Britanniques appellent le «gouvernement responsable» et s'articulent autour du principe démocratique. Leur «raison d'être» est de faire en sorte que les pouvoirs de l'État soient exercés conformément aux vœux de l'électorat; elles ont trait à la responsabilité ministérielle, au choix du Cabinet et du premier ministre, à la dissolution du Parlement, à la sanction royale des projets de loi et ainsi de suite. Elles ont permis le fonctionnement de la démocratie à l'intérieur d'une structure juridique monarchique pourtant archaïque et désuète¹⁰. Dans cette première catégorie de conventions se trouvent celles qui ont pour objet de neutraliser ou d'encadrer les pouvoirs juridiques

Chouinard et Lamer). Les conventions ne font pas partie de la Constitution formelle, ni même du droit constitutionnel. Pourtant, comme le dit la Cour suprême, elles appartiennent à la Constitution au sens large (ou «matériel») du terme. Sur les conventions constitutionnelles, voir : Andrew Heard, *Canadian Constitutional Conventions*, Toronto, Oxford University Press, 1991; José Woehrling, «La Cour suprême et les conventions constitutionnelles : les renvois relatifs au «rapatriement» de la Constitution canadienne», (1984) 14 R.D.U.S. 391.

8. *Renvoi sur le rapatriement*, *ibid.* à la p. 888.

9. Voir : Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec, du Régime français à nos jours*, t.1, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1994 aux p. 135 et s.

10. *Renvoi sur le rapatriement*, *supra* note 7 aux p. 877-879.

attribués par la Constitution au monarque ou à ses représentants canadiens, gouverneur général et lieutenant-gouverneurs. Elles opèrent le plus souvent un transfert de ces pouvoirs à d'autres titulaires non désignés par la Constitution formelle (comme précisément dans le cas de la convention qui dicte au gouverneur général de nommer les sénateurs de l'initiative et sur l'avis du premier ministre canadien).

Une seconde catégorie regroupe les conventions nées lors de l'évolution qui a progressivement transformé l'empire colonial britannique en Commonwealth, au sein duquel les ex-colonies ont acquis un statut égal et indépendant. La «raison d'être» qui constitue le pivot de ces conventions est l'autonomie et l'égalité des dominions. Cette autonomie a été consacrée par le *Statut de Westminster de 1931*¹¹, dans lequel certaines conventions ont été codifiées¹². Certaines de ces conventions, il faut le souligner, plutôt que d'être apparues progressivement à la suite d'une accumulation de précédents, sont nées instantanément comme résultat d'un accord formel – parfois en forme écrite – passé entre les acteurs constitutionnels concernés (on y reviendra plus loin).

Enfin, le fonctionnement du système fédéral canadien a fait apparaître des conventions constitutionnelles dont la «raison d'être» consiste à assurer un meilleur équilibre entre les pouvoirs de l'État central et ceux des provinces. Certaines de ces conventions ont pour objet de modifier la portée – ou même d'écarter l'application – des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui sont peu compatibles avec un fédéralisme authentique¹³. D'autres doivent permettre une meilleure

11. *Statut de Westminster, 1931* (R.-U.), 22 et 23 Geo. V, c. 4. Le *Statut* s'appliquait au Canada, à l'Australie, à l'Afrique du Sud, à la Nouvelle-Zélande, à l'État libre d'Irlande et au Dominion de Terre-Neuve.

12. *Renvoi sur le rapatriement*, *supra* note 7 à la p. 879.

13. En effet, la *Loi constitutionnelle de 1867* (*supra* note 2) contient des éléments «unitaires» assez prononcés, lesquels ont cependant été progressivement neutralisés ou, du moins, atténués, grâce à l'interprétation donnée au texte constitutionnel par le Comité judiciaire du Conseil privé et à l'apparition de certaines conventions constitutionnelles. Voir le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution* (*supra* note 7 à la p. 879) où la Cour fait référence à des conventions

harmonisation de l'exercice des compétences fédérales et provinciales¹⁴. Parmi les caractéristiques du fédéralisme canadien généralement jugées peu compatibles avec les principes du fédéralisme classique figure précisément le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif fédéral de nommer les sénateurs (caractéristique qui empêche le Sénat de jouer son rôle de chambre fédérale).

Outre ces trois grandes «raisons d'être» traditionnelles que l'on vient de rappeler, on prétend parfois en trouver une quatrième dans le principe de la «dualité canadienne», qui pourrait justifier la reconnaissance d'un statut distinct pour le Québec. Ainsi, dans le *Renvoi sur le droit de veto*¹⁵, le Québec invoquait, pour se faire reconnaître un droit de veto conventionnel sur toute modification constitutionnelle, le principe de «dualité canadienne», en vertu duquel «on devra reconnaître que les deux peuples qui ont fondé le Canada sont foncièrement égaux et que le Québec forme à l'intérieur de l'ensemble canadien une société

«relatives [...] à la nomination des lieutenant-gouverneurs, à la réserve ou au désaveu des lois provinciales». Soulignons que la convention dont la Cour semble envisager l'apparition, pour des raisons de fédéralisme, relativement à la nomination des lieutenant-gouverneurs, qui sont nommés par le gouverneur général aux termes de l'article 58 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*supra* note 2), devrait logiquement prévoir que cette nomination est faite par le gouverneur général sur l'avis du premier ministre provincial. La même logique fédérale ne justifierait-elle pas une convention prévoyant que le gouverneur général doit nommer les sénateurs sur l'avis combiné du premier ministre fédéral et du Cabinet provincial, celui-ci présentant à celui-là une liste de personnes à partir de laquelle le premier ministre canadien doit choisir la personne faisant l'objet de sa recommandation au gouverneur général?

14. *Renvoi sur le rapatriement*, *supra* note 7. La Cour réfère aux conventions relatives à la tenue des conférences fédérales-provinciales. D'autres conventions ont pour objet d'assurer la représentation des diverses régions du pays au sein des organes de l'État central, le cabinet en particulier; voir : Heard, *supra* note 7 aux pp. 49-50 et 108-110.
15. *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793 [*Renvoi sur le droit de veto*] : sur la «dualité canadienne» comme raison d'être susceptible de fonder l'apparition de conventions constitutionnelles. Voir Frédéric Levesque, «L'alternance au poste de Gouverneur général et la dualité canadienne : règle de politesse ou convention constitutionnelle?» (2007) 37 R.G.D 301.

distincte par la langue, la culture, les institutions et qui possède tous les attributs d'une communauté nationale distincte» (comme le disait une résolution adoptée par l'Assemblée nationale du Québec le 1^{er} décembre 1981). Il s'agirait là, argumentait-on, de la raison d'être d'une convention interdisant que les compétences de la législature du Québec puissent être diminuées sans son consentement. La Cour suprême n'a pas eu à approfondir ce point, étant donné qu'elle estimait par ailleurs que le Québec n'avait pas réussi à faire la preuve de l'acceptation des acteurs et que la carence de l'élément intentionnel suffisait à faire rejeter sa thèse.

Les conventions peuvent combler les lacunes du droit écrit ou non écrit (*praeter legem*) compléter le droit écrit ou non écrit sans le contredire (*secundum legem*) ou, enfin, le contredire (*contra legem*), en interdisant ce que le droit permet, par exemple en empêchant le titulaire d'un pouvoir juridique d'exercer ce dernier ou en lui dictant la manière d'exercer un pouvoir discrétionnaire. Par contre, elles ne pourraient guère prescrire ce que le droit interdit, car la confrontation entre les deux impératifs devant le juge amènerait forcément ce dernier à sanctionner la règle de droit et à ignorer la convention.

La Cour suprême, dans le Renvoi sur le rapatriement, a beaucoup insisté sur le fait que de nombreuses conventions contredisent directement le droit constitutionnel écrit ou non écrit. Elle s'est appuyée sur cette caractéristique des conventions pour justifier son refus de les sanctionner juridiquement¹⁶.

16. *Renvoi sur le rapatriement*, *supra* note 7 aux pp. 880-881 : «Peut-être la raison principale pour laquelle les règles conventionnelles ne peuvent être appliquées par les tribunaux est qu'elles entrent généralement en conflit avec les règles juridiques qu'elles postulent. [...] Il résulte du fait que les règles juridiques créent des facultés, pouvoirs discrétionnaires et droits étendus dont les conventions prescrivent qu'ils doivent être exercés seulement d'une façon limitée, si tant est qu'ils puissent l'être». La Cour donne deux exemples: la convention qui interdit à la reine (ou à son représentant) de refuser de donner la sanction à un projet de loi et celle qui oblige un gouvernement battu aux élections à donner sa démission.

On comprend donc pourquoi il est parfaitement possible de mettre en place, par le biais de conventions, des réformes constitutionnelles non autorisées par loi ordinaire et exigeant plutôt une modification constitutionnelle : le fait que les conventions en cause contredisent les dispositions de la Constitution ne soulève aucune difficulté, du moment qu'elles le font en obligeant le gouverneur général (ou le gouverneur général en conseil) à exercer ses pouvoirs d'une certaine manière (ou en lui interdisant de les exercer), mais sans le forcer à adopter une attitude juridiquement interdite. Évidemment, les conventions en cause ne seraient pas sanctionnées par les tribunaux, mais tant que les acteurs constitutionnels continueraient de s'entendre pour les respecter ceci ne soulèverait pas de problème.

B. L'apparition de nouvelles conventions constitutionnelles relatives à l'exercice des pouvoirs exécutifs fédéraux reste possible sous le régime de la Loi constitutionnelle de 1982

L'existence, depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷, d'une procédure de modification constitutionnelle entièrement canadienne, qui permet la modification de toute la Constitution par les pouvoirs publics fédéraux et provinciaux, n'empêche pas que le système constitutionnel puisse également continuer à évoluer par le biais de l'apparition de nouvelles conventions constitutionnelles venant compléter, modifier ou neutraliser l'application des règles de droit constitutionnel écrites ou non écrites. Autrement dit, l'exigence du respect de la procédure de modification formelle pour telle ou telle réforme constitutionnelle pourra continuer d'être contournée, comme elle pouvait l'être avant 1982, par des conventions, du moins lorsque celles-ci permettront d'obtenir l'effet recherché en neutralisant ou en encadrant l'exercice de pouvoirs juridiques attribués par la Constitution. L'illustration la plus convaincante de cette situation est le fait que l'application de la procédure de modification constitutionnelle elle-même est susceptible d'être modifiée par des conventions constitutionnelles, et l'a peut-être déjà été.

17. *Supra* note 6.

Ainsi, le référendum de 1992 sur l'Entente de Charlottetown constitue, sur le plan politique, un précédent qu'il sera sans doute difficile d'ignorer à l'avenir¹⁸. Toute nouvelle tentative de réforme constitutionnelle d'une ampleur comparable aux accords de Meech ou de Charlottetown devra donc vraisemblablement être soumise à la population. Pour certains spécialistes, cette exigence fait déjà l'objet d'une convention constitutionnelle, apparue par conséquent à la suite d'un seul précédent¹⁹. L'association des dirigeants des deux territoires (ils sont devenus trois depuis 1999) et des leaders autochtones aux négociations qui ont conduit à l'Entente de Charlottetown risque d'être invoquée comme constituant un autre précédent politique. Pour ce qui est des peuples autochtones, certains constitutionnalistes du Canada anglais vont d'ailleurs plus loin et prétendent que l'accord de ces peuples est requis pour toute modification de la Constitution affectant leurs intérêts parce qu'une convention constitutionnelle serait apparue à cet effet (ou encore parce que les autorités fédérales, qui jouent à leur égard un rôle fiduciaire, devraient refuser toute modification constitutionnelle qui ne recevrait pas l'approbation des représentants des peuples autochtones).

18. Sur le rejet de l'Entente de Charlottetown lors du référendum du 26 octobre 1992, voir Morin et Woehrling, *supra* note 9 aux p. 567 et s.

19. L'idée selon laquelle toute modification importante de la Constitution devra désormais être approuvée préalablement par référendum, en vertu d'une convention constitutionnelle et bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence juridique contenue dans la *Loi constitutionnelle de 1982* (*supra* note 6) a de nombreux défenseurs au Canada anglais. Voir par ex. Peter Russell et Bruce Ryder, *Ratifying a Postreferendum Agreement on Quebec Sovereignty*, Toronto, Institut C.D. Howe, 1997 (Commentaire n° 97), à la p. 19; Patrick Boyer, *Direct Democracy in Canada : The History and Future of Referendums*, Toronto, Dundurn Press, 1992, à la p. 254. Sur les facteurs apparus depuis une dizaine d'années qui alourdissent le fonctionnement de la procédure de modification, voir Benoît Pelletier, «Le face à face entre le projet sécessionniste québécois et la Constitution du Canada» (1997) 57 R. du B. 341 à la p. 382 et s.; José Woehrling, «Fonctionnement et dysfonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada» dans Gérard-A. Beaudoin et coll., dir., *Le fédéralisme de demain: réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998 aux pp. 325-343.

Dans un document de travail publié en décembre 1990 par le gouvernement fédéral à l'occasion des travaux du *Comité mixte spécial sur le processus de modification de la Constitution du Canada* (le comité Beaudoin-Edwards), on reconnaît que la mise en œuvre de la procédure formelle de modification constitutionnelle prévue dans la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* pourra se voir complétée et modifiée «au moyen du consensus ou des usages établis». Comme on le verra dans l'extrait ci-dessous, les rédacteurs du document semblent penser qu'il puisse s'agir d'usages donnant naissance à des conventions constitutionnelles (ainsi, ils soulignent que de tels usages ne seraient pas sanctionnés sur le plan juridique, mais plutôt sur le plan politique) :

L'existence d'un consensus à ce sujet pour régler les questions de participation du public et d'efficacité dans le cadre de la procédure de modification actuellement en place pourrait mener à l'établissement d'usages pour préciser le fonctionnement concret de la procédure en vigueur. Dans certains cas, ces usages pourraient ajouter des obligations qui n'existent pas dans la procédure officielle (par ex. des audiences publiques) et, dans d'autres, ils pourraient établir des restrictions plus sévères que celles qui sont prévues dans le cadre de cette dernière (par ex. le processus de ratification dans le cas de toutes les modifications devrait être achevé en moins d'un an). L'avantage de partir d'un consensus et d'usages est qu'il n'est pas nécessaire d'attendre le changement officiel [note : c'est-à-dire une modification formelle par l'entremise de la Partie V] de la procédure de modification pour que les nouvelles exigences entrent en vigueur. Par contre, on peut violer une entente intervenue sur des usages, et dans ce cas la seule sanction possible est une sanction politique [...] ²⁰.

20. Canada, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, *La modification de la Constitution du Canada – Document de travail*, Canada, Bureau des relations fédérales-provinciales, 1990 aux pp. 15-16. On peut souligner que l'Accord du lac Meech conclu entre les onze premiers ministres modifiait la procédure de modification de la Partie V en exigeant que les diverses dispositions qu'il contenait soient formellement adoptées comme un tout, plutôt que séparément, dans un délai maximal

Comme on le sait, dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*²¹, la Cour suprême a elle-même «découvert» des règles supplémentaires venant s'ajouter à la procédure de modification de la Partie V, principalement l'obligation de négocier s'imposant aux acteurs de la Confédération lorsque l'un d'entre eux propose une modification constitutionnelle. Elle a affirmé qu'il s'agissait d'une obligation qui, tout en étant «juridique», n'était néanmoins pas susceptible d'être sanctionnée par les tribunaux, ce dernier trait la rapprochant somme toute davantage de la nature d'une convention constitutionnelle que de celle d'une véritable règle de droit constitutionnel.

Des auteurs ont prétendu que le paragraphe 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982* avait eu pour effet de constitutionnaliser les conventions relatives à l'exercice des pouvoirs du Monarque et de ses représentants au Canada, ce qui signifierait que ces conventions ne pourraient plus évoluer aujourd'hui par l'apparition de nouveaux usages, mais devraient être modifiées par l'entremise de la procédure de modification de la Partie V²². Ce point de vue est cependant resté isolé et la très grande majorité des auteurs considèrent que les règles encadrant l'exercice des pouvoirs du gouverneur général et des lieutenant-gouverneurs sont restées de simples conventions, non enchâssées dans la Constitution formelle, et donc susceptibles d'être modifiées ou remplacées par de nouvelles conventions sans qu'il soit nécessaire de recourir au processus formel de modification prévu dans l'article 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le professeur Heard, grand spécialiste du domaine des conventions

de trois ans. Le détail n'est pas négligeable, car cette exigence a de façon importante contribué à l'échec final de l'Accord.

21. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Pour un commentaire, voir José Woehrling, «The Supreme Court's Ruling on Quebec's Secession: Legality and Legitimacy Reconciled by a Return to Constitutional First Principles» dans Hugh Mellon and Martin Westmacott, Dir., *Political Dispute and Judicial Review*, Scarborough (Ont.), Nelson, 2000 aux pp. 83-101.; José Woehrling, «L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec», (1999) 37 Rev. fr. dr. constl. 3.
22. Ronald I. Cheffins et Patricia A. Johnson, *The Revised Constitution of Canada - Politics as Law*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1986 à la p. 74.

constitutionnelles, exprime un point de vue représentatif de la doctrine dans le passage suivant :

The conventions adapting the legal basis of the powers of the Queen and governors are by no means “frozen” as a result of s. 41(a). Conventions have always adapted legal provisions -- be they entrenched, statutory, or common law -- in a continuous and evolving fashion. So long as the powers of the monarchic offices continue to be defined by convention, they can evolve and adapt to changing political values without resort to the formal amendment procedure. However, if a government wished to effect some change by legislation, it could now do only by the unanimous consent of the eleven legislatures. Many conventions relating to the prerogative powers of the Crown are protected from legislative intrusion by s. 41(a), but these conventions have not lost any of their adaptive nature because of this section²³.

Le professeur Benoît Pelletier est du même avis sur cette question :

Les conventions constitutionnelles ne sont pas assujetties aux modalités de modification prévues à la Partie V de la Loi de 1982. [...] Il va sans dire, en effet, que l'existence et la transformation des conventions constitutionnelles dépendent fondamentalement de la volonté des acteurs politiques canadiens. Bien que les conventions constitutionnelles fassent partie intégrante de la Constitution du pays au sens large, comme l'a d'ailleurs affirmé la Cour suprême du Canada, elles ne font toutefois pas partie de la Constitution formelle, ni même du droit constitutionnel (note omise). En réalité, les conventions constitutionnelles ne font même pas partie de la Constitution du Canada au sens du paragraphe 52(2) de la

23. Heard, *supra* note 7 à la p. 46. Le professeur Heard cite, à l'appui de son opinion, celle du professeur Peter Russell exprimée dans la recension que celui-ci a consacrée au livre de Cheffins et Johnson (*ibid.*) : Peter Russell «The Revised Canadian Constitution : Politics as Law» (1986) 19 RCSP 831 à la p. 832 .

Loi de 1982 et, en conséquence, ne sont pas visées par la Partie V de cette loi (note omise)²⁴.

Le professeur Monahan partage lui aussi la même opinion :

Some commentators have suggested that the entire system of Cabinet government, including the appointment of the first minister and the Cabinet by the governor general, has now been entrenched in the constitution by virtue of section 41(a) [l'auteur mentionne l'ouvrage de Cheffins et Johnson]. However, there is no reference to the institution of the Cabinet or the office of the first minister in the constitution of Canada. The powers of the first minister are almost entirely defined through constitutional conventions. These conventions will presumably continue to evolve as political practices and the beliefs of the relevant political actors change to deal with new circumstances. There does not appear to be any principled basis for interpreting section 41(a) as constraining this process of informal and flexible evolution. In short, the better view would seem to be that section 41(a) does not constitutionally entrench the entire system of Cabinet government²⁵.

En conclusion, il paraît donc indubitable qu'après 1982 comme avant cette date, des conventions constitutionnelles peuvent apparaître pour neutraliser les pouvoirs juridiques reconnus par la Constitution au monarque ou à ses représentants ou encore leur dicter la façon d'exercer ces pouvoirs.

C. Conditions et modalités de l'apparition d'éventuelles conventions relatives à la nomination des sénateurs

Les nouvelles modalités relatives à la nomination des sénateurs - introduites par convention constitutionnelle - ne porteraient pas directement sur le pouvoir de nomination attribué par la Constitution au gouverneur général, mais plutôt sur

24. Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1996 à la p. 104.

25. Patrick Monahan, *Constitutional Law*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2002 à la p. 199.

l'action du premier ministre qui désigne au gouverneur général les personnes à nommer²⁶. Or, les modalités de l'intervention du premier ministre ne relèvent pas de la Constitution formelle, mais de la pratique constitutionnelle. Le pouvoir de nomination formellement discrétionnaire du gouverneur général est depuis fort longtemps limité par des conventions qui l'obligent à exercer ce pouvoir de l'initiative et sur l'avis du premier ministre canadien. Ces conventions ont déjà entraîné un transfert du pouvoir à un titulaire non désigné par le texte constitutionnel. Par conséquent, de nouvelles conventions constitutionnelles modifieraient les conventions actuellement applicables au pouvoir de nomination du gouverneur général sans modifier ce pouvoir lui-même. Or, il est admis que les conventions constitutionnelles existantes puissent être modifiées par l'apparition de nouvelles conventions.

1) L'apparition d'une convention à la suite de précédents ou sa mise en place de façon instantanée

Une convention constitutionnelle peut apparaître à la suite d'un certain nombre de précédents ou, selon certains auteurs, de façon instantanée, comme résultant d'un accord formel entre les acteurs politiques concernés, voire d'une expression unilatérale d'intention par certains d'entre eux.

La première hypothèse est aujourd'hui trop bien connue pour qu'il soit nécessaire de l'examiner en détail. Elle a été longuement analysée par la Cour suprême dans les renvois sur le rapatriement de la Constitution²⁷ et le droit de veto du Québec²⁸. Rappelons seulement qu'à la suite de l'auteur britannique Jennings²⁹, la Cour considère qu'il faut la réunion de trois éléments constitutifs pour entraîner l'apparition d'une convention constitutionnelle : les précédents, la conviction des acteurs dans

26. Il s'agit d'une prérogative personnelle du premier ministre : voir décision du Conseil privé, C.P. 3374, 25 octobre 1935.

27. *Renvoi sur le rapatriement*, *supra* note 7.

28. *Renvoi sur le droit de veto*, *supra* note 15.

29. William Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., London, University of London Press, 1959 à la p. 136.

les précédents d'être obligés d'adopter la conduite en cause et, enfin, une raison d'être, c'est-à-dire un principe constitutionnel suffisamment important pour justifier l'apparition de la convention.

S'il était question d'une réforme du processus de nomination des sénateurs par une convention résultant d'une accumulation de précédents, les précédents susceptibles d'être invoqués seraient constitués par les nominations de sénateurs intervenues entre 1987 et 1990, durant la période d'application à titre anticipé et provisoire du système de nomination prévu dans l'Accord du lac Meech. Cependant, indépendamment de la question du caractère suffisant du nombre de ces précédents³⁰, il serait difficile de démontrer l'élément de la conviction des acteurs, car cette application anticipée n'était manifestement pas justifiée par le sentiment d'une norme de conduite obligatoire, mais plutôt par l'objectif de susciter un climat favorable à la ratification de l'entente (laquelle nécessitait une modification formelle de la Constitution). En outre, ces précédents portaient sur la présentation de personnes par les provinces et non sur l'élection des candidats au sein des provinces. En effet, d'une part, seule la province de l'Alberta avait, à cette époque, organisé de telles élections; d'autre part, le gouvernement fédéral avait manifesté de très nettes réticences à nommer au Sénat une personne «élue» en Alberta, n'acceptant de le faire qu'après de longues hésitations.

Par ailleurs, certains auteurs défendent la position selon laquelle une convention peut également apparaître sans qu'aucun précédent ne soit nécessaire, en quelque sorte de façon instantanée, comme résultant d'un accord formel entre les acteurs politiques concernés ou d'une déclaration d'intention faite par certains d'entre eux³¹. Néanmoins, cette opinion ne fait pas

30. Il est vrai que la Cour suprême a reconnu, dans le *Renvoi sur le rapatriement* (*supra* note 7 à la p. 888), que dans certaines circonstances un seul précédent pouvait suffire; voir également le *Renvoi sur le droit de veto*, *supra* note 15 aux pp. 815-816.

31. La Cour suprême, dans le *Renvoi sur le rapatriement* (*supra* note 7) et le *Renvoi sur le droit de veto* (*supra* note 15), a surtout insisté sur l'hypothèse des conventions apparaissant comme le résultat d'une suite de précédents. Par ailleurs, une partie de la doctrine, tant britannique

consensus. D'autres auteurs considèrent que l'accord ou la déclaration d'intention unilatérale devra nécessairement être suivi d'un certain nombre d'applications (de «précédents») pour que la convention soit véritablement constituée³². Par ailleurs, même si l'on admet la possibilité d'une création instantanée, une raison d'être reste évidemment nécessaire. Ainsi, si la convention relative à la nomination du gouverneur général par la reine sur l'avis du premier ministre canadien a véritablement pris naissance de façon instantanée, en faisant l'objet d'un accord formel consigné par écrit lors de la conférence impériale de 1930, sa raison d'être était l'autonomie du Canada par rapport au Royaume-Uni (cependant, selon le second point de vue, cette convention n'a véritablement été constituée qu'après un certain nombre d'applications du principe). Si l'on admettait la possibilité de l'apparition instantanée de conventions, le fédéral et les provinces pourraient s'entendre, par accord politique, pour

que canadienne, affirme la possibilité qu'une convention apparaisse également comme résultat d'un accord formel, indépendamment de tout précédent. Voir par ex. Stanley Alexander De Smith et Rodney Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 6^e éd., London, Penguin Books, 1989 à la p. 43; Jennings, *supra* note 29 à la p. 81.; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1997 aux pp. 25-26; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p. 44; Heard, *supra* note 7 aux p. 144 et s.; Fabien Gélinas, «Les conventions, le droit et la Constitution du Canada dans le renvoi sur la "sécession" du Québec : le fantôme du rapatriement», (1997) 57 R. du B. 291.

32. Pour un compte-rendu récent de la controverse sur ce point, voir Aileen McHarg, «Reforming the United Kingdom Constitution : Law, Convention, Soft Law», (2008) 71 *Modern Law Review*, 853 aux p. 857 s. (dans cet article, les conventions nées d'une suite de précédents sont appelées «evolved conventions» et celles créées explicitement par un accord ou acte formel «declared conventions»); l'auteur de cet article partage l'avis qu'une convention ne peut apparaître qu'après qu'un accord ou acte formel aura fait l'objet d'un certain nombre d'applications, donc de précédents. Elle ajoute cependant que le nombre de précédents nécessaires à cette fin ne saurait être déterminé de façon abstraite et générale (p. 861). Parmi les auteurs au Canada qui considèrent qu'une convention n'apparaît véritablement qu'après un certain nombre de précédents : voir par ex. Eric Colvin, «Constitutional Jurisprudence in the Supreme Court of Canada», (1982) 4 Sup. Ct. L. Rev. 3; Eugene A. Forsey, «The Courts and the Conventions of the Constitution», (1984) 33 R.D.U.N.-B. 11 à la p. 34.

modifier le processus de nomination des sénateurs. Dans la mesure où un tel accord ne ferait naître aucune obligation juridique, il ne serait pas justiciable ni susceptible d'être contesté comme inconstitutionnel. Par contre, il pourrait faire naître une convention constitutionnelle à condition que les consentements nécessaires aient été réunis et qu'un principe constitutionnel suffisamment important puisse lui servir de raison d'être. Selon l'opinion qui rejette la possibilité de l'apparition de conventions instantanées, il faudrait en plus que l'accord donne ensuite lieu à un certain nombre de précédents (un seul précédent pouvant être suffisant dans certains cas). En réalité, la différence entre ces deux positions semble peu significative pour notre problématique, car si le fédéral et les provinces concluaient une entente formelle sur la nomination des sénateurs, celle-ci serait nécessairement appliquée très rapidement, c'est-à-dire suivie d'un ou de plusieurs précédents dans un temps très court.

2) Les consentements nécessaires pour faire apparaître une convention

La question des consentements nécessaires pour faire apparaître une convention se pose quelque peu différemment selon qu'il s'agisse d'une convention résultant d'une suite de précédents, voire d'un seul précédent, ou d'une convention résultant d'un accord formel. Dans ce dernier cas, il ne paraît guère douteux que l'accord de *tous* les acteurs concernés soit requis, car l'origine de l'obligation réside directement dans l'accord et, par conséquent, on ne voit pas comment un tel accord pourrait lier des tiers. Le fait pour un acteur donné de ne pas y participer ne peut manifester autre chose que son refus de la convention. Dans le cas d'une convention résultant d'une suite de précédents, le fait de ne pas donner activement son consentement, sans pour autant protester contre la formation de l'usage, pourrait en théorie être interprété comme un consentement tacite. Les auteurs de doctrine admettent cette possibilité, mais la Cour suprême l'a clairement rejetée dans le *Renvoi sur le droit de veto* en exigeant que l'acceptation des acteurs se soit manifestée par des déclarations écrites ou

verbales³³. En outre, dans ce renvoi, comme dans celui sur le rapatriement, la Cour a utilisé un langage et des formulations indiquant très nettement qu'elle estimait que l'acceptation de *tous* les acteurs dans les précédents était nécessaire pour que l'usage en cause se transforme en convention obligatoire.

Ainsi, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, l'opinion majoritaire sur les conventions conclut que les précédents ne sont pas suffisants pour établir une convention, qu'ils doivent être normatifs et reposer sur l'acceptation des acteurs dans les précédents. La majorité fait ensuite les déclarations suivantes :

Il semble clair que bien que les précédents pris isolément favorisent la thèse de l'unanimité, l'on ne peut dire que *tous les acteurs* dans les précédents aient accepté le principe de l'unanimité. [...] Nous avons aussi indiqué que bien que les précédents favorisent l'unanimité, il ne semble pas que *tous les acteurs* dans les précédents aient accepté que la règle de l'unanimité les lie (nous soulignons)³⁴.

Dans le *Renvoi sur le droit de veto*, de façon unanime (et anonyme), la Cour cite avec approbation le passage reproduit ci-dessus et le commente de la façon suivante :

Il s'ensuit nécessairement que, de l'avis de la majorité, il manque une condition essentielle pour établir la règle conventionnelle de l'unanimité [en matière de modification constitutionnelle par l'intermédiaire des autorités britanniques]. Cette condition est l'acceptation de *tous les acteurs* dans les précédents. En conséquence, une telle convention n'existe pas (nous soulignons)³⁵.

Toujours dans le même *Renvoi*, elle ajoute plus loin :

Il ne fait aucun doute que certains des acteurs dans les précédents ont accepté la règle de l'unanimité ce que la

33. *Renvoi sur le droit de veto*, *supra* note 15 aux pp. 816-817.

34. *Renvoi sur le rapatriement*, *supra* note 7 aux pp. 901-904.

35. *Renvoi sur le droit de veto*, *supra* note 15 à la p. 808.

Cour reconnaît d'ailleurs dans l'opinion majoritaire, à la p. 904 du Premier renvoi. Toutefois, cela ne suffit pas. D'autres acteurs importants ont refusé d'accepter la règle de l'unanimité, comme l'indique l'opinion majoritaire à la p. 902 du Premier renvoi³⁶.

Par ailleurs, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, l'opinion majoritaire reconnaît que l'absence de consentement de la part de tous les acteurs à la règle de *l'accord unanime des provinces* pour certaines modifications constitutionnelles n'a pas empêché la formation d'une convention en vertu de laquelle un *degré substantiel d'accord provincial* est requis dans ces cas, bien que ce dernier concept n'ait jamais été entièrement précisé. Autrement dit, une convention n'a pas à être entièrement précise pour pouvoir se former et l'accord des acteurs peut porter sur certains éléments mais pas sur d'autres. Ainsi, dans notre cas, il serait imaginable que l'entente entre toutes les provinces et le gouvernement fédéral ne porte que sur le principe en vertu duquel ce dernier doit nommer les sénateurs à partir des noms (ou d'un seul nom) présenté(s) par les gouvernements provinciaux, sans qu'il soit précisé par la convention selon quelles modalités l'exécutif provincial choisit la ou les personnes qu'il présentera au gouvernement fédéral. Ou encore, la convention pourrait précisément porter sur la liberté des gouvernements provinciaux de choisir cette ou ces personne(s) selon les modalités qu'ils préfèrent : élection au suffrage direct, élection au suffrage indirect (par la législature provinciale) ou nomination par le gouvernement provincial. L'hypothèse d'un Sénat composé de membres qui ne sont pas tous désignés selon les mêmes modalités n'est pas si étrange que cela puisqu'un tel système existe actuellement dans

36. *Ibid.* à la p. 812. Soulignons que l'opinion voulant que tous les acteurs doivent avoir accepté la règle ne se retrouve pas toujours en doctrine. Le professeur Heard, qui a consacré au domaine des conventions constitutionnelles le principal ouvrage écrit au Canada, s'exprime ainsi (*supra* note 7 à la p. 144) : «One should bear in mind that a convention does not have to be supported unanimously in order to be binding. A strong consensus, where the preponderance of opinion would favor the rule or principle, is sufficient for political actors to face an obligation to observe the convention».

certaines fédérations ou quasi-fédérations, comme la Belgique³⁷, l'Espagne³⁸ et la Malaisie³⁹. D'ailleurs, entre 1987 et 1990, quand le système de nomination des sénateurs prévu par l'Accord du lac Meech faisait l'objet d'une application à titre transitoire et anticipée, seule l'Alberta faisait élire ses sénateurs, alors que les autres gouvernements provinciaux, dont celui du Québec, présentaient au gouvernement fédéral des personnes choisies par eux. Il est vrai que l'application de ce système a duré trop peu de temps et que le nombre de sénateurs nommés après élection est resté trop restreint (en fait, il n'y a eu qu'un précédent avant 2007, celui de la nomination, en 1990, de Stan Waters par le premier ministre progressiste-conservateur Brian Mulroney) pour que des problèmes liés au fait que certains sénateurs soient élus et d'autres non puissent apparaître⁴⁰.

Si le fédéral acceptait de s'engager à nommer les sénateurs sur proposition du gouvernement de la province concernée et laissait aux provinces le choix des modalités selon lesquelles désigner les personnes proposées, une province se placerait dans une situation politiquement délicate en refusant l'entente

-
37. En Belgique, 40 sénateurs sont élus par la population, 21 sont élus par les conseils des communautés linguistiques et 10 sont cooptés.
38. En Espagne, 208 sénateurs sont élus par la population et 44 sont désignés par les législatures des 17 communautés autonomes.
39. En Malaisie, 37 % des membres de la Chambre haute sont élus par les législatures des États et 63 % sont nommés pour représenter les minorités du pays.
40. Stan Waters est décédé en 1991. Des «élections» sénatoriales eurent lieu une seconde fois en Alberta en 1998, le premier ministre libéral Jean Chrétien refusant cependant de nommer au Sénat les personnes élues et une troisième fois en 2004. En arrivant au pouvoir en 2006, le premier ministre conservateur Stephen Harper fit connaître son intention de ne plus nommer, pour toutes les provinces et territoires, que des sénateurs «élus» et fit accéder au Sénat, l'année suivante, M. Bert Brown, qui avait été élu en Alberta en 2006. Néanmoins, le premier ministre nomma M. Michael Fortier comme sénateur pour le Québec en 2006, bien qu'il n'ait pas été élu, afin de régulariser sa nomination au Cabinet alors qu'il n'était pas membre de la Chambre des communes. Finalement, en janvier 2009, le premier ministre Harper a comblé 18 sièges vacants au Sénat en nommant des personnes non désignées par un processus électoral.

simplement par crainte que d'autres provinces ne fassent élire leurs sénateurs et que cet exemple n'entraîne sa propre population à réclamer la mise en place d'un système similaire. Une telle attitude pourrait facilement se voir dénoncée comme refusant un progrès vers plus de démocratie et de fédéralisme véritable.

Enfin, se pose la question de savoir si une convention relative à la nomination des sénateurs pourrait apparaître entre les autorités fédérales et *certaines provinces seulement*. Dans l'hypothèse, par exemple, où le fédéral offrirait aux provinces de nommer les sénateurs à partir de listes présentées par elles et où certaines provinces donneraient suite à cette proposition, d'autres décidant de ne pas présenter de noms et laissant les autorités fédérales continuer de nommer discrétionnairement les sénateurs les représentant, faut-il penser que l'attitude de ces provinces «abstentionnistes» empêcherait indéfiniment une convention de se former entre le fédéral et les autres provinces? La question du consentement unanime se poserait d'ailleurs différemment que dans le *Renvoi sur le rapatriement*. En effet, s'il est logique de demander une acceptation unanime pour la formation d'une convention ayant un impact important pour toutes les provinces (comme c'était le cas dans le *Renvoi sur le rapatriement*), l'est-il autant dans le cas d'une convention qui ne modifie la situation que pour certaines provinces et maintient le *statu quo* pour d'autres? Néanmoins, dans le cas de la réforme du Sénat, l'on peut sans doute affirmer qu'un Sénat dont une partie significative des membres aurait une légitimité démocratique exercerait beaucoup plus vigoureusement les importants pouvoirs que la Constitution lui reconnaît, et que son manque actuel de légitimité politique l'empêche d'exercer véritablement⁴¹. Une telle évolution constituerait un changement politique et constitutionnel majeur affectant – et donc intéressant – toutes les provinces. Dès lors, on peut considérer qu'une convention introduisant un tel changement exigerait leur accord unanime.

41. En matière législative, la *Loi constitutionnelle de 1867* (*supra* note 2) attribue essentiellement au Sénat les mêmes pouvoirs qu'à la Chambre des communes, la seule différence tenant à ce que les projets de loi de nature financière doivent être d'abord déposés aux Communes.

3) Les principes constitutionnels susceptibles de justifier l'apparition de conventions relatives à la nomination des sénateurs

Si les tribunaux ne peuvent pas vérifier la constitutionnalité des conventions constitutionnelles (puisque celles-ci peuvent légitimement contredire le texte constitutionnel et en modifier l'application), ils doivent cependant, le cas échéant, en constater l'existence, ce qui leur donne l'occasion d'en définir la portée. Or, l'apparition d'une convention, que ce soit comme résultat d'une suite de précédents ou comme résultat d'un accord formel, exige l'existence d'une raison d'être, c'est-à-dire qu'elle doit être justifiée par un principe constitutionnel important. Les juges refuseront de reconnaître l'existence d'une convention qui ne serait justifiée par aucun principe ou, ce qui revient au même, dont le contenu ne servirait pas véritablement le principe invoqué pour la justifier.

Il s'agit donc d'examiner dans quelle mesure les conventions constitutionnelles élaborées pour introduire la réforme du mode de nomination des sénateurs pourraient être considérées comme *justifiées* par les principes constitutionnels ou, au contraire, comme *incompatibles* avec eux. À cet égard, il faut distinguer deux aspects différents : la présentation de personnes au gouvernement fédéral par les gouvernements provinciaux, d'une part; l'élection des candidats ainsi présentés dans les provinces, d'autre part. La difficulté est ici de prévoir quelle conception la Cour suprême adopterait, le cas échéant, du rôle du Sénat et, par conséquent, des principes que son existence et son fonctionnement doivent promouvoir.

Dans la dernière décision, vieille de trente ans, dans laquelle la Cour suprême a eu l'occasion de se pencher sur les fonctions du Sénat, elle a accordé une importance primordiale à son rôle de chambre fédérale, chargée de représenter les provinces et les régions⁴², lui reconnaissant cependant également

42. Renvoi : *Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, à la p. 67 [Renvoi sur la *Chambre haute*] : «Un but primordial du Sénat, en tant que partie du système législatif fédéral, était

un rôle de chambre de réflexion, chargée de jeter sur la législation un «second regard» détaché des passions politiques. C'est d'ailleurs ce deuxième rôle du Sénat qui lui a fait exprimer une nette opposition à l'encontre d'un système dans lequel les sénateurs, ou une partie d'entre eux, seraient élus⁴³.

Continuerait-elle aujourd'hui d'accorder la même importance au rôle du Sénat comme chambre de réflexion? Cela paraît assez peu probable. Comme on le sait, depuis une vingtaine d'années, la vision constitutionnelle de la Cour suprême du Canada s'est progressivement détachée du texte de la Constitution de 1867 pour s'appuyer davantage sur les principes structurels sous-jacents du système constitutionnel, ce qui lui donne la liberté d'adapter le vieil instrument datant de la fin du 19^e siècle, devenu anachronique dans beaucoup de ses dispositions, aux besoins et aux réalités du temps présent. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* la Cour a identifié les principes structurels sous-jacents les plus importants de la Constitution comme étant la démocratie, le fédéralisme, la primauté du droit et le constitutionnalisme et, enfin, la protection des minorités. L'existence d'une chambre de réflexion n'est véritablement rendue nécessaire par aucun de ces principes, pas même le dernier depuis que l'entrée en vigueur de la *Charte*

donc d'assurer la protection des divers intérêts régionaux au Canada quant à l'adoption de la législation fédérale». À la p. 68 : «Le pouvoir d'édicter des lois fédérales a été donné à la reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes. Ainsi, on a voulu que l'organisme créé pour protéger les intérêts des régions et des provinces participe à ce processus législatif».

43. *Ibid.* à la p. 77 : «Comme on l'a vu, le préambule de l'Acte [de 1867] parle d'"une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni", où la Chambre haute n'est pas élective. En créant le Sénat de la manière prévue à l'Acte, il est évident qu'on voulait en faire un organisme tout à fait indépendant qui pourrait revoir avec impartialité les mesures adoptées par la Chambre des Communes. On y est arrivé en disposant que les membres du Sénat seraient nommés à vie. Si l'on faisait du Sénat un organisme entièrement ou partiellement électif, on en modifierait un trait fondamental».

*canadienne des droits et libertés*⁴⁴ a fait des tribunaux des gardiens bien plus efficaces des droits des minorités que le Sénat ne l'a jamais été. De même, le rôle accru que l'article premier de la *Charte* fait jouer aux tribunaux dans l'examen du caractère «raisonnable» des lois adoptées par le Parlement fédéral leur fait jeter sur celles-ci un «second regard pondéré» (*sober second thought*) comparable à celui qui devait revenir au Sénat dans l'esprit des constituants de 1867. Le principe démocratique ne justifie guère une chambre de réflexion non élective à l'époque contemporaine. Quant au principe du fédéralisme, il est fort mal servi par un Sénat dont la composition l'empêche radicalement de jouer son rôle de chambre fédérale.

Déjà dans *le Renvoi sur la Chambre haute*, en 1979, la Cour a indiqué qu'elle n'excluait pas que le rôle du Sénat puisse avoir évolué par rapport aux intentions des Constituants de 1867, en soulignant que certaines qualités exigées des sénateurs dans l'article 23 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, celles relatives à la fortune, «peuvent ne pas avoir aujourd'hui l'importance qu'elles avaient lorsque l'Acte [de 1867] a été édicté»⁴⁵. Autrement dit, même si les Pères de la Confédération voulaient aussi faire jouer au Sénat un rôle de défense des intérêts des classes possédantes, l'évolution des principes constitutionnels autorise aujourd'hui à neutraliser cette intention. Il ne devait pas en être très différemment pour ce qui est du rôle de chambre de réflexion, bien proche en somme du rôle de représentation de l'élite sociale.

Par conséquent, il semble bien que si le Sénat canadien doit encore jouer aujourd'hui un rôle significatif, c'est en tant que chambre fédérale⁴⁶.

44. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

45. *Supra* note 42 à la p. 76.

46. *Ibid.* Sans doute par mesure de précaution à l'égard de l'importance accordée par la Cour suprême au rôle du Sénat comme chambre de réflexion dans le *Renvoi sur la Chambre haute*, le préambule de chacun des projets de loi C-19 et C-20 contient l'attendu suivant : «[...] que le Parlement entend préserver les caractéristiques essentielles du Sénat,

a) La présentation de personnes par les gouvernements provinciaux

Le rôle de chambre fédérale du Sénat serait sûrement mieux rempli si les sénateurs étaient désignés selon un système faisant véritablement d'eux des représentants des provinces, ce qui serait davantage le cas si leur nomination était faite par l'exécutif fédéral à partir de propositions avancées par le gouvernement de la province à représenter. Un tel système de nomination, qui était prévu dans l'Accord du lac Meech de 1987, politiserait davantage les sénateurs, mais n'empêcherait probablement pas le Sénat de jouer le rôle de chambre de réflexion si, malgré ce qui a été dit précédemment, on tenait à maintenir celui-ci. Par ailleurs, une réforme conservant à l'exécutif fédéral la latitude de choisir à partir d'une liste de personnes présentée par le gouvernement provincial concerné serait sans doute plus facilement considérée comme constitutionnelle qu'un système obligeant l'exécutif fédéral à nommer la seule personne dont le nom lui est soumis par le gouvernement provincial. Dans ce dernier cas, on pourrait juger qu'il y a en réalité transfert du pouvoir de nomination aux provinces plutôt que nomination conjointe.

Par ailleurs, dans le *Renvoi sur la Chambre haute* de 1979, la Cour suprême affirmait que «[l]e choix de sénateurs par une législature provinciale ou par le lieutenant-gouverneur d'une province impliquerait une participation indirecte des provinces à l'adoption des lois fédérales et cela est contraire au raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *Lord Nelson* (interdiction de l'interdélégation parlementaire)»⁴⁷.

Ce parallèle entre la présence de personnes désignées par les gouvernements ou les législatures des provinces dans une des chambres du Parlement fédéral et la délégation interparlementaire nous semble nettement abusif. Comme l'explique le professeur Hogg, pour autant que l'interdiction de la délégation

lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive au sein de la démocratie canadienne».

47. *Ibid.* à la p. 77.

interparlementaire directe possède encore une portée véritable (puisque la Cour suprême a par la suite reconnu la validité d'autres mécanismes, comme la délégation oblique, la législation par référence ouverte et la législation conditionnelle, qui aboutissent au même résultat pratique), elle signifie tout au plus qu'il est interdit à l'organe législatif d'un ordre de gouvernement d'adopter un mécanisme qui aurait pour effet d'augmenter directement les compétences de l'organe législatif de l'autre ordre de gouvernement⁴⁸. Or, le fait que les sénateurs soient désignés par le gouvernement ou la législature de la province qu'ils sont chargés de représenter confère sans doute une certaine influence aux provinces sur la politique et la législation fédérales, mais n'entraîne aucune augmentation des *pouvoirs propres* des législatures provinciales⁴⁹.

Quoiqu'il en soit, si la Cour suprême maintenait le curieux point de vue selon lequel la nomination des sénateurs par les gouvernements provinciaux constitue une forme interdite de délégation interparlementaire, sa pertinence serait nettement diminuée par le fait que la nomination des sénateurs soit faite conjointement par les deux ordres de gouvernement, l'exécutif fédéral conservant le pouvoir de choisir entre les diverses personnes présentées par le gouvernement provincial.

Quant au fait qu'un Sénat composé de personnes à la nomination desquelles les gouvernements provinciaux ont

48. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles, Scarborough (Ont.) Thomson Carswell, 2008 aux p. 14.3 et s.

49. Il semble même que cela soit le contraire. En effet, on a remarqué que le fait pour les entités fédérées de pouvoir exercer une importante influence sur la politique et la législation fédérale, par l'entremise de leurs représentants au sein de la Chambre haute fédérale, pouvait convaincre les entités fédérées de consentir à l'affaiblissement de leurs compétences propres. Un tel phénomène, que certains appellent le «paradoxe de Madison», se serait par exemple produit aux États-Unis et en Allemagne. Voir Renaud Dehousse, «Le paradoxe de Madison : réflexion sur le rôle des Chambres hautes dans les systèmes fédéraux», (1990) *Revue de droit public* 643. Pour une intéressante réflexion sur les conséquences qu'aurait l'élection directe des sénateurs canadiens en fonction des modalités retenues, notamment les modalités relatives au système électoral qui serait utilisé, voir *supra* note 4 aux pp. 6 à 8.

participé de façon véritable confère aux provinces une certaine influence sur la législation fédérale, il s'agit là d'un résultat qui est précisément recherché au nom des principes du fédéralisme dans la grande majorité des fédérations du monde. C'est d'ailleurs ce que la Cour semble avoir reconnu dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*⁵⁰ en citant avec approbation une décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans laquelle ce dernier affirmait que le but de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

[TRADUCTION] n'était pas de fusionner les provinces en une seule, ni de mettre les gouvernements provinciaux en état de subordination par rapport à une autorité centrale, mais *d'établir un gouvernement central dans lequel ces provinces seraient représentées*, revêtu d'une autorité exclusive dans l'administration des seules affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun. (nos italiques)⁵¹

Or, dans la théorie et la pratique du fédéralisme, la représentation des entités fédérées dans le gouvernement central est principalement, sinon exclusivement, recherchée par l'entremise de la présence de représentants provinciaux véritables au sein de la Chambre haute fédérale.

b) L'élection des sénateurs dans les provinces

L'élection des sénateurs ne permettrait pas au Sénat de continuer à jouer convenablement son rôle de chambre de réflexion, comme la Cour suprême l'avait d'ailleurs souligné dans le *Renvoi sur la Chambre haute*⁵². Quelles seraient par ailleurs les conséquences de l'élection des sénateurs sur la capacité du Sénat à remplir son rôle de chambre fédérale? La question est plus complexe. Les promoteurs de l'élection des sénateurs au suffrage universel direct semblent considérer qu'un mandat démocratique mettrait ces derniers en bonne position pour représenter efficacement les intérêts des provinces et des territoires.

50. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra note 21 au par. 58.

51. *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.) à la p. 942.

52. Supra note 42.

Cependant, s'il est vrai que l'élection leur conférerait une forte légitimité démocratique, et leur permettrait donc d'exercer les pouvoirs importants que la Constitution attribue au Sénat, elle n'assurerait pas un lien de loyauté suffisant entre les sénateurs et la province qu'ils doivent représenter pour en faire des représentants véritables des intérêts de celle-ci. Il est bien connu des spécialistes du bicaméralisme en contexte fédéral, notamment à partir de l'observation du fonctionnement du Sénat australien, qu'un Sénat élu en contexte de système parlementaire de type britannique fonctionne davantage selon la logique partisane que sur le mode de défense des intérêts provinciaux ou régionaux⁵³. Même dans le cadre d'un système présidentiel de type américain, sans stricte discipline de parti, un Sénat élu par la population remplit moins bien son rôle de défense des intérêts des États et des régions qu'un Sénat élu par les législatures des États, comme c'était le cas avant l'adoption du 17^e amendement en 1913⁵⁴. On peut donc sérieusement soutenir, à l'encontre de ce qui semble être une opinion assez répandue, que l'élection des sénateurs par la population n'augmenterait pas leur capacité d'agir comme représentants véritables des provinces et ne renforcerait donc pas le principe fédéral. Au contraire, il est possible de croire que des sénateurs élus par la population provinciale, et dès lors portés à prétendre représenter les intérêts de la province aussi bien, voire mieux, que le gouvernement provincial lui-même, se trouveraient en situation de concurrence politique avec ce dernier, ce qui pourrait affaiblir le principe fédéral⁵⁵. Néanmoins, l'élection des sénateurs renforcerait le principe démocratique, si bien que les

-
53. Voir les études mentionnées dans José Woehrling, «Les enjeux de la réforme du Sénat canadien», (1992) 23 R.G.D. 81. Voir également Bruce Stone, «The Australian Senate : Strong Bicameralism Resurgent», dans Jörg Luther, Paolo Passaglia et Rolando Tarchi, dir., *A World of Second Chambers – Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, Milan, Giuffrè Editore, 2006, aux p. 529 et s.; Stanley Bach, *Platypus and Parliament – The Australian Senate in Theory and Practice*, Canberra A.C.T., Department of the Senate Parliament House, 2003.
54. Pour une vigoureuse démonstration en ce sens, voir par ex. Todd J. Zywicki, «Beyond the Shell and Husk of History : The History of the Seventeenth Amendment and Its Implications for Current Reform Proposals», (1997) 45 Clev. St. L. Rev. 165, aux p. 209 et s.
55. Dehousse, *supra* note 49.

tribunaux pourraient quand même considérer une telle réforme compatible avec les principes structurels de la Constitution canadienne.

Par ailleurs, si l'exécutif fédéral était tenu de nommer la personne présentée par le gouvernement provincial, il y aurait véritablement transfert du pouvoir de nomination, ce qui paraîtrait plus difficilement possible sans modification constitutionnelle formelle. Par contre, si l'exécutif fédéral conservait une véritable liberté de choix, on serait plutôt en présence d'un pouvoir de nomination conjoint, plus facile à défendre comme convention constitutionnelle encadrant le pouvoir constitutionnel de nomination du gouverneur général. Or, l'élection populaire et le maintien d'une latitude de l'exécutif fédéral dans la nomination ne sont guère compatibles. La légitimité démocratique acquise par un sénateur élu au suffrage universel direct interdirait au gouvernement fédéral de nommer une autre personne, non élue, proposée par la province. Resterait alors la possibilité de laisser au fédéral le choix entre plusieurs élus, mais il demeurerait la difficulté que l'un d'entre eux aurait nécessairement recueilli plus de voix que les autres, ce qui rendrait peu démocratique le fait de lui préférer un de ceux-là. La même difficulté n'existerait pas si le gouvernement fédéral était amené à choisir entre plusieurs personnes proposées par le gouvernement provincial sans qu'elles aient été préalablement élues.

D. La modification de la durée du mandat des sénateurs

L'article 29(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que les sénateurs occupent leur fonction jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans. Une loi fédérale ordinaire peut-elle modifier la durée du mandat des sénateurs? L'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* attribue au Parlement fédéral, «sous réserve des articles 41 et 42», le pouvoir de «modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives [...] au Sénat [...]». Quant à l'article 42, il prévoit que doivent être modifiés selon la procédure de modification normale, dite «7 et 50», «les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs» (alinéa 42(1)b)) ainsi que «le nombre de sénateurs par lesquels une province est habilitée à

être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir» (alinéa 42(1)c)). Par conséquent, la durée du mandat des sénateurs ne fait pas partie des exceptions expressément soustraites du pouvoir de modification unilatéral du Parlement fédéral. Néanmoins, certains auteurs qui se sont penchés sur la question estiment qu'il existe peut-être certaines limites implicites au pouvoir du Parlement fédéral d'adopter une telle réforme.

Ainsi, le professeur Benoît Pelletier, dans l'ouvrage qu'il a consacré à la modification constitutionnelle au Canada, tout en reconnaissant que l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permettrait au fédéral de modifier la durée des fonctions des sénateurs ou leur rémunération, affirme qu'il «ne pourrait pas affecter unilatéralement ces aspects de la Chambre haute d'une façon qui soit trop importante ou qui mette en péril la bonne marche de l'existence de cette chambre»⁵⁶. Pour arriver à cette conclusion, l'auteur s'appuie en particulier sur le *Renvoi sur la Chambre haute* de 1979 dans lequel la Cour suprême du Canada s'exprimait ainsi sur la question de savoir si le Parlement fédéral pouvait à l'époque, en vertu du paragraphe 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, modifier les termes du mandat des sénateurs :

Actuellement, lorsqu'ils sont nommés, les sénateurs occupent leur charge jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans. À un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de Sir John A. Macdonald [traduction] «un deuxième coup d'œil attentif à la loi». L'Acte prévoit une constitution semblable, en principe, à celle du Royaume-Uni, où les membres de la Chambre des lords siègent à vie. L'imposition de la retraite obligatoire à l'âge de soixante-quinze ans n'a pas modifié le caractère essentiel du Sénat. Cependant, pour répondre à cette question, il nous faudrait savoir quels changements on se propose d'apporter à la durée des fonctions.⁵⁷

56. *Supra* note 24 à la p. 199.

57. *Renvoi sur la Chambre haute*, *supra* note 42 aux p. 76-77. La Cour reconnaît implicitement la validité de la loi fédérale qui, en vertu du pouvoir fédéral de modification constitutionnelle prévu avant 1982 au

Pour autant qu'il concerne la portée du pouvoir fédéral unilatéral de modification constitutionnelle à l'égard du Sénat, le *Renvoi sur le Sénat* fait-il encore jurisprudence, la Cour interprétant dans cette décision l'ancien paragraphe 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* alors que les dispositions applicables sont aujourd'hui les articles 42 et 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?⁵⁸ Dans cette décision, la Cour a somme toute jugé que l'existence et les caractéristiques essentielles du Sénat doivent être considérées comme une condition fondamentale de l'union de 1867 et ne peuvent pour cette raison être touchées unilatéralement par le fédéral. Les articles 42 et 44 combinés de la *Loi constitutionnelle de 1982* indiquent que le Constituant a entendu en quelque sorte confirmer ce jugement, puisqu'il a expressément soustrait du pouvoir de modification fédéral ce qu'il considérait être les caractéristiques essentielles du Sénat, soit les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs ainsi que le nombre de sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de domicile qu'ils doivent remplir. La durée des fonctions n'ayant pas fait l'objet de la même protection expresse semble devoir à première vue être librement modifiable par le Parlement fédéral, mais l'on peut sans doute penser que si une modification fédérale du mandat des sénateurs portait atteinte à la capacité du Sénat de jouer son rôle, elle devrait être considérée comme portant atteinte à ses

paragraphe 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*supra* note 2) avait modifié l'article 29 de cette loi (qui prévoyait que les sénateurs étaient nommés à vie), pour introduire la retraite à 75 ans : *Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1965, 14 Elizabeth II, c. 4, Partie I (Canada), reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 39 (*Loi constitutionnelle de 1965*).

58. Les professeurs Brun, Tremblay et Brouillet, qui se sont posé la question, semblent hésiter sur la réponse (*supra*, note 31, p. 226) : après avoir affirmé que «l'arrêt garde sa valeur pour l'interprétation générale de l'article 44», ils reconnaissent ensuite qu'«[il] est possible par contre que l'avis sur le Sénat soit considéré comme supplanté par l'ensemble de la formule de modification contenue dans la Loi de 1982». Et ils ajoutent : «En effet, en prévoyant expressément des exceptions relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat et aux Communes et en les soumettant à des mécanismes rigides, la nouvelle procédure peut être interprétée comme autosuffisante, de sorte qu'il ne serait plus nécessaire de rechercher *ab extra* quelles sont les conditions de l'union fédérative qui doivent être soustraites du pouvoir de modification purement fédéral».

caractéristiques essentielles. Autrement dit, les modifications de la durée du mandat des sénateurs ne seraient valides qu'en autant qu'elles ne nuisent pas au rôle que doit jouer le Sénat.

Reste alors à savoir quel rôle principal la Cour suprême reconnaîtrait aujourd'hui au Sénat. Dans l'extrait du jugement de 1979 cité plus haut, la Cour laisse entendre qu'une réduction trop importante de la durée du mandat des sénateurs porterait atteinte à la capacité du Sénat de jouer son rôle de chambre de réflexion (tout comme elle mentionne ailleurs dans le jugement que ce même rôle pourrait être mis en péril par l'élection des sénateurs au suffrage universel). Cependant, comme nous avons déjà tenté de le montrer, il est peu probable que la Cour accorderait la même importance à ce rôle de chambre de réflexion aujourd'hui (voir *supra*).

Somme toute, si la Cour suprême jugeait que le pouvoir du Parlement fédéral de modifier la durée du mandat des sénateurs n'est pas illimité, une telle modification ne devant pas empêcher le Sénat de remplir ses fonctions, cette dimension accessoire de la réforme du Sénat serait liée à la question plus fondamentale de la modification du système de désignation. Si la Cour reconnaissait l'existence d'une convention constitutionnelle en vertu de laquelle les sénateurs sont nommés conjointement par le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial concerné, avec ou sans élection par la population, elle devrait logiquement accepter aussi que le Parlement fédéral puisse, en vertu de son pouvoir unilatéral de modification constitutionnelle prévu à l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, modifier la durée du mandat des sénateurs de façon à le rendre compatible avec le nouveau mode de désignation⁵⁹. Si l'on voulait éviter de procéder par législation

59. Ainsi, si la Cour reconnaissait l'existence d'une convention associant les gouvernements provinciaux à la nomination des sénateurs, il serait logique – car conforme à la fonction de l'organisme – que la durée de leur mandat soit, au moins de façon générale, alignée sur le rythme électoral provincial, de façon à permettre le renouvellement des sénateurs en fonction du changement de gouvernement dans les provinces. Les mêmes remarques s'appliqueraient, *mutatis mutandis*, si la Cour acceptait un système dans lequel les sénateurs présentés par les provinces seraient élus par la population provinciale.

fédérale, il faudrait faire en sorte que les sénateurs signent, au moment de leur nomination, une lettre de démission anticipée⁶⁰.

Conclusion

En matière législative, la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au Sénat essentiellement les mêmes pouvoirs qu'à la Chambre des communes. La seule différence tient à ce que les projets de loi de nature financière doivent d'abord être déposés aux Communes, conformément à l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, alors que les autres projets peuvent émaner indifféremment de l'une ou l'autre des deux Chambres. Cependant, avant d'être présenté pour la sanction royale, un projet de loi financier, comme tout autre projet de loi, doit nécessairement avoir été adopté dans les mêmes termes par les deux Chambres. Sur le strict plan juridique, le Sénat peut donc réclamer des amendements à tout projet de loi présenté par le gouvernement et, s'il n'obtient pas satisfaction, refuser d'y donner son consentement. Néanmoins, depuis plus d'un demi-siècle, le Sénat n'a généralement utilisé son droit de veto que de façon suspensive, en retardant pendant des périodes variables certains projets de loi dont les sénateurs considéraient qu'ils nécessitaient un supplément de discussions publiques. L'absence de légitimité politique des sénateurs explique évidemment cette attitude. Le fait de faire élire les sénateurs par la population, fût-ce par l'entremise d'un processus électoral théoriquement «consultatif» comme celui auquel songe le gouvernement Harper, aurait pour effet de conférer au Sénat une légitimité démocratique suffisante pour qu'il se mette à exercer véritablement les pouvoirs que lui confère la Constitution.

Mais, on rencontre ici une difficulté qui tient à ce que, dans un système parlementaire, les deux Chambres ne sauraient véritablement avoir des pouvoirs égaux. Un tel système exige au contraire que la Chambre basse ait des pouvoirs supérieurs à

60. L'article 30 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*supra* note 2) énonce : «Un sénateur pourra, par écrit revêtu de son seing et adressé au gouverneur général, se démettre de ses fonctions au Sénat, après quoi son siège deviendra vacant».

ceux de la Chambre haute, car c'est de la première qu'émane le gouvernement et, par conséquent, c'est devant elle seule qu'il est responsable. Il existe donc une certaine contradiction entre l'élection des sénateurs au suffrage direct, qui suppose que le Sénat ait les mêmes pouvoirs que la Chambre des communes, et la logique du système parlementaire, qui veut, au contraire, que la Chambre basse ait des pouvoirs supérieurs à la Chambre haute. Avec un Sénat conservant les mêmes pouvoirs législatifs que la Chambre des communes et obtenant la légitimité démocratique nécessaire pour véritablement les exercer, le danger existerait d'un affrontement entre les deux Chambres et d'un blocage du processus décisionnel. En outre, même si l'exécutif continuait de n'être en principe responsable que devant la Chambre basse, le refus du Sénat d'adopter une loi importante, ou encore le refus d'adopter le budget, pourrait entraîner la chute du gouvernement.

Comme le souligne l'auteur Stanley Bach à propos du Sénat australien, en système parlementaire de type Westminster, le gouvernement est normalement en mesure de faire adopter sans difficulté son programme législatif par le Parlement dans la mesure où il possède la majorité à la Chambre basse, devant laquelle il est politiquement responsable, et en autant que la Chambre haute, devant laquelle il n'est pas responsable, ne devrait normalement pas s'estimer autorisée à rejeter les lois adoptées par la Chambre basse. Si le Sénat peut bloquer ces lois, comme c'est le cas en Australie et comme cela serait également le cas au Canada si les sénateurs étaient élus, on s'éloigne de la logique du système parlementaire de type britannique. Il y a en Australie modification du système parlementaire pour tenir compte des exigences du fédéralisme; le gouvernement est en pratique responsable devant les deux Chambres et les membres du Cabinet peuvent être choisis dans l'une et l'autre de celles-ci⁶¹.

61. Bach, *supra* note 53 pp. 330-333; voir également Stone, *supra* note 53 pp. 567-573. En cas d'impasse législative entre les deux Chambres, la Constitution australienne prévoit une double dissolution (art. 57) et, après les élections, si l'impasse persiste, une session conjointe des deux chambres, qui normalement résoudra le conflit en faveur de la Chambre basse, étant donné le plus grand nombre de membres de celle-ci; en effet, l'article 24 de la Constitution prévoit que le nombre des membres

Il faut donc se demander si le gouvernement Harper, en cherchant à instaurer l'élection des sénateurs, a véritablement prévu les problèmes et les difficultés que soulèverait la capacité acquise par un Sénat dorénavant élu d'exercer effectivement les pouvoirs que la Constitution lui reconnaît.

Une formule consistant à faire nommer les sénateurs conjointement par le gouvernement fédéral et le gouvernement de la province à représenter, comme le prévoyait l'Accord du lac Meech, soulèverait la difficulté de résoudre les éventuels désaccords entre les deux ordres de gouvernement. Par ailleurs, son application aurait vraisemblablement pour effet de conférer aux sénateurs une plus grande légitimité qu'à l'heure actuelle, puisqu'ils représenteraient davantage les gouvernements provinciaux (il s'agirait donc d'une légitimité «fédérative» plutôt que démocratique). En outre, cette modalité transférerait à ces derniers une partie du pouvoir de «patronage» lié à la nomination des sénateurs, dont le monopole appartient actuellement au gouvernement fédéral. Un premier ministre provincial désirant créer une vacance à l'Assemblée législative disposerait d'un nouveau moyen de convaincre l'un de ses députés de démissionner, en lui offrant une place au Sénat. Par ailleurs, comme cela a été mentionné précédemment, le système prévu par l'Accord du lac Meech se prêterait à certains «détournements» en permettant aux provinces d'organiser des «élections sénatoriales», pour présenter ensuite au gouvernement fédéral les personnes désignées par ce processus. Ironiquement, la désignation des sénateurs par le premier ministre canadien sur proposition du gouvernement de la province à représenter pourrait donc entraîner indirectement l'élection des sénateurs, ou du moins de ceux représentant les provinces ayant choisi une telle formule.

de la Chambre des représentants doit être, autant que possible, le double de celui des sénateurs.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ÉVOLUTION DU MODE DE SCRUTIN DANS LES COLONIES ET LES PROVINCES DE L'AMÉRIQUE DU NORD BRITANNIQUE, DE 1758 À NOS JOURS

Auteur(s) : Michel MORIN

Revue : *RDUS*, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : **153-222**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11530>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11530>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'ÉVOLUTION DU MODE DE SCRUTIN DANS LES COLONIES ET LES PROVINCES DE L'AMÉRIQUE DU NORD BRITANNIQUE, DE 1758 À NOS JOURS

par Michel MORIN*

Au Royaume-Uni, l'électorat est initialement très restreint, le vote a lieu en public et plusieurs circonscriptions sont dépeuplées. Graduellement, au XIX^e et au XX^e siècles, le Parlement égalise la population des circonscriptions, instaure le scrutin secret et accorde le suffrage universel. À compter du XVIII^e, les législatures coloniales de l'Amérique du Nord britannique haussent ou baissent le cens électoral, privent certaines personnes du droit de vote (notamment les femmes et les Autochtones), délimitent les circonscriptions électorales et règlent les modalités du vote. Ce faisant, elles s'éloignent souvent considérablement des règles en vigueur au Royaume-Uni. En 1867, en raison de cette forte tradition d'autonomie locale, le Parlement canadien et les législatures provinciales obtiennent des pouvoirs semblables, sous réserve de quelques principes enchâssés dans la Constitution. Ils édictent alors plusieurs lois privant des catégories de personnes du droit de vote; ils les abrogent au bout de quelques décennies. De nos jours, l'article 3 de la Charte canadienne des droits et libertés protège les citoyens contre des mesures de ce genre. Toutefois, la législature demeure libre de choisir un mode de scrutin, qu'il soit uninominal à un tour, entièrement ou totalement proportionnel, à un ou deux tours, etc. Ce pouvoir constitutionnel ne peut être invalidé par une autre partie de la Constitution; il s'ensuit que le choix d'un mode de scrutin particulier ne peut davantage être révisé par les tribunaux.

*, Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Ce texte est une version légèrement remaniée d'un rapport d'expert produit pour le compte du Procureur général du Québec dans l'affaire *Brian Gibb c. Québec (P.G.)*, 2009 QCCS 1699 [Gibb] (en appel). Toutefois, il importe de souligner que la partie III. B. 3 a été ajoutée par la suite et ne faisait pas partie du rapport; elle représente uniquement l'opinion de l'auteur. Celui-ci tient à remercier M. Arnaud Decroix, stagiaire postdoctoral à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour sa collaboration dans la réalisation de cette étude, ainsi que le professeur Jean Leclair, qui a bien voulu relire une première version de ce texte.

Initially, the size of the United Kingdom electorate was severely limited, its elections were held in public and quite a few electoral districts were sparsely populated. Gradually, during the 19th and the 20th century, Parliament equalized the population of each district, imposed the secret ballot and granted universal franchise. Beginning in the 18th century, colonial legislatures in British North America increased or decreased the franchise, denied it to certain persons (notably women and Aborigines), specified the limits of electoral districts and regulated the voting process. Often, these rules were in marked contrast to the ones followed in the United Kingdom. In 1867, due to this important tradition of local autonomy, the Canadian Parliament and the provincial legislatures were awarded similar powers, subject to a few principles entrenched in the Constitution. Afterwards, they enacted legislation depriving many persons of the franchise, but repealed them a few decades later. Today, section 3 of the Canadian Charter of Human Rights and Freedoms protects citizens against measures of this kind. But legislatures remain free to choose a voting system which can be based on simple plurality, proportional representation (in whole or in part), two voting rounds, etc. Since this constitutional power cannot be abrogated by another part of the Constitution, it follows that the choice of a voting system may not be reviewed by the courts.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	157
I. Le Parlement britannique	159
A. Les modalités du scrutin au XVIII ^e siècle	159
B. Les réformes des XIX ^e et XX ^e siècles	163
II. Les législatures coloniales de l'Amérique du Nord	167
A. La création et les pouvoirs des législatures coloniales.....	168
1. Les Maritimes et la Colombie-Britannique	169
2. L'Acte constitutionnel de 1791	172
3. L'Acte d'Union de 1840	178
B. La modification des modalités du scrutin et du droit de vote.....	182
1. Les circonscriptions électorales	182
2. Le cens électoral.....	188
3. La privation du droit de vote.....	194
III. Les législatures provinciales.....	198
A. La <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	199
1. Les débats parlementaires.....	199
2. Les chambres élues	201
3. Les conseils législatifs	205
B. L'évolution ultérieure au Québec et au Canada.....	207
1. Le droit de vote et ses modalités	207
2. L'élimination de la discrimination.....	211
3. Un pouvoir constitutionnel autonome	214
CONCLUSION	221

INTRODUCTION

Aux termes du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹, la Constitution du Canada repose «sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni». Cette similarité résulte, entre autres, de l'adoption d'un système parlementaire de type britannique pour les institutions fédérales et provinciales, en dépit des nombreuses différences qui peuvent être relevées entre celles-ci et leur modèle d'origine. Or, ces dernières années, plusieurs provinces ont envisagé d'adopter un système électoral radicalement différent, tel que le scrutin proportionnel, tandis que le principe de l'élection majoritaire à un tour est contesté devant les tribunaux². Afin de mettre en contexte ce débat, il convient de se demander de quelle manière le système électoral pouvait être conçu en 1867 et comment il a évolué par la suite.

Il est évident que le rôle des députés et des élections s'est transformé considérablement au Canada. Initialement, les électeurs doivent généralement posséder des biens immobiliers; ils représentent pour cette raison un faible pourcentage de la population. Vu la possibilité d'obtenir des terres à peu de frais, la

1. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans les L.R.C. 1985, app. II, n° 5 [*Loi constitutionnelle de 1867*]. Le titre actuel date de 1982 mais nous l'emploierons tout au long de cette étude, de préférence au titre original, *Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Voir la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Loi constitutionnelle de 1982*].
2. *Gibb, supra* note *. Pour les demandeurs, la loi électorale québécoise doit être déclarée inopérante, car le mode de scrutin majoritaire uninominal à un tour ne garantit pas à chaque citoyen un droit de vote effectif conforme à l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982, supra* note 1 (ci-après «la Charte»): «Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales». À leur avis, le législateur devrait disposer d'un délai afin d'adopter un mode de scrutin assurant aux partis représentés à l'Assemblée nationale un pourcentage des sièges correspondant beaucoup mieux qu'à l'heure actuelle au pourcentage du vote qu'ils ont obtenus (voir par. 2-6 du jugement). Le tribunal a plutôt conclu, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour suprême, que l'article 3 «ne peut garantir quelque droit à un système électoral de type proportionnel, ni à aucun autre mode de scrutin» (par. 79 du jugement).

grande majorité des propriétaires de fermes peut toutefois voter. En pratique, il en va de même pour bien des individus auxquels on ne demande pas de prouver qu'ils détiennent ce droit. Pour leur part, les députés doivent approuver les impôts et proposer des mesures législatives soumises au bon vouloir de la Couronne et de ses conseillers. En effet, ces derniers sont choisis indépendamment de la chambre élue. En outre, ils peuvent bloquer les décisions de celle-ci, car ils contrôlent dans les faits la chambre haute. C'est pourquoi la majorité des députés critique de plus en plus féroce leurs décisions, parfois en refusant de voter le budget. Il en résulte un blocage institutionnel; dans le Haut-Canada et le Bas-Canada, des rébellions éclatent en 1837 et en 1838, mais elles sont vite réprimées.

À compter de 1848, le principe du gouvernement responsable accorde aux députés une influence prépondérante sur les pouvoirs législatif et exécutif. Or, deux conceptions du droit de vote s'opposent à cette époque. La première, traditionnelle, y voit un privilège réservé à ceux qui ont un jugement assuré et le sens des responsabilités. Dans cette perspective, il faut augmenter la valeur des biens possédés par l'électeur et, davantage encore, par le député; à défaut, une chambre haute doit agir comme garde-fou face aux «excès» potentiels des législateurs, qui pourraient menacer les intérêts des classes possédantes. John A. Macdonald et George-Étienne Cartier, entre autres, partagent cette opinion. L'autre conception consiste à postuler que chaque citoyen a un droit inhérent de voter et de participer au choix d'un représentant au sein du pouvoir législatif. Dans le courant du XX^e siècle, elle s'impose graduellement, alors que la valeur des biens que doit posséder l'électeur est réduite, puis éliminée, à la suite des revendications de la classe ouvrière. Parallèlement, diverses lois précisent que l'électeur ne doit pas être une femme, un Autochtone ou, dans certaines provinces, une personne d'origine asiatique; il faudra attendre plusieurs décennies pour qu'elles soient abrogées. Une évolution semblable concerne la délimitation des circonscriptions électorales et le déroulement du vote : ce qui était d'abord vu comme un privilège est ensuite conçu comme un droit dont il faut faciliter l'exercice.

Ces transformations de l'opinion publique ne retiendront toutefois pas notre attention. Il s'agira plutôt de se demander qui a exercé le pouvoir d'imposer les conditions à remplir pour pouvoir voter, celui de délimiter les circonscriptions électorales et celui de prescrire les modalités du vote, afin d'examiner de quelle manière ils ont été exercés. L'année 1758 constituera notre point de départ, car la première Chambre de députés sur le territoire du Canada actuel y a été créée, en Nouvelle-Écosse. Après une présentation de l'évolution du modèle britannique du XVIII^e au XX^e siècles (I), nous étudierons son implantation dans les colonies qui ont envisagé de se joindre à la fédération canadienne en 1864 (II). Enfin, nous discuterons du statut des législatures provinciales aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867* et des principales modifications concernant le droit de vote effectuées depuis cette date (III).

I. Le Parlement britannique

À compter de 1707, l'Angleterre et l'Écosse forment le nouveau royaume de la Grande-Bretagne, qui est doté d'un seul Parlement. En 1800, l'adjonction de l'Irlande donne naissance au Royaume-Uni. Néanmoins, tous ces anciens royaumes conservent leurs propres règles électorales. Afin de simplifier la présentation, nous examinerons uniquement celles de l'Angleterre proprement dite³. Après avoir décrit les principales caractéristiques du scrutin au XVIII^e siècle (A), nous résumerons les réformes des XIX^e et XX^e siècles qui nous paraissent les plus significatives (B).

A. Les modalités du scrutin au XVIII^e siècle

Au XVIII^e siècle, l'Angleterre est divisée en 40 comtés, qui élisent chacun deux députés à la Chambre des communes. Aux

3. Sur les circonscriptions écossaises, irlandaises et galloises, voir Michel Morin, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004 à la p. 291 [Morin, *Introduction historique*]. Pour une présentation détaillée de l'histoire du droit constitutionnel anglais, voir André Émond, *Constitution du Royaume-Uni des origines à nos jours*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009 [Émond].

termes d'une loi de 1430, le droit de vote y est accordé aux seuls francs tenanciers (*freeholders*), soit les détenteurs d'une terre concédée initialement sous une tenure féodale libre, sans sujétion personnelle. Pour conférer le droit de vote, celle-ci doit avoir une valeur annuelle d'au moins 40 shillings, soit deux livres sterling⁴; l'électeur peut également posséder des biens immobiliers qu'il a hypothéqués ou loués. Prises cumulativement, ces deux conditions ont pour effet d'exclure une majorité de la population rurale.

D'autre part, à l'intérieur des comtés, il existe plus de deux cents bourgs, qui sont représentés chacun par deux députés, tout comme les deux universités de Cambridge et d'Oxford. Si les élections qui s'y déroulent occasionnent des pratiques frauduleuses ou des actes de corruption, la Chambre des communes peut leur retirer leur représentation. En 1832, il en subsiste 202. Si plusieurs d'entre eux ont été créés au Moyen Âge, d'autres sont apparus aux XVI^e et au XVII^e siècles⁵. Le mode de désignation des députés y est extrêmement variable. Dans certains cas, seuls quelques propriétaires peuvent voter, ou encore les membres du conseil municipal, qui sont eux-mêmes choisis selon des règles propres à chaque localité. Il existe une soixantaine de bourgs qualifiés de «pourris» ou «de poche», parce que les électeurs vendent de manière concertée leurs voix au plus offrant, bien que cela soit formellement interdit par la loi⁶. Dans d'autres bourgs, de nombreux contribuables ont le droit de vote; ailleurs, il suffit d'être résidant pour en bénéficier. Ainsi, en 1801, à Northampton, les deux tiers des hommes adultes votent, mais il s'agit là d'un

-
4. 8 Henry VI, c. 7. Afin d'alléger le texte, nous ne citerons pas le titre complet des lois, qui est souvent fort long. On trouvera des références plus complètes pour certaines lois britanniques dans Morin, *Introduction historique*, *supra* note 3 aux pp. 365-384.
 5. Émond, *supra* note 3 à la p. 363. À la suite des critiques suscitées par la création d'un bourg, en 1677, les souverains anglais s'abstiendront d'en créer d'autres.
 6. Frank O'Gorman, *Voters, Patrons and Parties, The Unreformed Electoral System of Hanoverian England, 1734-1832*, Oxford, Clarendon Press, 1989 à la p. 21 [O'Gorman]; Émond, *supra* note 3 à la p. 418.

record⁷. Il convient de préciser qu'au XVIII^e siècle, lorsqu'elle se prononce sur les requêtes en annulation d'élection, la Chambre des communes peut déterminer de manière définitive les conditions à remplir pour bénéficier du droit de vote dans un bourg. Ce faisant, elle restreint souvent considérablement la taille de l'électorat⁸.

Ce système entraîne des distorsions : en 1722, 1724 et 1741, les torys obtiennent davantage de votes que les whigs dans l'ensemble de l'Angleterre, mais un nombre inférieur de sièges⁹. D'autre part, les historiens ont estimé le pourcentage de la population totale qui bénéficie du droit de vote en Angleterre et au Pays de Galles à diverses dates. Toutefois, il est plus intéressant de tenir compte uniquement des hommes adultes, car à cette époque, pour pouvoir voter, il faut être de sexe masculin et avoir au moins 21 ans. Or, ceux-ci représentent 21,5 % de la population en 1695, 23 % vers la fin du XVIII^e siècle et 25,5 % au début du XIX^e. En ce qui concerne le droit de vote, 20,6 % des hommes adultes le détiennent en 1689, 23,9 % en 1715, 17,2 % de 1754 à 1790 et 14,4 % en 1831¹⁰. Par ailleurs, depuis 1710, le cens d'*éligibilité* est élevé¹¹ : dans un comté, un candidat doit posséder des biens immeubles d'une valeur d'au moins 600 livres; dans les bourgs, le seuil est de 300 livres. Les catholiques, les juifs et les non-conformistes ne peuvent siéger au Parlement. En outre, les agents des candidats peuvent exiger des électeurs un serment qui

7. O'Gorman, *ibid.* à la p. 57.

8. *Bribery Act* (R.-U.), 1729, 2 Geo. II, c. 24, art. 4. La décision des Communes concernant le droit de vote dans un bourg doit être suivie au cours des élections suivantes. Voir aussi *ibid.* à la p. 13.

9. O'Gorman, *ibid.* à la p. 14.

10. *Ibid.* à la p. 179. Cette chute s'explique sans doute par la diminution du pourcentage des hommes qui sont francs tenanciers, à une époque où la population des villes augmente considérablement, de même que le nombre de non-propriétaires dans les campagnes.

11. 9 Anne, c. 5. Nous employons ci-après le terme «cens» pour désigner la valeur minimale que doivent atteindre les biens ou les revenus d'un électeur pour que celui-ci puisse voter (c'est le «cens électoral») ou être élu (c'est le «cens d'éligibilité»). Dans le cas des autres exigences concernant le sexe, la religion, etc., nous parlerons plutôt de conditions à remplir.

exclut les adeptes de ces religions¹². Tous ces facteurs expliquent que dans bien des cas, les candidats sont élus par acclamation. Dans les comtés et les bourgs anglais ou gallois, de 1701 à 1734, au cours de dix élections générales, un vote a lieu dans 40 % des circonscriptions; de 1741 à 1774, au cours de six élections, un scrutin est tenu dans 25 % d'entre elles; enfin, de 1780 à 1831, au cours de treize élections, il se déroule dans 29 % d'entre elles. Pendant ces périodes, dans les régions rurales, une dizaine de comtés tout au plus procèdent au vote¹³.

Le scrutin est organisé par un «officier-rapporteur», souvent le shérif du comté ou encore le maire du bourg. Il a lieu en plein air, à haute voix, pendant plusieurs jours, jusqu'à ce qu'une heure se soit écoulée sans qu'un électeur se présente, ou encore, après 40 jours¹⁴; en 1785, ce délai est ramené à quinze jours, sans compter les dimanches¹⁵. Les non-résidants comme les résidants ont le droit de voter. Le scrutin a lieu dans la localité où siège la cour de comté; il ne peut être ajourné ailleurs sans le consentement des candidats¹⁶. Un maximum de quinze baraques (*booths*) peut être aménagé pour faciliter la votation¹⁷. En raison du caractère public du vote, les organisateurs dont le candidat est en avance tentent fréquemment de bloquer l'accès à la plate-forme surélevée où se déroule le scrutin (*husting*), ce qui provoque des affrontements violents. Par ailleurs, il est usuel d'offrir à boire et à manger aux électeurs qui se sont déplacés¹⁸.

12. Morin, *Introduction historique*, *supra* note 3 aux par. 521, 524, 533-534. On trouvera dans cet ouvrage les références aux lois du XIX^e siècle abrogeant ces mesures discriminatoires.

13. O'Gorman, *supra* note 6 à la p. 110.

14. (R.-U.), 1696, 7-8 Wil. III, c. 25, art. 1.

15. *Parliamentary Elections Act* (R.-U.), 1785, 25 Geo. III, c. 84, art. 1.

16. *Ibid.* art. 3-4.

17. (R.-U.), 1745, 18 Geo. II, c. 18, art. 7.

18. Nous n'examinerons toutefois pas les nombreuses lois qui ont tenté de mettre fin aux abus de ce genre.

B. Les réformes des XIX^e et XX^e siècles

En 1828, une loi prévoit qu'il doit y avoir sur les lieux de vote un «compartiment» distinct pour chaque groupe de 600 électeurs; elle réduit également la durée du vote à huit jours¹⁹. En 1832, une grande réforme est adoptée, après des décennies de débats, dans une atmosphère de crise²⁰. Elle met un terme aux abus les plus criants du système électoral : cinquante-six bourgs perdent leurs députés et sont intégrés dans une autre circonscription; trente-six ne bénéficient plus que d'un député; parmi les villes qui ne jouissaient pas jusqu'alors d'une représentation distincte, dix-neuf obtiennent un député et vingt-deux s'en font accorder deux. Un comté est subdivisé en trois districts élisant chacun deux députés; de manière analogue, vingt-sept comtés sont subdivisés en deux districts représentés par autant de députés, tandis que huit comtés éliront dorénavant trois députés²¹. Ces changements réduisent les disparités les plus criantes, mais le nombre d'électeurs dans chaque circonscription demeure très variable.

Le cens électoral est également modifié. Dans les comtés, il est accordé à ceux qui sont en possession de terres ou d'habitation, notamment en vertu d'un titre présumé (*copyhold*) ou d'un bail d'une durée minimale de 60 ans, à condition que le

19. (R.-U.), 1828, 9 Geo. IV, c. 59, art. 1, 4.

20. Un premier projet de réforme est présenté en 1831, mais le gouvernement perd un vote majeur devant un comité des Communes qui l'étudie. Il obtient alors la dissolution de la Chambre et remporte les élections. Toujours en 1831, un deuxième projet est adopté par les Communes, mais il est rejeté par les lords. Le premier ministre demande alors au roi de créer un nombre suffisant de nouveaux lords pour assurer l'adoption du projet, mais celui-ci refuse. Des émeutes éclatent un peu partout, faisant plusieurs centaines de morts. En 1832, le gouvernement démissionne, mais son successeur n'obtient pas l'appui de la Chambre. Alors que l'on craint une insurrection générale, le premier ministre Grey est rappelé au pouvoir par le roi, qui accepte de nommer des nouveaux lords en tant que de besoin. Devant cette menace, la Chambre des lords accepte d'adopter la loi : Ann Lyon, *Constitutional History of the United Kingdom*, Londres, Cavendish, 2003 aux pp. 324-325.

21. (R.-U.), 1832, 2 Wil. IV, c. 45, art. 1-15.

revenu annuel procuré par la terre soit d'au moins dix livres par année; dans le cas des baux d'une durée d'au moins vingt ans, il doit être de cinquante livres annuellement²². Dans les villes, il suffit d'occuper une maison dont le revenu annuel est d'au moins dix livres²³. Par ailleurs, dans les bourgs, les non-résidents sont privés du droit de vote²⁴. De plus, en imposant un cens électoral uniforme, la loi de 1832 retire ce droit aux personnes qui résident dans des bourgs où ce privilège était accordé plus libéralement auparavant et qui n'ont jamais bénéficié de celui-ci par le passé. Dans l'ensemble, après l'adoption de la loi, la taille de l'électorat passe de 14 à 18 % des hommes adultes²⁵. La loi impose également la confection d'un registre des électeurs²⁶. D'autre part, la durée du vote est limitée à deux jours, même si la date des élections peut varier d'une circonscription à l'autre²⁷.

Une autre loi de 1832 prévoit qu'il y aura dorénavant plus d'un lieu pour voter dans les comtés²⁸. Une loi de 1835 ramène la durée du scrutin à une journée pour une circonscription donnée²⁹. Elle élimine également la possibilité d'exiger qu'un électeur prête certains serments, ce qui pouvait empêcher les catholiques, les juifs et les membres de certaines dénominations protestantes de voter³⁰. Le cens d'éligibilité est définitivement aboli en 1858³¹. En 1867, quelques mois après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le cens électoral est accordé à de nouvelles catégories de citoyens, tels que des locataires ou des pensionnaires. En 1869, grâce à cette mesure, 36 % des hommes adultes pourront voter³².

22. *Ibid.*, art. 18-20.

23. *Ibid.*, art. 27.

24. *Ibid.*

25. O'Gorman, *supra* note 6 à la p. 179.

26. (R.-U.), 1832, 2 Wil. IV, c. 45; de nombreuses dispositions portent sur cette question.

27. *Ibid.* art. 62, 67.

28. (R.-U.), 1832, 2-3 Wil. IV, c. 64.

29. (R.-U.), 1835, 5-6 Wil. IV, c. 35, art. 2.

30. *Ibid.* art. 6.

31. (R.-U.), 1858, 21 & 22 Vict., c. 26

32. (R.-U.), 1867, 30 & 31 Vict., c. 102; Hugh Cunningham, *The Challenge of Democracy, Britain 1832-1918*, New York, Longman, 2001, à la page 104.

Par ailleurs, la loi modifie la répartition des sièges; le nombre de députés par circonscription varie de un à trois, sauf à Londres, où il est de quatre.

Au cours des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi britannique de 1867, John Stuart Mill propose l'instauration de la représentation proportionnelle par la Chambre des communes, mais sans succès³³. Toutefois, dans les circonscriptions où plus de deux députés sont élus, l'électeur disposera à l'avenir d'un vote de moins que le nombre de sièges à pourvoir (soit deux sur trois ou, à Londres, trois sur quatre)³⁴. Dans un tel système, les partis minoritaires ont davantage de chances de remporter un siège, mais le parti dominant peut quand même obtenir une victoire totale, s'il devance suffisamment ses rivaux³⁵. Cette formule sera abandonnée en 1885, au moment où le nombre d'habitants par circonscription est égalisé et où une majorité d'entre elles sont divisées en sections élisant un seul député; la représentation de la ville de Londres est alors ramenée à deux députés³⁶.

En 1868, le Parlement confie à certains juges le soin de trancher les contestations concernant la validité d'élections³⁷. Jusque-là, un comité de la Chambre des communes devait entendre les témoins et décider du sort de la requête en

33. Auguste Arnauné et André Lebon, «Les débats du Parlement anglais relatifs à la représentation proportionnelle» dans Société pour l'étude de la représentation proportionnelle, *La représentation proportionnelle, Études de législation et de statistique comparées*, Paris, Pichon, 1888 aux pp. 83-152 [Arnauné et Lebon].

34. 1867 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 102, art. 9-10.

35. Voir Maurice Vernes, «Des principes de la représentation proportionnelle des procédés proposés pour l'assurer et de leur application à la France» dans Société pour l'étude de la représentation proportionnelle, *La représentation proportionnelle, Études de législation et de statistique comparées*, Paris, Pichon, 1888, 1 aux pp. 39-40.

36. *Redistribution of Seats Act 1885*, 1885 (R.-U.), 48 & 49 Vict., c. 23, art. 4-9 et ann. 6 et 7; voir Arnauné et Lebon, *supra* note 33.

37. 1868 (R.-U.), 31 & 32 Vict., c. 125.

annulation³⁸. En 1872, le scrutin secret est adopté³⁹. En 1884, le cens électoral est à nouveau modifié⁴⁰. En 1918, le droit de vote est attribué aux hommes âgés d'au moins vingt-et-un ans; il l'est également aux femmes âgées de plus de trente ans, à condition qu'elles résident dans une maison ou dans un logement dont la valeur annuelle est d'au moins cinq livres, ou encore que leur mari soit propriétaire ou locataire d'un logement, à l'exception d'une chambre louée meublée⁴¹. Dorénavant, le scrutin devra avoir lieu le même jour dans toutes les circonscriptions. Enfin, des commissaires doivent présenter un projet de représentation proportionnelle pour les circonscriptions qui élisent au moins trois députés. Celui-ci peut entrer en vigueur après avoir été approuvée par une résolution de chacune des chambres du Parlement, mais cela ne sera jamais fait⁴².

À compter de 1928, toutes les femmes adultes peuvent voter⁴³. En 1944, la double représentation est éliminée dans la

-
- 38. 1770 (R.U.), 10 Geo. 3, c. 16, rendu perpétuel par 1774 (R.-U.), 14 Geo. 3. Nous ne citerons pas les lois adoptées ultérieurement pour modifier le mode de nomination des membres du comité ou la procédure que celui-ci devait suivre. Sur l'origine de ce privilège des Communes, voir Émond, *supra* note 3 à la p. 294.
 - 39. 1872 (R.-U.), 35 & 36 Vict., c. 33.
 - 40. 1884 (R.-U.), 48 & 49 Vict., c. 3. Cette loi accorde notamment le droit de vote aux chefs de familles des régions rurales, ce qu'avaient déjà obtenu, en 1867, ceux qui vivaient dans les régions urbaines : Émond, *supra* note 3 à la p. 440; environ les deux tiers des hommes adultes peuvent alors voter : Cunningham, *supra*, note 32, à la page 119.
 - 41. 1918 (R.-U.), 7-8 Geo. V, c. 64, art. 1-4.
 - 42. *Ibid.*, art. 20-21. En outre, un mode de scrutin proportionnel est imposé pour les circonscriptions universitaires : *ibid.*, art. 20 (1). Il y sera utilisé jusqu'à leur abolition en 1948 : Dennis Pilon, *The Politics of Voting, Reforming Canada's Electoral System*, Toronto, Emond Montgomery, 2007 à la p. 76 [Pilon, *Politics of Voting*]. À l'heure actuelle, des formes de scrutin proportionnel sont utilisées en Écosse, au Pays de Galle et en Irlande du nord lors des élections au Parlement régional, ainsi que pour élire les députés européens représentant le Royaume-Uni : Peter Lynch, «Making Every Vote Count in Scotland: Devolution and Electoral Reform» dans Henry Milner, dir., *Steps Toward Making Every Vote Count, Reassessing Canada's Electoral System*, Peterborough, Broadview Press, 2004 à la p. 145 [Milner].
 - 43. 1928 (R.-U.), 18-19 Geo. V, c. 12.

plupart des circonscriptions⁴⁴. En 1948, le centre-ville de Londres et les universités de Cambridge et d'Oxford perdent également leur représentation, ce qui met fin à la possibilité de voter à plus d'une reprise⁴⁵. À cet égard, il convient de souligner que le double vote dans une même circonscription peut avoir des conséquences imprévisibles lorsque les électeurs choisissent des candidats de différents partis ou décident de voter une seule fois, au lieu de deux. Cela peut permettre, par exemple, l'élection d'un candidat qui recueille une majorité de seconds votes⁴⁶.

L'évolution du système électoral britannique a donc été fort graduelle. La réforme de 1832 a introduit certaines améliorations en réduisant les disparités entre les circonscriptions, en établissant un registre des électeurs et en prévoyant qu'il y aurait plusieurs lieux de vote dans chaque comté. Mais, il faut attendre après 1867 pour voir apparaître le scrutin secret. Ce n'est qu'après la Première Guerre mondiale que le suffrage universel est reconnu. De l'autre côté de l'Atlantique, les législatures de l'Amérique du Nord britannique disposaient d'une autonomie quasi complète sur des questions de ce genre. Elles ont donc accumulé une expérience considérable avant 1867 et, sur certains points, elles ont devancé le Royaume-Uni.

II. Les législatures coloniales de l'Amérique du Nord

En Amérique du Nord britannique, la création des législatures et la modification de leur composition relèvent des autorités britanniques, mais les règles concernant les élections sont adoptées localement (A). L'exercice de ce dernier pouvoir montre qu'il existait en 1867 d'importantes différences entre la Grande-Bretagne et ses colonies en ce qui concerne le cens électoral et les modalités du scrutin (B).

44. 1944 (R.-U.), 7-8 Geo. VI, c. 41, 3^e Annexe, art. 2; voir aussi 1945 (R.-U.), 8-9 Geo. VI, c. 6.

45. 1948 (R.-U.), 11-12 Geo. VI, c. 65.

46. Voir, pour le XIX^e siècle : John A. Phipps, *The Great Reform Bill in the Boroughs, English Electoral Behaviour, 1818-1841*, Oxford, Clarendon Press, 1992 aux pp. 57-58.

A. La création et les pouvoirs des législatures coloniales

La législature de Nouvelle-Écosse a été constituée en 1758, celle de l'Île-du-Prince-Édouard, en 1773, et celle du Nouveau-Brunswick, en 1785. Celle de l'île de Vancouver est apparue en 1856. Dans tous ces cas, la commission du gouverneur, qui est délivrée par le Conseil privé du roi à Londres, autorise cet officier à convoquer une assemblée de députés qui doit adopter des projets de loi, conjointement avec un conseil dont les membres sont nommés par la Couronne. Sans que cela soit précisé explicitement, les premiers gouverneurs, aidés de leurs conseillers, doivent délimiter les circonscriptions et fixer le cens électoral⁴⁷.

Ainsi, au XVIII^e siècle, la création des législatures coloniales et la modification du système électoral constituent une prérogative royale⁴⁸. Toutefois, en raison de l'immigration loyaliste consécutive à l'indépendance des États-Unis, le gouvernement britannique consent rapidement à ce que les règles électorales soient modifiées par des lois coloniales (1). Au Québec et en Ontario, cette possibilité est prévue dès l'adoption de l'*Acte constitutionnel* de 1791⁴⁹ (2), quoique l'*Acte d'Union*⁵⁰ de 1840 impose à cet égard certaines restrictions (3).

-
47. John Garner, *The Franchise and Politics in British North America, 1755-1867*, Toronto, University of Toronto Press, 1969 à la p. 11 [Garner]. Signalons que de 1784 à 1820, l'île du Cap-Breton constitue une colonie distincte, mais elle ne sera pas dotée d'une chambre élue (*ibid.* aux pp. 19, 219, n. 44). Les références aux lois coloniales qui suivent sont tirées de l'ouvrage de Garner; sauf exception, elles n'ont pas été vérifiées. On trouvera également un bon aperçu dans Canada, *L'histoire du vote au Canada*, 2^e éd., Ottawa, Bureau du directeur général des élections, 2007 [Canada, *Histoire du vote*].
48. En Grande-Bretagne, cette prérogative n'avait plus été exercée depuis le règne de Charles I^{er}.
49. 1791 (R.-U.), 31 Geo. III, c. 31.
50. 1840 (R.-U.), 3-4 Vict., c. 35.

1. Les Maritimes et la Colombie-Britannique

En Nouvelle-Écosse, lors de la première élection, seize députés sont élus par l'ensemble de la colonie, quatre par les résidants de Halifax et deux par ceux du canton de Lunenburg. Tout possesseur d'une terre concédée sous une tenure libre (*freehold*) peut voter, quelle que soit sa valeur, à condition d'être protestant. Toutefois, peu de personnes remplissent cette condition, en raison des frais afférents à une concession formelle. En outre, dans la plupart des colonies, les terres incultes doivent être défrichées en partie avant d'être concédées. En pratique, les seize députés élus pour l'ensemble de la colonie sont choisis par les électeurs de Halifax et de Lunenburg, car ce sont les deux seuls endroits où il est possible de voter⁵¹.

Dès l'élection de 1759, cinq comtés additionnels et deux cantons sont créés, afin de mettre un terme à l'élection en bloc de seize députés. En outre, le cens électoral est fixé à 40 shillings annuellement; les catholiques ne peuvent voter⁵². En 1767, une loi confirmant la répartition des sièges et des comtés est désavouée par le Conseil privé du roi, à Londres. En effet, le Conseil du commerce (*Board of Trade*) a décidé de mettre un terme à l'adoption de lois de ce genre dans les colonies, car elles empiètent sur la prérogative royale⁵³. Toutefois, en 1784, après la guerre de l'Indépendance des États-Unis et l'arrivée de nombreux loyalistes, une loi crée deux nouveaux comtés et deux nouveaux cantons, représentés par deux députés chacun, comme les autres comtés et cantons⁵⁴. Puis, en 1789, une loi électorale est adoptée⁵⁵. En 1792, après trois tentatives infructueuses, la durée maximale du mandat des députés est fixée à sept ans, comme en Angleterre⁵⁶.

51. Garner, *supra* note 47 aux pp. 11-15.

52. *Ibid.* aux pp. 15-16.

53. *Ibid.* à la p. 18.

54. *Ibid.* aux pp. 19-20; S.N.S. 1784, 25 Geo. III, c. 5.

55. Garner, *ibid.* à la p. 20; S.N.S. 1789, 29 Geo. III, c. 1.

56. Garner, *ibid.* à la p. 23; S.N.S. 1792, 32 Geo. III, c. 10. La cinquième législature avait duré quatorze années...

À l'Île-du-Prince-Édouard, l'ensemble du territoire a été concédé à différents propriétaires. La plupart des occupants sont donc des locataires ou des squatters. C'est pourquoi tous les résidants protestants sont autorisés à voter lors de la première élection, en 1773. Il y a alors dix-huit sièges à pourvoir, mais aucune circonscription n'est créée. Les électeurs doivent absolument désigner dix-huit candidats, sans quoi leur vote est rejeté. En 1787, le lieutenant-gouverneur répartit les 18 sièges entre les comtés et les zones royales (*royalties*). Ces dernières sont destinées à devenir les premières villes; pour y détenir le droit de vote, il faut être franc tenancier. La première loi électorale est adoptée en 1801⁵⁷.

Au Nouveau-Brunswick, lors des élections de 1785, tous les résidants adultes ont le droit de voter s'ils prêtent le serment d'allégeance. Huit comtés sont alors créés. En 1791, une loi électorale est adoptée. Dans les comtés, le cens est attribué au franc-tenancier dont la terre a une valeur nette de vingt-cinq livres, s'il est résidant, et de cinquante livres, s'il ne l'est pas. Dans la ville de Saint-Jean, les résidants doivent posséder des biens d'une valeur de vingt-cinq livres. Fait particulier, un cens d'éligibilité est imposé dans cette colonie. Il consiste à être propriétaire d'une terre d'une valeur de 200 livres⁵⁸. Contrairement à l'Angleterre et aux autres colonies, dans tous ces cas de figure, le revenu annuel n'est pas pris en considération.

La législature de l'île de Vancouver est créée par une loi impériale (c'est-à-dire une loi édictée par le Parlement de Westminster afin de régler une question coloniale) qui ne spécifie toutefois pas la composition de l'Assemblée⁵⁹. Aux termes de sa commission, il incombe plutôt au gouverneur de constituer celle-ci. En 1856, une proclamation accorde le droit de vote aux francs tenanciers possédant une terre d'une superficie d'au moins vingt acres. Ils peuvent exercer celui-ci personnellement ou par l'entremise d'un agent résidant dans la colonie. Le cens d'éligibilité

57. Garner, *ibid.* aux pp. 41-43; S.P.E.I. 1801, 41 Geo. III, c. 4.

58. Garner, *ibid.* aux pp. 54-57; S.N.B. 1791, 31 Geo. III, c. 17.

59. 1849 (R.-U.), 12 & 13 Vict., c. 48.

consiste à posséder une tenure libre d'une valeur d'au moins 300 livres. Au total, il y a quarante électeurs et, dans l'une des circonscriptions, un seul; ils élisent sept députés en tout. Dès 1859, une loi porte ce nombre à treize; la même année, une autre loi impose un cens électoral comportant cinq catégories différentes⁶⁰. En 1862, la représentation accordée à la ville de Victoria est doublée, tandis qu'en 1867, trois nouvelles circonscriptions sont créées dans les milieux ruraux⁶¹.

Sur le continent, la Colombie-Britannique forme une colonie distincte. Aux termes d'une loi impériale de 1858, la composition de sa législature doit être déterminée par un arrêté du Conseil privé de Londres⁶². Cela sera fait en 1863. Les membres du Conseil sont tous nommés par la Couronne, mais un tiers d'entre eux doivent d'abord être élus, selon des modalités laissées à la discrétion du gouverneur. Dans ces conditions, celui-ci ne juge pas utile d'imposer un cens électoral⁶³.

En 1866, l'île de Vancouver et la Colombie-Britannique sont réunies en une seule colonie. Un conseil législatif semblable à celui qui existe sur le continent est alors mis en place. Puis, en 1870, une loi impériale prévoit qu'une majorité des membres du conseil législatif de cette colonie doivent être élus. Elle autorise notamment le Conseil privé de Londres à délimiter les circonscriptions électorales et à fixer un cens, aussi bien pour les électeurs que pour les candidats. Un arrêté en conseil britannique crée alors neuf circonscriptions, mais n'impose aucun cens, afin de tenir compte de la pratique antérieure. À l'avenir, aux termes

-
60. Garner, *supra* note 47 aux pp. 118-120 : «An Act to Increase the number of representatives of the People of this Colony in the House of Assembly 1859» (Île de Vancouver); «An Act to amend the Law Relating to the Representation of Vancouver Island and its dependencies 1859» (Île de Vancouver).
61. *Ibid.* à la p. 123; *An Act to increase the number of Representatives for Victoria Town District, and to Alter the limits of the said district*, S.V.I. 1862.
62. 1858 (R.-U.), 21 & 22 Vict., c. 99.
63. Garner, *supra* note 47 aux pp. 125-126.

du *Colonial Laws Validity Act*⁶⁴, le conseil peut modifier sa propre constitution. En 1871, il adopte une série de lois concernant les élections, dont l'une impose un cens électoral qui inclut notamment la détention d'un permis d'exploration minière, le paiement d'une somme de quarante dollars par année pour une chambre et le versement de 200 dollars par année pour une chambre avec pension. Ce faisant, un grand nombre d'hommes adultes sont admis à voter, s'ils sont sujets britanniques et s'ils savent lire; en revanche, le principe d'un cens électoral est reconnu pour la première fois⁶⁵.

Dans les décennies qui ont suivi la constitution des législatures de l'Amérique du Nord britannique en vertu de la prérogative royale, le nombre de circonscriptions et la quotité du cens ont varié considérablement. Après l'indépendance américaine et l'installation des Loyalistes, les colonies ont donc obtenu le pouvoir de modifier ces règles elles-mêmes. Au Québec et en Ontario, la création d'une chambre élue a toutefois été faite de manière différente.

2. L'Acte constitutionnel de 1791

En 1763, le Conseil privé du roi adopte la *Proclamation royale*⁶⁶; celle-ci organise le gouvernement de la nouvelle Province de Québec. Le gouverneur doit d'abord nommer les membres de son conseil. Avec le consentement de celui-ci, il peut ensuite convoquer une assemblée élue, si l'état et les conditions de la colonie le permettent. Il doit alors procéder de la manière et dans les formes usitées ou imposées dans les autres colonies britanniques d'Amérique. Or, la proclamation impose également le droit anglais, qui exige des députés et des officiers publics un serment (dit du «test») que les Catholiques ne peuvent prêter sans abjurer leur foi. Dès lors, les gouverneurs ne jugent pas utile

64. 1865 (R.-U.), 28 & 29 Vict., c. 63.

65. Garner, *supra* note 47 aux pp. 127-130; R.S.B.C. 1871, c. 156.

66. L.R.C. 1985, app. II, n° 1. Il faut noter que les traductions françaises des lois ou des proclamations adoptées à Londres n'ont aucune valeur officielle.

d'organiser des élections, dans la mesure où seuls les protestants, qui représentent à peine cinq pour cent de la population, seraient éligibles.

En 1774, le Parlement impérial édicte l'*Acte de Québec*⁶⁷. Celui-ci remplace le serment du test par un serment de fidélité et crée un conseil législatif dont les membres sont nommés par le Conseil privé de Londres. Cet organe ne peut toutefois imposer de taxes ou d'impôts, sauf pour des travaux publics de nature locale (routes, bâtiments etc.)⁶⁸. Une autre loi impériale instaure des taxes afin de procurer des revenus au gouvernement⁶⁹. Après la reconnaissance de l'indépendance américaine par le Traité de Paris, en 1783, de nombreux Loyalistes s'établissent dans la Province de Québec, dont les frontières de 1774 englobent les Grands Lacs, en plus de la vallée du Saint-Laurent. Les nouveaux venus sont nombreux à remonter le fleuve vers le lac Ontario. Auparavant, ils ont vécu dans des colonies où la législature comprenait une chambre élue. En outre, les besoins financiers de la province augmentent. Plusieurs pétitions, signées tant par des francophones que des anglophones, réclament la création d'une assemblée représentative, même si d'autres francophones s'y opposent⁷⁰.

67. 1774 (G.B.), 14 Geo. III, c. 83.

68. *Ibid.*, art. 7, 13.

69. 1774 (G.B.), 14 Geo. III, c. 88, mod. par 1775 (G.B.), 15 Geo. III, c. 40.

70. Voir notamment «Pétition demandant une chambre d'assemblée» dans Adam Shortt et Arthur Doughty, dir., *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1915 à la p. 733 [Shortt et Doughty]; «Pétition de sir John Johnson et des Loyalistes» dans Shortt et Doughty, *ibid.* à la p. 760; «Pétition des Loyalistes de l'ouest» dans Shortt et Doughty, *ibid.* à la p. 929. Pour l'opposition des francophones, voir «Adresse des citoyens catholiques romains au roi» dans Shortt et Doughty, *ibid.* à la p. 749 («[...] la Chambre d'Assemblée n'est point le Vœu unanime, ni le Desir général de Votre Peuple Canadien[,] qui par la Pauvreté, et les Calamités d'une Guerre récente, dont cette Colonie a été le Théâtre, est hors d'État [sic] de supporter les taxes qui en doivent nécessairement résulter;» : *ibid.* à la p. 750).

En 1791, l'*Acte constitutionnel*⁷¹ est édicté par le Parlement britannique. Il crée le Haut-Canada, qui deviendra l'Ontario, et le Bas-Canada, dont les frontières à l'ouest, au sud et à l'est sont devenues, après certaines modifications, celles du Québec actuel. Dans les deux nouvelles provinces, le système parlementaire est très semblable. Chaque législature comprend un conseil législatif et une assemblée. La Couronne est représentée par un gouverneur général, au Bas-Canada, et par un lieutenant-gouverneur, dans le Haut-Canada. Les membres du conseil législatif sont nommés par ce représentant, sur autorisation de Sa Majesté⁷². Ils peuvent alors siéger à vie; le roi est également autorisé à conférer un droit héréditaire plutôt que viager, même si cette éventualité ne se réalisera pas⁷³. Le conseil doit décider si une personne est habilitée à siéger en son sein; si celle-ci n'obtient pas gain de cause, elle peut en appeler de cette décision devant «Sa Majesté en son Parlement de Grande-Bretagne»; le procureur général peut faire de même si la décision a été favorable au requérant⁷⁴.

-
71. 1791 (R.-U.), 31 Geo. III, c. 31 [*Acte constitutionnel*]. Sur cette loi, voir notamment Henri Brun, *La formation des institutions parlementaires québécoises (1791-1838)*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1970; John Hare, *Aux origines du parlementarisme québécois 1791-1793*, Sillery, Septentrion, 1993; Jacques-Yvan Morin, «L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec de 1534 à 1867» dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, dir., *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1994, 51 à la p. 89; Pierre Tousignant, *La Genèse et l'Avènement de l'Acte constitutionnel de 1791*, thèse de doctorat en histoire, Université de Montréal, 1971 [Tousignant, *La Genèse*]; Pierre Tousignant, «Problématique pour une nouvelle approche de la constitution de 1791» (1973) 27 *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 181; Denis Vaugeois, *Québec 1792 : Les acteurs, les institutions et les frontières*, Saint-Laurent, Fides, 1992; Danielle Laudy, «Les politiques coloniales britanniques et le maintien de l'Ancien Régime au Bas-Canada (1791-1832)» (1995) 14 (1) *Histoire, économie et société*, 71.
72. *Acte constitutionnel*, *ibid.*, art. 3. Ils doivent être âgés de vingt-et-un ans (art. 4).
73. *Ibid.*, art. 5-6.
74. *Ibid.*, art. 11.

Le représentant de la Couronne peut convoquer et réunir la première assemblée, ainsi que les suivantes⁷⁵. Pour ce faire, le roi doit l'autoriser à prendre une proclamation qui divise le territoire de la province en «districts ou comtés, cercles, villes ou cantons» et qui prévoit le nombre de représentants que ceux-ci éliront. Le gouverneur ou le lieutenant-gouverneur peuvent ensuite être habilités par le roi à nommer un président d'élection (appelé un «officier-rapporteur»). Par la suite, cette proclamation et cette procédure de nomination pourront être modifiées par une loi de la législature provinciale⁷⁶. En outre, ce pouvoir de nomination prend fin deux ans après l'entrée en vigueur de l'*Acte constitutionnel*⁷⁷. L'assemblée doit compter au moins cinquante membres au Bas-Canada et seize dans le Haut-Canada⁷⁸. Les élections sont déclenchées lorsque le document convoquant une nouvelle assemblée est scellé. Dans les quatorze jours qui suivent, les brefs d'élection sont envoyés au président d'élection de chaque circonscription. Ils doivent être retournés cinquante jours au plus tard après la date de leur émission, ou encore dans le délai fixé par une loi provinciale⁷⁹.

Dans les régions rurales, le droit de vote est conféré au possesseur de terres concédées sous une tenure libre (*freehold*), en fief ou en roture (c'est-à-dire, dans ce dernier cas, à charge de redevances seigneuriales), à condition que cette terre ait une valeur annuelle d'au moins quarante shillings (soit deux livres

75. *Ibid.*, art. 13.

76. *Ibid.*, art. 14.

77. *Ibid.*, art. 15. Le président d'élection n'est pas obligé de demeurer en fonction pendant plus d'un an ou plus d'une élection, sauf si une loi provinciale l'exige (art. 16).

78. *Ibid.*, art. 17. Le nombre de députés prévu initialement fut augmenté à l'initiative de Charles Fox, qui dirigeait en pratique l'opposition en Chambre : Tousignant, *La Genèse*, *supra* note 71 aux pp. 421 et 431.

79. *Acte constitutionnel, ibid.*, art. 18. Les mêmes règles s'appliquent dans le cas d'une élection complémentaire consécutive au décès d'un député ou à sa nomination au conseil législatif. Notons que les premiers brefs d'élection devaient être émis au plus tard le 31 décembre 1792 (*ibid.*, art. 49).

sterling), en sus des rentes ou charges dont elle est grevée⁸⁰. Dans les villes ou les cantons, le possesseur d'une maison et d'un terrain concédé sous ces tenures peut voter si la valeur annuelle nette de ces biens est d'au moins cinq livres sterling⁸¹. Il en va de même pour le locataire d'une maison qui réside dans une ville ou un canton depuis au moins un an lorsque le bref est émis, s'il paie un loyer annuel d'au moins dix livres sterling⁸². Il convient de noter que ces règles ne peuvent être modifiées par la législature.

Les membres du conseil législatif, les ministres anglicans et les prêtres catholiques sont inéligibles⁸³, tout comme les personnes âgées de moins de vingt-et-un ans ou celles qui ne sont pas des sujets britanniques⁸⁴. Les personnes déclarées coupables de trahison ou d'avoir commis une félonie (soit un crime grave, généralement puni de mort) ne peuvent ni voter ni être élues; la législature peut également déclarer inéligibles d'autres catégories de personnes⁸⁵. À la demande d'un candidat, un électeur peut être tenu de jurer qu'il remplit les conditions imposées pour pouvoir voter, en anglais ou en français⁸⁶. Le gouverneur ou le lieutenant-gouverneur peuvent être autorisés par le roi à fixer le lieu et le moment où aura lieu l'élection dans une circonscription, en

80. *Ibid.*, art. 20. Le projet de loi initial prévoyait que le cens électoral consisterait à posséder un immeuble dont la valeur annuelle était d'au moins cinq livres dans les régions rurales et dont la valeur totale était d'au moins 100 livres dans les villes. Charles Fox s'opposa alors avec succès à l'imposition de ces seuils, qui étaient plus élevés qu'en Angleterre. Cela provoqua toutefois une rupture avec Edmund Burke, qui ne pouvait admettre une extension trop grande du suffrage, notamment en raison des inquiétudes que suscitaient chez lui la Révolution française. Pour sa part, Fox ne contestait nullement la nécessité d'un cens électoral : Tousignant, *La Genèse*, *supra* note 71 aux pp. 421 et 430-432.

81. *Acte constitutionnel*, *ibid.*

82. *Ibid.*

83. *Ibid.*, art. 21.

84. *Ibid.*, art. 22.

85. *Ibid.*, art. 23.

86. *Ibid.*, art. 24. Cette disposition ne confère pas de pouvoir de modification à la législature coloniale.

donnant un avis au moins huit jours à l'avance, jusqu'à ce qu'une loi provinciale en décide autrement⁸⁷.

Le roi peut habiliter son représentant à déterminer la date de la première séance de l'assemblée et du conseil, à proroger la session et à dissoudre la législature⁸⁸. Celle-ci doit être convoquée au moins une fois par année; elle ne peut durer plus de quatre ans⁸⁹. Enfin, les conseillers et les députés doivent prêter un serment d'allégeance, en français ou en anglais⁹⁰. Pour sa part, le représentant de la Couronne peut opposer son veto aux projets de loi, les réserver ou les sanctionner⁹¹. En outre, le Conseil privé de Londres peut désavouer ceux qui ont été sanctionnés, dans un délai de deux ans⁹².

Dans l'ensemble, il est évident que le Parlement impérial souhaite que la grande majorité des questions concernant les circonscriptions électorales et le déroulement des élections soient réglées par les nouvelles législatures coloniales. Si celles-ci peuvent retirer le droit de vote à certaines catégories de personnes, elles ne peuvent modifier le cens électoral ni les serments qui doivent être prononcés. Toutefois, par la suite, le Parlement impérial autorise expressément les étrangers qui ont été naturalisés par une loi provinciale à voter et à être élus⁹³. Cette autonomie en matière électorale va se poursuivre sous le régime constitutionnel de 1840.

87. *Ibid.*, art. 25.

88. *Ibid.*, art. 26. Cette disposition ne confère pas de pouvoir de modification à la législature coloniale.

89. *Ibid.*, art. 27.

90. *Ibid.*, art. 30.

91. *Ibid.*, art. 30.

92. *Ibid.*, art. 32.

93. 1826 (R.-U.), 7 Geo. IV, c. 68 (pour le Haut-Canada); 1830 (R.-U.), 1 Geo. IV - 1 Wil. IV, c. 53 (pour le Bas-Canada). La loi de naturalisation doit être réservée par le représentant de la Couronne et être transmise à Londres pour y être sanctionnée ou encore faire l'objet d'un veto.

3. L'Acte d'Union de 1840

Après l'échec des rébellions de 1837 et de 1838, l'*Acte constitutionnel* de 1791 est suspendu pour le Bas-Canada⁹⁴. Puis, en 1840, le Parlement impérial édicte l'*Acte d'Union*⁹⁵ qui réunit en une seule province (appelée Canada-Uni) le Haut-Canada et le Bas-Canada. Un parlement unique est créé. Le mode de nomination des membres du Conseil législatif est le même qu'en 1791⁹⁶. Pour ce qui concerne l'Assemblée, elle est encore convoquée par le gouverneur⁹⁷. La loi accorde un nombre égal de représentants à chacune des anciennes provinces⁹⁸, soit 42, même si la population du Bas-Canada est d'environ 650 000 personnes et celle du Haut-Canada, de 465 357⁹⁹. Dans le Haut-Canada, toutes les circonscriptions sont représentées par un député, à l'exception de la ville de Toronto¹⁰⁰. Dans le Bas-Canada, huit circonscriptions sont fusionnées afin de donner naissance à quatre circonscriptions élargies¹⁰¹. Comme dans le Haut-Canada, on compte un député par circonscription, à l'exception des villes de Québec et de Montréal¹⁰². En outre, le gouverneur peut redessiner les frontières des cités et villes mentionnées par la loi¹⁰³. Ces mesures sont destinées à faire en sorte que dans la majorité des circonscriptions du Canada-Uni, les anglophones soient plus nombreux que les francophones¹⁰⁴.

94. 1838 (R.-U.), 1 & 2 Vict., c. 9, modifié par 1839 (R.-U.), 2 & 3 Vict., c. 53.

95. 1840 (R.-U.), 3 & 4 Vict., c. 35.

96. *Ibid.*, art. 4. Toutefois, il n'est plus question de créer un droit héréditaire. Les règles concernant les contestations portant sur le droit de siéger au conseil sont semblables à celle de 1791 (*ibid.*, art. 8).

97. *Ibid.*, art. 11.

98. *Ibid.*, art. 12.

99. Garner, *supra* note 47 à la p. 95.

100. *Acte d'Union, 1840* (R.-U.), 3 & 4 Vict., c. 35, art. 12-17 [*Acte d'Union*].

101. *Ibid.*, art. 12-15.

102. *Ibid.*, art. 18-20.

103. *Ibid.*, art. 21. Une loi de 1842 rétablit les frontières en vigueur au Bas-Canada : Garner, *supra* note 47 à la p. 98; S.P.C. 1842, 6 Vict., c. 16.

104. *Acte d'Union, ibid.*, art. 19; Garner, *supra* note 47 aux pp. 98-100.

La loi reprend presque mot à mot les dispositions de 1791 concernant les présidents d'élection¹⁰⁵, l'émission des brevets¹⁰⁶, le pouvoir du gouverneur de fixer le lieu et la date des élections¹⁰⁷; elle autorise la nouvelle législature à modifier ces règles. Toutefois, en ce qui concerne la variation du nombre de députés, avant de pouvoir être sanctionné, un projet de loi doit recueillir une majorité des deux tiers des membres de chaque chambre lors de la deuxième et de la troisième lecture du projet de loi¹⁰⁸. D'autre part, les lois des deux anciennes provinces qui concernent un aspect quelconque des élections demeurent en vigueur, mais elles peuvent être modifiées par la nouvelle législature¹⁰⁹. Cela inclut les dispositions concernant le cens électoral¹¹⁰. Toutefois, un cens d'éligibilité fait son apparition : les candidats doivent posséder des immeubles tenus en franc et commun socage (l'équivalent du *freehold*), en fief ou en roture, d'une valeur nette de cinq cent livres sterling. Cette exigence ne peut être modifiée par la législature; elle est destinée à écarter les candidats les plus contestataires.

L'*Acte d'Union* reproduit à peu de choses près les dispositions de 1791 concernant le pouvoir du gouverneur de déterminer où et quand la législature doit siéger¹¹¹, la convocation annuelle de celle-ci et sa durée maximale, soit quatre années¹¹², le serment d'allégeance que doivent prêter les conseillers législatifs

105. *Acte d'Union, ibid.*, art. 22-23.

106. *Ibid.*, art. 24.

107. *Ibid.*, art. 25.

108. *Ibid.*, art. 26.

109. *Ibid.*, art. 27.

110. Aux termes de l'*Acte constitutionnel* de 1791, les règles concernant le cens électoral ne pouvaient être modifiées par la législature provinciale. Elles ont toutefois été converties en monnaie locale par une loi du Bas-Canada (S.B.-C. 1825, 5 Geo. IV, c. 33). En outre, les dispositions de l'*Acte constitutionnel* concernant la constitution et la composition des chambres des législatures sont abrogées par l'article 2 de l'*Acte d'Union*, *supra* note 95. Ainsi, seules les dispositions des lois provinciales demeurent en vigueur. Or, l'article 27 de l'*Acte d'Union* confère expressément à la nouvelle législature le pouvoir de modifier celles-ci.

111. *Acte d'Union, ibid.* note 95, art. 30.

112. *Ibid.*, art. 30.

ou les députés¹¹³ et les pouvoirs de sanction, de réserve et de désaveu des projets de loi¹¹⁴. En principe, si une disposition ne prévoit pas expressément que la nouvelle législature peut modifier ces règles, seul le Parlement impérial, à Westminster, est habilité à le faire. Néanmoins, celui-ci adopte assez rapidement une attitude très libérale sur certaines questions sensibles. Ainsi, en 1846, il abroge les articles de l'*Acte d'Union* affectant à certaines dépenses une somme de 75 000 livres provenant des revenus de la province¹¹⁵. En 1848, il fait de même pour la disposition imposant l'usage exclusif de l'anglais dans la rédaction des documents officiels des chambres de la législature¹¹⁶.

En 1854, une loi impériale va beaucoup plus loin. Elle autorise la législature du Canada-Uni à modifier elle-même la composition et le mode de sélection des conseillers législatifs¹¹⁷, afin que ceux-ci puissent être élus; toutefois, un projet de loi de cette nature doit être sanctionné par la reine plutôt que par le gouverneur. La législature peut même prévoir que le gouverneur général aura le pouvoir de dissoudre séparément la Chambre haute, mais ce système ne sera pas retenu. En 1856, une loi du Canada-Uni crée quarante-huit circonscriptions correspondant à autant de sièges électifs dans la Chambre haute. Le cens électoral est le même que dans le cas d'un député¹¹⁸. Pour sa part, le cens d'éligibilité des conseillers est de 2 000 livres; en outre, les candidats doivent être sujets britanniques et être âgés d'au moins

113. *Ibid.*, art. 35-36.

114. *Ibid.*, art. 37-39.

115. *Ibid.*, art. 50-57, abr. par 1847 (R.-U.), 10-11 Vic., c. 71.

116. 1848 (R.-U.), 11 & 12 Vict., c. 56.

117. 1854 (R.-U.), 17 & 18 Vict., c. 118, art. 1 [*Loi de 1854*]. À la Chambre des lords, Lord Derby déplore que cette modification soit incompatible avec l'établissement d'une monarchie purement canadienne, même s'il reconnaît que ce projet est sans doute un rêve : Ged Martin, *Britain and the Origins of Canadian Confederation, 1837-67*, Vancouver, UBC Press, 1995 à la p. 179 [Martin].

118. *Acte pour changer la constitution du Conseil législatif et pour le rendre électif 1856* (R.-U.), S.P.C. 19 & 20 Vict., c. 140, art. 12; à ce sujet, voir Michel Morin, «L'élection des membres de la Chambre haute du Canada-Uni, 1856-1867» (1994) 35 C. de D. 23 [Morin, «Chambre haute»].

trente ans¹¹⁹. Les conseillers nommés demeurent cependant en place. Le mandat de ceux qui sont élus a une durée de huit années; un quart des nouveaux sièges est donc comblé à tous les deux ans¹²⁰. Ainsi, il faut attendre jusqu'en 1862 pour que ceux-ci soient tous occupés. Dans ces conditions, les conseillers nommés continuent de jouer un rôle important dans cette chambre jusqu'en 1867.

Pour en revenir à la loi impériale de 1854, elle confère également à la législature le pouvoir de modifier le cens d'éligibilité exigé des députés¹²¹. En outre, elle autorise celle-ci à adopter une loi concernant le nombre de députés représentant chacune des anciennes provinces, sans obtenir une majorité des deux tiers, comme l'exigeait l'*Acte d'Union*¹²². Enfin, elle déclare que certaines lois à caractère religieux pourront dorénavant être adoptées de la même manière que toute autre loi, ce qui n'était pas le cas aux termes de l'*Acte d'Union*¹²³. En 1856, une autre loi impériale autorise la législature à pourvoir à l'élection du président du Conseil législatif, alors que celui-ci était auparavant nommé par le gouverneur général¹²⁴.

L'avènement du gouvernement responsable en 1848 correspond donc à un changement d'attitude des autorités impériales. Celle-ci se traduit par la volonté très ferme d'autoriser la législature à modifier elle-même toutes les règles qui lui avaient été imposées lors de l'adoption de l'*Acte d'Union*, notamment celles qui concernent la composition du Conseil législatif et la sélection de ses membres, le nombre de députés siégeant à l'Assemblée et le cens d'éligibilité. Depuis 1840, le cens électoral et toutes les modalités du scrutin sont déterminés par des lois provinciales.

119. *Ibid.*, art. 4.

120. *Ibid.*, art. 8.

121. Voir *Loi de 1854*, *supra* note 117, art. 4.

122. *Ibid.*, art. 5, modifiant l'article 27 de l'*Acte d'Union*, *supra* note 95.

123. *Ibid.*, art. 6, abrogeant l'article 42 de l'*Acte d'Union*, *supra* note 95.

124. 1856 (R.-U.), 22 & 23 Vict., c. 10; voir l'art. 9 de l'*Acte d'Union* et l'*Acte pour pourvoir à l'élection de l'orateur du Conseil législatif*, 1860, (R.-U.), S.P.C., 23 Vict., c. 3.

Ainsi, en 1867, une longue tradition a conféré aux différentes législatures coloniales le pouvoir de régler ces questions, que ce soit par l'adoption de lois approuvées par le gouvernement britannique, comme dans les Maritimes, ou par le biais d'une délégation expresse contenue dans une loi impériale, comme en Colombie-Britannique, au Bas-Canada, dans le Haut-Canada et au Canada-Uni. Il reste à examiner les règles qui ont été édictées dans ces colonies, afin d'illustrer la très grande diversité qui existait dans ce domaine lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

B. La modification des modalités du scrutin et du droit de vote

Les personnes qui ont pris part aux négociations ayant précédé l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* entretenaient une certaine conception du système électoral. Afin de mieux cerner celle-ci, il convient d'examiner les principales transformations subies par ce système au cours du siècle précédent, sans énumérer pour autant toutes les lois qui ont été adoptées par une législature coloniale dans ce domaine. Les plus importantes d'entre elles concernent les circonscriptions, le lieu et la durée du vote (1), le cens électoral ou d'éligibilité (2), ainsi que la privation du droit de vote (3).

1. Les circonscriptions électorales et le mode de scrutin

En décrivant l'évolution des pouvoirs conférés aux législatures coloniales, nous avons présenté les règles initiales et, dans les Maritimes et en Colombie-Britannique, les premières lois concernant les circonscriptions ou le déroulement du scrutin¹²⁵. Celui-ci est régi par des règles très semblables à celles qui sont suivies en Angleterre, sous réserve de certaines adaptations. En Nouvelle-Écosse, les élections durent plus de quatre mois dans l'ensemble de la colonie, mais dans une circonscription donnée, le

125. Voir la partie II A. 1, ci-dessus.

lieu de vote est ouvert pendant douze heures¹²⁶. Une loi de 1789 porte toutefois cette durée à six jours, afin de faciliter le vote des électeurs demeurant à l'extérieur de l'unique localité où le scrutin a lieu¹²⁷. Celui-ci prend fin si tous les candidats y consentent ou si aucun électeur ne se présente pendant une heure. Il peut se poursuivre dans une autre localité, mais uniquement avec l'accord des candidats.

Pourtant, dès cette époque, de nombreuses voix réclament la création de lieux de vote additionnels. En 1847, la pratique anglaise consistant à prévoir plusieurs lieux de scrutin est finalement adoptée; en outre, dans l'ensemble de la colonie, le vote doit avoir lieu le même jour¹²⁸. Cette modification empêche un candidat défait dans une circonscription de se présenter dans une autre au cours d'une même élection, ainsi que le déplacement d'hommes de main susceptibles d'intimider les électeurs ou de voter frauduleusement. Par ailleurs, il faut attendre jusqu'en 1835 pour qu'une série de lois remanie substantiellement la carte électorale de la Nouvelle-Écosse¹²⁹. En outre, dans certains comtés, une partie du territoire a été constituée en cantons. À cet endroit, les résidants peuvent élire aussi bien le député qui représente leur canton que celui qui représente leur comté. Cette situation prend toutefois fin en 1859¹³⁰.

À l'Île-du-Prince-Édouard, en 1838, les comtés sont divisés en trois districts électoraux comprenant chacun deux lieux de vote, ce qui facilite le bon déroulement des élections¹³¹. En 1848, le vote devient simultané dans l'ensemble de la colonie¹³². En 1866, les propriétaires qui détiennent le cens électoral dans plusieurs circonscriptions sont autorisés à exercer leurs multiples

126. Garner, *supra* note 47 aux pp. 15, 219, n. 25.

127. S.N.S. 1789, 29 Geo. III, c. 1.

128. Garner, *supra* note 47 à la p. 29; S.N.S. 1847, 10 Vict., c. 1.

129. Garner, *ibid.* à la p. 27; S.N.S. 1834-35, 5 Wil. IV, c. 37; S.N.S. 1834-35, 5 Wil. IV, c. 46; S.N.S. 1836, 6 Wil. IV, c. 79; S.N.S. 1836, 6 Wil. IV, c. 88; S.N.S. 1837, 7 Wil. IV, c. 89. S.N.S. 1838, 1 Vict., sess. 2, c. 8.

130. Garner, *ibid.* aux pp. 38-39; S.N.S. 1859, 22 Vict., c. 1.

131. Garner, *ibid.* à la p. 53; S.P.E.I. 1838, 1 Vict., c. 9.

132. Garner, *ibid.* à la p. 47; S.P.E.I. 1848, 11 Vict., c. 21.

droits de vote dans un même lieu de scrutin¹³³. Au Nouveau-Brunswick, depuis 1785, dans quatre circonscriptions, quatre députés sont élus, tandis qu'ailleurs, deux seulement sont choisis. Puis, en 1826, deux nouveaux comtés sont représentés par un seul député¹³⁴. D'autres modifications de la carte électorale interviennent en 1831, 1834, 1844 et 1845¹³⁵. En 1837, la durée du scrutin dans chaque circonscription est limitée à huit jours, mais plusieurs lieux de vote sont créés, en précisant l'ordre de leur ouverture et la durée du vote, de manière à ce que ces journées se suivent et que les candidats aient toujours la possibilité d'être présents¹³⁶. À compter de 1843, le scrutin se déroule la même journée dans tous les lieux de scrutin d'une même circonscription¹³⁷. Enfin, le scrutin secret est introduit en 1855¹³⁸.

Au Bas-Canada, en 1792, une proclamation du lieutenant-gouverneur crée vingt-et-une circonscriptions rurales, généralement représentées par deux députés, en se fondant sur leur population, sans avoir égard à leur étendue territoriale ou aux considérations géographiques. Les villes de Montréal et de Québec ont droit à quatre députés, mais elles sont divisées en deux circonscriptions. Trois-Rivières est représentée par deux députés et William-Henry (Sorel), par un seul¹³⁹. En 1800, en 1807 et en 1825, l'ampleur du territoire de certaines circonscriptions convainc la législature de créer un lieu de vote additionnel¹⁴⁰. Après plusieurs essais infructueux, en raison des

133. Garner, *ibid.* à la p. 50; S.P.E.I. 1866, 29 Vict., c. 10.

134. Garner, *ibid.* à la p. 62; S.N.B.. 1826, 7 Geo. IV, c. 31.

135. Garner, *ibid.* aux pp. 62-63; S.N.B. 1831, 1 Wil. IV, c. 50; S.N.B. 1834, 4 Wil. IV, c. 47; S.N.B. 1844, 7 Vic., c. 51; S.N.B. 1845, 8 Vic., c. 104.

136. Garner, *ibid.* à la p. 60; S.N.B.. 1837, 7 Wil. V, c. 55.

137. Garner, *ibid.* à la p. 61; S.N.B.. 1843, 6 Vic., c. 44.

138. Garner, *ibid.* aux pp. 68-70; S.N.B. 1855, 18 Vic., c. 37.

139. «Proclamation divisant la Province du Bas-Canada en comtés et en districts, 7 mai 1792» dans Adam Shortt et Duncan A. MaCarthy (éd.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1791-1818*, Ottawa, J. de L. Taché, 1915, à la p. 73. – VOIR P. 19

140. Garner, *supra* note 47 à la p. 80; S.B.-C. 1800, 40 Geo III, c. 1; S.B.C. 1807, 47 Geo. III, c. 16; S.B.C. 1825, 5 Geo. IV, c. 33.

conflits entre les deux chambres, une loi de 1829 crée dix-neuf nouvelles circonscriptions dans les régions colonisées depuis 1792, tels : les Cantons de l'Est ou la vallée de l'Outaouais. Elle prévoit également qu'une circonscription dont la population est d'au moins 1 000 habitants sera représentée par un député, mais que celle dont la population excède 4 000 personnes aura droit à deux représentants¹⁴¹. En 1833 et en 1834, la législature ajoute d'autres lieux de scrutin dans sept circonscriptions¹⁴². De 1792 à 1828, la circonscription la plus peuplée compte environ dix fois plus d'habitants que la moins peuplée. En 1844, la situation est semblable¹⁴³.

En 1836, une commission d'enquête nommée par le gouvernement britannique envisage d'instaurer au Bas-Canada un système de vote limité. En effet, le commissaire George Gipps suggère que chaque circonscription dispose d'un député par tranche de 5 000 électeurs; en revanche, ces derniers disposeraient d'un seul vote, même si leur circonscription était représentée par deux, trois ou quatre députés. Dans ce système, le nombre moyen de commettants ne saurait excéder 5 000. En outre, une minorité linguistique ou religieuse qui compte au moins ce nombre d'électeurs pourra faire élire un député, à condition que ses membres votent tous de la même manière. Mais les deux autres commissaires jugent cette proposition beaucoup trop innovatrice pour qu'elle soit recommandée au Parlement impérial¹⁴⁴.

141. Garner, *supra* note 47 aux pp. 81-82; S.B.-C. 1829, 9 Geo. IV, c. 73; voir Bruce Curtis, «Le redécoupage colonial du Bas-Canada dans les années 1830 : un essai sur la "gouvernementalité" politique» (2004) 58 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 27.

142. Garner, *supra* note 47 à la p.78; S.B.C. 1833, 3 Wil. IV, c. 22; S.B.-C. 1834, 4 Wil. IV, c. 6.

143. André Bernard et Denis Laforte, *La législation électorale au Québec, 1790-1967*, Montréal, Éditions Sainte-Marie, 1969 à la p. 37 [Bernard et Laforte]. L'écart entre la population incluse dans une circonscription ne tient pas compte du nombre de députés attribué à celle-ci. C'est pourquoi le nombre d'habitants représenté par chacun d'eux varie de manière un peu moins prononcée : *ibid.* à la p. 43.

144. «General Report of the Commissioners for the Investigation of all Grievances Affecting His Majesty's Subjects of Lower Canada», House of

Dans le Haut-Canada, la proclamation de 1792 crée dix-neuf comtés, mais prévoit l'élection de seize députés seulement, car certains d'entre eux représentent plusieurs circonscriptions. Dans ce système, la représentation est fonction de la population. De 1798 à 1817, diverses lois augmentent le nombre de députés et de circonscriptions¹⁴⁵. La réforme de 1820 prévoit que celles-ci seront représentées par un député si elles comptent au moins 1 000 habitants, et par deux si elles en comptent au moins 4 000¹⁴⁶. En outre, le lieutenant-gouverneur doit ajuster la représentation avant chaque élection, en se fondant sur des dénombrements fournis par les greffiers des cantons. En 1833, une circonscription est divisée en quatre entités élisant chacune un député, tandis qu'une nouvelle circonscription est créée en 1834¹⁴⁷. À ce moment, la province compte quarante circonscriptions, dans lesquelles il existe un seul lieu de vote.

En 1842, une loi du Canada-Uni prévoit la création de plusieurs lieux de vote¹⁴⁸. De ce fait, dans plusieurs circonscriptions du Haut-Canada, le nombre de votants augmente de 40 % environ¹⁴⁹. Elle limite également la durée du vote à deux jours dans une même circonscription. En 1849, des lieux de vote sont ajoutés dans les circonscriptions de Montréal et Québec¹⁵⁰. Puis, en 1866, les conseils municipaux sont autorisés à régler ces questions¹⁵¹. En ce qui concerne le nombre de circonscriptions, jusqu'en 1854, il ne peut être modifié sans un vote favorable des deux tiers des députés et des conseillers législatifs lors des

Commons, Session 31, Jan 17-July, n° 220, par. 27 et p. 69-72, reproduit dans *British Parliamentary Papers. Lower Canada (1837 (50), vol. XXIV), Colonies: Canada*, n° 4, Shannon, Irish University Press, 1968-1971.

145. Garner, *supra* note 47 à la p. 88; S.U.-C. 1798, 48 Geo. III, c. 5; S.U.C. 1800, 40 Geo. III, c. 3, S.U.C. 1808, 48 Geo. III, c. 11; S.U.C. 1817 57 Geo. III, c. 1.

146. Garner, *ibid.* à la p. 88; S.U.-C. 1820, 60 Geo. III, c. 2.

147. Garner, *ibid.* à la p. 90; S.U.C. 1833, 3 Wil. IV, c. 15; S.U.C. 1834, 4 Wil. IV, c. 45.

148. Garner, *ibid.* à la p. 101; S.P.C. 1842, 6 Vict., c. 1.

149. Garner, *ibid.* à la p. 106.

150. *Ibid.* à la p. 102; S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 27.

151. Garner, *ibid.* à la p. 103; S.P.C. 1866, 19 & 20 Vict., c. 13.

deuxième et troisième lectures du projet de loi¹⁵²; par la suite, la majorité simple suffit¹⁵³.

Une modification de 1853 porte à soixante-cinq le nombre de circonscriptions accordé à chacune des anciennes provinces¹⁵⁴. À cette époque, le nombre d'habitants représenté par chaque député varie de 9 304 à 30 108¹⁵⁵. Or, depuis 1851, la population du Haut-Canada excède celle du Bas-Canada. Le parti des *clear grits* exige alors que le nombre de circonscriptions accordé à chacune des anciennes colonies soit proportionnel à leur population («la représentation fondée sur la population»). Mais aucune autre réforme ne sera effectuée en raison de l'opposition des députés du Bas-Canada, qui s'accrochent au principe d'égalité imposé en 1840 à leur détriment. Cette question empoisonne la vie politique du Canada-Uni jusqu'en 1867, alors que le Haut-Canada compte environ 400 000 personnes de plus que le Bas-Canada, sur une population totale d'environ 2 500 000 habitants¹⁵⁶. En 1865, à l'occasion des débats sur le projet d'union fédérale, George Brown ira même jusqu'à dire, après avoir rappelé la Conquête britannique de 1760¹⁵⁷:

Je ne veux pas faire de vantardise – je ne veux pas pour un instant évoquer de pénibles souvenirs, – car le sort fait alors à la brave nation française, par la fortune de la guerre, aurait bien pu être le nôtre sur ce champ de bataille mémorable. Je me rappelle ces anciens temps que pour faire remarquer que les descendants des vainqueurs et des vaincus de la bataille de 1759 siègent ici aujourd'hui avec toutes les différences de langage, de religion, de lois civiles et d'habitudes sociales presque aussi distinctement marquées qu'elles l'étaient il y a un

152. *Acte d'Union*, *supra* note 95, art. 26.

153. Voir *supra* note 117.

154. Garner, *supra* note 47 à la p. 96; S.P.C. 1853, 16 Vict., c. 52.

155. Bernard et Laforte, *supra* note 143 à la p. 81.

156. Garner, *supra* note 47 à la p. 95.

157. Canada-Uni, 8^e parl., 3^e sess., *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique du Nord britannique*, Québec, 1865, à la p. 84 [*Débats de 1865*].

siècle. (Écoutez!) Nous siégeons ici aujourd'hui et cherchons à l'amiable à trouver un remède à des maux constitutionnels et à des injustices dont se plaignent, - les vaincus? Non, M. l'Orateur, mais dont se plaignent les conquérants! (Applaudissements des franco-canadiens!) Ici siègent les représentants de la population anglaise qui réclame justice - justice seulement; et ici siègent les représentants de la population française qui délibèrent dans la langue française sur la question de savoir si nous l'obtiendrons.

2. Le cens électoral

En 1789, en Nouvelle-Écosse, le cens est accordé à ceux qui possèdent soit des tenures libres d'une valeur annuelle nette de quarante shillings, soit une maison d'habitation et la terre sur laquelle elle est située (quelle que soit leur valeur), soit des terres d'une superficie totale d'au moins cent acres, afin de permettre aux cultivateurs qui n'ont pas encore obtenu un titre officiel de propriété de voter¹⁵⁸. Dès 1797, ces tenures doivent être enregistrées; en outre, au moins cinq acres sur cent doivent être cultivées¹⁵⁹. À compter de 1839, seule une propriété d'une valeur annuelle de quarante shillings est acceptée, bien que ce concept inclut les établissements des pêcheurs et les immeubles dans les villes¹⁶⁰.

En 1851, tous les contribuables payant les taxes de comté et celles des pauvres obtiennent le droit de vote, ce qui augmente de 30 % le nombre de votes enregistrés¹⁶¹. Mais de nombreuses difficultés surgissent en raison du manque d'organisation, de la mauvaise volonté ou de l'incompétence des personnes chargées de percevoir les taxes. C'est pourquoi, en 1854, le cens électoral est aboli; tous les hommes adultes qui résident depuis au moins cinq ans en Nouvelle-Écosse et depuis au moins un an dans un comté ou un canton peuvent alors voter à cet endroit, à l'exception des

158. Garner, *supra* note 47 à la p. 20; S.N.S. 1789, 29 Geo III, c. 1.

159. Garner, *ibid.* à la p. 23; S.N.S. 1797, 37 Geo. III, c. 3.

160. Garner, *ibid.* à la p. 27; S.N.S. 1839, 2 Vic., c. 35.

161. Garner, *ibid.* à la p. 30; S.N.S. 1851, 14 Vict., c. 2.

Indiens et des bénéficiaires de l'aide versée aux pauvres¹⁶². En conséquence, le nombre de votes augmente de 44 %¹⁶³. Or, en 1863, un cens électoral est réintroduit. Dorénavant, un électeur devra payer des taxes d'une valeur totale d'au moins 150 \$ pour des biens réels (immeubles) et d'au moins 300 \$ pour d'autres types de biens¹⁶⁴.

À l'Île-du-Prince-Édouard, une loi de 1806 impose un cens électoral dont la valeur est de vingt shillings annuellement pour les possesseurs d'une tenure, de quarante shillings pour les locataires d'une terre et de trois livres pour le loyer d'un logement situé dans un comté. Dans les zones royales (*royalties*), qui étaient destinées à devenir les premières villes, le simple fait d'occuper une habitation suffit, tout comme le fait de détenir une tenure libre. Ces conditions doivent être remplies depuis au moins six mois avant l'émission du bref¹⁶⁵. En outre, les candidats doivent posséder une tenure libre ou d'autres biens d'une valeur totale de cinquante livres. En 1829, le cens passe à 40 shillings pour les tenures et à cinq livres pour la location d'une terre; il demeure inchangé pour les locataires d'un logement. Dans les zones royales, un électeur doit occuper une tenure d'une valeur annuelle de 10 livres ou encore détenir une tenure¹⁶⁶.

En 1853, le droit de vote est accordé à tous les hommes qui résident à l'Île depuis au moins une année et qui sont tenus de fournir des journées de travail obligatoires ou leur équivalent monétaire, soit la grande majorité des adultes¹⁶⁷. Ceux qui ne remplissent pas cette condition, notamment les hommes âgés de soixante ans ou plus, peuvent voter s'ils détiennent un cens électoral semblable à celui qui existait auparavant. Celui-ci, selon une estimation de l'époque, couvrait déjà environ 70 % des

162. Garner, *ibid.* à la p. 32; S.N.S. 1854, 17 Vict., c. 6.

163. Garner, *ibid.* à la p. 33.

164. *Ibid.* à la p. 35; S.N.S. 1863, 26 Vict., c. 28.

165. Garner, *ibid.* aux pp. 43-44; S.P.E.I. 1806, 47 Geo. III., c. 3. Le délai de résidence minimal variera à plusieurs reprises par la suite.

166. Garner, *ibid.* aux pp. 44-45; S.P.E.I. 1829, 10 Geo. IV., c. 12.

167. Garner, *ibid.* à la p. 48; S.P.E.I. 1853, 16 Vict., c. 9.

hommes adultes¹⁶⁸. En 1862, le Conseil législatif devient également électif. Le cens électoral exigé pour voter lors de l'élection des membres de cette chambre est une tenure libre ou un bail d'une valeur de cent livres¹⁶⁹.

Au Nouveau-Brunswick, une loi de 1791 impose un cens électoral consistant à posséder une tenure libre d'une valeur nette de vingt-cinq livres pour les résidants et de cinquante livres pour les non-résidants. Les titres doivent avoir été enregistrés six mois avant l'émission du bref. En pratique, il semble que la plupart des occupants d'une terre publique peuvent voter avant d'avoir obtenu un titre officiel de propriété. De plus, les «hommes libres» de la ville de Saint-Jean détiennent le droit de vote s'ils possèdent des biens d'une valeur de vingt-cinq livres. Dans le comté d'Albert, 62,7 % des adultes de sexe masculin recensés en 1851 possédaient déjà le cens électoral en 1847, d'après le rôle d'évaluation entré en vigueur cette année-là; 80,9 % d'entre eux auront obtenu ce droit en 1857¹⁷⁰. Par ailleurs, un cens d'éligibilité est imposé pour tous les députés. Ceux-ci doivent détenir des immeubles d'une valeur de 200 livres dans le comté qu'ils représentent¹⁷¹. En 1842, ce montant est porté à 300 livres¹⁷².

En 1855, le cens électoral est accordé aux contribuables qui doivent payer des taxes sur un immeuble valant au moins vingt-cinq livres (qu'ils soient résidants ou non), à ceux qui possèdent des biens valant au moins cent livres et à ceux qui bénéficient d'un revenu atteignant au moins ce montant. Un registre des électeurs doit également être préparé¹⁷³. En général, le nombre d'électeurs inscrits dans les nouveaux registres est

168. Garner, *ibid.* à la p. 49; sur l'obligation de contribuer à l'entretien de routes, voir notamment S.P.E.I. 1861, 24 Vict., c. 2, art. 14.

169. Garner, *ibid.* à la p. 51; S.P.E.I. 1861, 25 Vict., c. 18.

170. Gail G. Campbell, «The Most Restrictive Franchise in British North America? A Case Study» (1990) 71 *Canadian Historical Review* 159-188, 175.

171. Garner, *supra* note 47 aux pp. 56-58; S.N.B.. 1791, 31 Geo. III, c. 17.

172. Garner, *ibid.* à la p. 64; S.N.B.. 1842, 5 Vict., c. 41.

173. Garner, *ibid.* aux pp. 68-70; S.N.B.. 1855, 18 Vict., c. 37.

substantiellement plus élevé que le nombre de votants lors de l'élection précédente. Néanmoins, en 1861, 21 % des hommes âgés de plus de seize ans font partie de la classe ouvrière et, selon toute vraisemblance, ne possèdent pas le cens électoral¹⁷⁴.

Au Bas-Canada, la législature ne peut modifier le cens électoral, mais elle est habilitée à retirer le droit de vote à certaines catégories de personnes. Ainsi, en 1834, elle décrète que les copropriétaires indivis d'un immeuble ne peuvent être électeurs, sauf dans le cas des cohéritiers. Cependant, la loi est désavouée par la suite, pour le motif qu'elle autorise les comités parlementaires à siéger après la prorogation de l'Assemblée¹⁷⁵. Pour sa part, en 1814, la législature du Haut-Canada impose un cens d'éligibilité consistant à posséder des tenures libres qui ne sont grevées d'aucune charge et qui valent au moins quarante livres provinciales, ou encore des biens taxables évalués à 160 livres provinciales¹⁷⁶. En 1818, dans le cas des tenures, le cens passe à quatre-vingt livres¹⁷⁷.

Au Canada-Uni, une loi de 1849 prévoit que le bénéficiaire d'une promesse de vente portant sur un immeuble d'une valeur annuelle équivalent à au moins quarante shillings peut bénéficier du cens électoral¹⁷⁸. Puis, en 1853, le droit de vote est accordé à un propriétaire, un locataire ou un occupant d'un immeuble inscrit au rôle d'évaluation dont la valeur nette est de 50 livres provinciales ou encore dont la valeur annuelle est de cinq livres provinciales¹⁷⁹. À l'intérieur des villes, la valeur annuelle de l'immeuble doit être de sept livres et demi. En outre, un registre des électeurs doit être préparé par les officiers municipaux, mais les élections sont déclenchées avant l'entrée en vigueur de cette

174. Garner, *ibid.* à la p. 72.

175. *Ibid.* à la p. 78; S.B.-C. 1834, 4 Wil. IV, c. 28.

176. Garner, *ibid.* à la p. 87; S.U.-C. 1814, 54 Geo. III, c. 4.

177. Garner, *ibid.* à la p. 88; S.U.-C. 1818, 58 Geo. III, c. 9.

178. Garner, *ibid.* à la p. 104; S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 27. Pour une présentation plus détaillée de l'évolution du cens électoral, voir Morin, «Chambre haute», *supra* note 118 aux pp. 47-50.

179. Garner, *supra* note 47 à la p. 107; S.P.C. 1853, 16 Vict., c. 153.

partie de la loi. Cela a pour effet de préserver temporairement le cens traditionnel prévu par la loi de 1849.

En 1858, le nombre de votes frauduleux atteint un sommet. La même année, une loi impose la préparation annuelle d'un registre des électeurs. Lors de l'élection suivante, en 1861, le cens augmente de manière importante, car la loi de 1853 est appliquée pour la première fois¹⁸⁰. Cela occasionne une baisse de 24 % des votes dans le Bas-Canada et d'à peine 1 % dans le Haut-Canada¹⁸¹. Toutefois, dans le premier cas, un nombre record de fraudes a été constaté lors de l'élection précédente. Après diverses modifications relatives aux critères d'évaluation de la valeur des immeubles, dans le Haut-Canada, une loi de 1866 prévoit que le cens électoral est de 600 \$ si un immeuble est situé dans une cité, de 400 \$ s'il est situé dans une ville, de 300 \$ dans un village incorporé et de 200 \$ dans un canton¹⁸².

Le pourcentage des électeurs au regard de l'ensemble de la population du Bas-Canada a été calculé à diverses dates. Aux fins de comparaison avec l'Angleterre, il peut être utile d'examiner quel pourcentage des hommes adultes possèdent ce droit. Or, dans ce même pays, ils représentent 25 % de la population totale au début du XIX^e siècle¹⁸³. En utilisant ce pourcentage, il est possible d'estimer de manière très conservatrice quelle proportion d'entre eux peut voter, en faisant abstraction du petit nombre de veuves ou de femmes célibataires qui ont aussi exercé ce droit, jusqu'à ce qu'il leur soit retiré¹⁸⁴. Les résultats obtenus sont les suivants : en 1792, 12,5 % de la population ou 50 % des hommes adultes ont ce droit¹⁸⁵; de 1792 à 1829, dans les comtés, 14 % de la population ou 56 % des hommes adultes peuvent voter¹⁸⁶; en

180. Garner, *ibid.* à la p. 111; S.P.C. 1858, 22 Vict., c. 82.

181. Garner, *ibid.* à la p. 115.

182. *Ibid.* aux pp. 115-116; S.P.C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 51 et c. 53.

183. O'Gorman, *supra* note 6 à la p. 179.

184. Voir partie II. B. 3, ci-dessous.

185. Fernand Ouellet, *Le Bas-Canada, 1791-1840, Changements structuraux et crises*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1976 à la p. 42 [Ouellet].

186. Bernard et Laforte, *supra* note 143 à la p. 39.

1854, 8,7 % de la population du Canada-Uni vote, soit 35,8 % des hommes adultes; en 1861, 13,5 % de la population est habilité à exercer ce droit, soit 54 % des hommes adultes¹⁸⁷. Des chiffres semblables ont été calculés pour diverses localités¹⁸⁸. Par ailleurs, lors des élections, les candidats peuvent demander à un électeur d'attester sous serment qu'il remplit les conditions pour voter et, le cas échéant, de décrire la propriété qui lui confère le cens. Si rien ne lui est demandé ou si le résultat de l'élection n'est pas contesté après qu'il a prêté serment, son vote sera accepté, même s'il n'aurait pas dû l'être. Ainsi, les règles du cens électoral peuvent être violées facilement, ce qui semble être assez fréquent dans la première moitié du XIX^e siècle¹⁸⁹.

Les estimations du pourcentage des hommes adultes qui bénéficient du droit de vote sont bien supérieures à celles qui ont pu être calculées pour l'Angleterre, mais ce tableau d'ensemble montre que l'on est encore loin du suffrage universel masculin. Celui-ci a été adopté par la France en 1848, ainsi que dans la majorité des États américains¹⁹⁰. Pourtant, au milieu du XIX^e

187. Garner, *supra* note 47 aux pp. 115 et 217.

188. En 1831, 8,5 % de la population de Saint-Hyacinthe ou environ 34 % des hommes adultes votent : Christian Dessureault, «L'élection de 1839 dans le comté de Saint-Hyacinthe : identités élitaires et solidarités paroissiales, sociales ou familiales» (2003) 36 *Histoire sociale* 281 à la p. 296. En 1831, dans le comté de Saint-Roch, 75 % des «chefs de ménage» peuvent voter (mais cette catégorie exclut les fils de famille adultes) : Jean-René Thuot, «Élites locales, institutions et fonctions publiques dans la paroisse de Saint-Roch-de-l'Achigan» (2003) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 173 à la p. 187. En 1834, sur l'Île d'Orléans, 83,8 % des chefs de ménage votent : Ouellet, *supra* note 185 à la p. 348. En 1825, dans les faubourgs de Montréal, 25 % des propriétés (522 sur 2 085) ont un revenu annuel moyen de six livres ou moins, alors que le loyer minimal requis pour pouvoir voter est de dix livres; en 1821, à Québec, dans le faubourg Saint-Roch, au moins les deux tiers des locataires ne peuvent voter : Canada, *Histoire du vote*, *supra* note 47 aux pp. 19-20.

189. Renaud Seguin, «Pour une nouvelle synthèse sur les processus électoraux du XIX^e siècle québécois» (2005) 16 (1) *Journal of the Canadian Historical Association* aux pp. 75-100 et 83-87 [Seguin].

190. En 1840, seuls trois États conservaient un cens électoral fondé sur la propriété, mais en 1856, ils l'avaient tous aboli. Toutefois, vers la fin du

siècle, il est souvent vu de manière défavorable dans les colonies de l'Amérique du Nord britannique, à tel point que le cens électoral y est parfois augmenté. En effet, celui-ci est perçu comme un gage de responsabilité et comme la contrepartie du paiement des impôts¹⁹¹. D'autres catégories de personnes seront également empêchées de voter à cette époque.

3. La privation du droit de vote

En 1789, en Nouvelle-Écosse, les catholiques sont autorisés à voter¹⁹². Depuis 1784, ils peuvent détenir des terres dans cette colonie¹⁹³. Or, cette loi s'applique au Nouveau-Brunswick après son détachement de la Nouvelle-Écosse. Ainsi, initialement, les catholiques peuvent aussi y voter. Toutefois, en 1786, la Chambre se prononce sur une requête en annulation d'élection et déclare que le vote des catholiques est invalide en vertu des lois d'Angleterre¹⁹⁴. Il faut attendre jusqu'en 1810 pour qu'une loi renverse cette décision¹⁹⁵. À l'Île-du-Prince-Édouard, les catholiques obtiennent le droit de vote uniquement en 1830¹⁹⁶. La même année, dans ces trois colonies, ils obtiennent le droit d'être élus, en raison de la réforme intervenue au Royaume-Uni¹⁹⁷. Dans le cas du Bas-Canada et du Haut-Canada, l'*Acte constitutionnel* de 1791 confère le droit de vote et d'éligibilité tant aux catholiques qu'aux protestants¹⁹⁸.

XIX^e siècle, des taxes de scrutin ou des tests de lecture sont imposés : Stanley L. Engerman et Kenneth L. Sokoloff, «The Evolution of Suffrage Institutions in the New World» (2005) 65 *Journal of Economic History* 891 à la p. 907.

191. Voir Garner, *supra* note 47, c. 1.

192. *Ibid.* à la p. 32; S.N.S. 1789, 29 Geo. III, c. 1.

193. Garner, *ibid.* à la p. 144; pour l'évolution à l'Île-du-Prince-Édouard, voir *ibid.* à la p. 145.

194. *Ibid.* à la p. 137.

195. *Ibid.* à la p. 138; S.N.B. 1810, 50 Geo. III, c. 36.

196. Garner, *ibid.* à la p. 45; S.P.E.I. 1830, 11 Geo. IV., c. 8.

197. Garner, *ibid.* aux pp. 140-143.

198. *Acte constitutionnel*, *supra* note 71, art. 24 et 29.

Au XVIII^e siècle, les catholiques, en leur âme et conscience, ne peuvent prononcer le serment du test imposé par les lois d'Angleterre, mais le serment d'État ne leur pose pas de problème particulier. Il n'en va pas de même pour les juifs, car la formule utilisée contient l'expression «conformément à la foi véritable d'un chrétien». Cela les empêche de voter et d'être élus. Au Bas-Canada et dans le Haut-Canada, le serment prévu par l'*Acte constitutionnel* ne contient pas ces termes. Afin de permettre aux catholiques de voter dans les Maritimes, un serment semblable est exigé d'eux à compter de 1789 en Nouvelle-Écosse, de 1810 au Nouveau-Brunswick et de 1830 à l'Île-du-Prince-Édouard. Par le fait même, l'obstacle que constituait pour les juifs la formulation antérieure est éliminé. Il n'en va toutefois pas de même pour les députés. Dans les Maritimes, ils sont tenus de prononcer l'ancien serment jusqu'en 1846. Cette année-là, les commissions des gouverneurs sont modifiées pour prévoir qu'un simple serment d'allégeance doit être prononcé¹⁹⁹.

Au Bas-Canada, en 1808, les députés refusent d'accepter que le député Ezekiel Hart prête serment sur le «Livre Moïse», sans s'être découvert. Ils l'expulsent alors de la Chambre, mais il est réélu lors des élections générales suivantes. Il prête alors serment sur le Nouveau Testament, mais les députés estiment qu'en tant que juif, il ne peut être lié par celui-ci. Ils refusent donc de lui permettre de siéger. Le secrétaire d'état aux colonies considère lui aussi que ce serment n'est pas valide. Pourtant, en 1831, la législature adopte sans opposition une loi qui accorde aux sujets britanniques de religion juive tous les droits dont jouissent les autres sujets²⁰⁰.

Contrairement à la Grande-Bretagne, au Bas-Canada, des femmes propriétaires (veuves ou célibataires) ont pu voter, jusqu'à ce qu'une loi de 1834 leur retire ce droit. Elle est toutefois désavouée l'année suivante, car elle autorise des comités

199. Garner, *supra* note 47 à la p. 148.

200. *Ibid.* aux pp. 148-150; S.B.C. 1831, 1 Wil. IV, c. 57. Les Quakers et les membres du clergé ont également fait l'objet de mesures discriminatoires : Garner, *ibid.* aux pp. 150-153.

parlementaires à siéger après la prorogation de la session²⁰¹. Une modification semblable intervient à l'Île-du-Prince-Édouard en 1836, au Nouveau-Brunswick en 1843, au Canada-Uni en 1849 et en Nouvelle-Écosse en 1853²⁰². Hormis à l'Île-du-Prince-Édouard, dans toutes ces colonies, des femmes avaient pu voter avant l'adoption de ces lois²⁰³.

En ce qui concerne les Autochtones, certains d'entre eux possèdent des terres sur lesquelles des maisons ont été construites. Ainsi, les Hurons (ou Wendats) du village de Lorette, près de Québec, votent en 1817 et 1834, tout comme les Mohawks de Khanawake, en 1824²⁰⁴. Dans le Haut-Canada, l'élection du chef des Six Nations, John Brant, est annulée en 1831, au motif que les locataires de terres situées sur le territoire attribué à cette communauté n'ont pas le cens électoral. En 1857, une loi du Canada-Uni prévoit que les Indiens qui seront émancipés, c'est-à-dire privés de leur statut, et qui obtiendront de ce fait un titre de propriété, pourront voter, mais cette mesure demeurera exceptionnelle²⁰⁵. En Nouvelle-Écosse, des Indiens nomades votent en 1840, même s'il semble évident qu'ils ne possèdent pas de terres. Puis, en 1854, la loi qui instaure le suffrage universel masculin exclut expressément les Indiens, mais en ce qui les concerne, la loi de 1863 qui réintroduit un cens électoral n'établit plus de distinction²⁰⁶. En Colombie-Britannique, l'arrêté en conseil impérial de 1870 accorde le droit de vote à tous les hommes adultes qui sont sujets britanniques et qui savent lire, de manière à exclure les Autochtones et les individus d'origine chinoise. Cette règle est reprise dans une loi de 1871²⁰⁷. Au Nouveau-Brunswick

201. Garner, *ibid.* aux pp. 156-158; S.B.-C. 1834, 4 Wil. IV, c. 28.

202. Garner, *ibid.* à la p. 155; S.P.E.I. 1837, 6 Wil. IV, c. 24; S.N.B. 1843, 6 Vic., c. 44; S.P.C. 1849, 12 Vic., c. 27, art. 46; S.N.S. 1851, 14 Vic., c. 2.

203. Canada, *Histoire du vote*, *supra* note 47 à la p. 18, pour un cas au Nouveau-Brunswick en 1830, dans le comté de Kent. Cet exemple n'est pas mentionné par Garner.

204. Seguin, *supra* note 189 aux pp. 86-87.

205. Garner, *supra* note 47 aux pp. 160-161; S.P.C. 1857, 20 Vict., c. 26.

206. Garner, *ibid.* à la p. 161; S.N.S. 1854, 17 Vict., c. 6; S.N.S. 1863, 26 Vict., c. 28.

207. Garner, *ibid.* aux pp. 127-130; R.S.B.C. 1871, c. 156.

et à l'Île-du-Prince-Édouard, les Indiens ne sont pas expressément privés du droit de vote. Toutefois, en règle générale, les terres qu'ils possèdent n'ont pas été concédées en tenure libre, même à l'intérieur des réserves, ce qui fait en sorte qu'ils n'ont pas le cens électoral.

Les diverses colonies que nous étudions ont adopté plusieurs lois accordant ou retirant le droit de vote aux étrangers («aubains») ou aux hommes naturalisés²⁰⁸. De nombreuses lois ou règles de procédure portent également sur les requêtes en annulation d'élections, qui doivent être entendues soit par la Chambre, soit par un comité spécialement constitué pour l'occasion. Elles prévoient parfois que les candidats ou leurs agents doivent s'opposer à un vote lors de l'élection pour pouvoir demander par la suite qu'il soit rejeté dans le cadre d'une requête en annulation²⁰⁹. À ce sujet, il convient de signaler que, de 1860 à 1863, des projets de loi destinés à conférer aux tribunaux le pouvoir d'entendre ces contestations sont débattus au Canada-Uni sans être adoptés²¹⁰.

Dans l'ensemble, la situation dans chacune de ces colonies est très variable en 1867, qu'il s'agisse du nombre de circonscriptions et de leurs frontières, des règles concernant les lieux de vote, de la durée du scrutin ou de l'obligation de résidence. La carte électorale est réajustée périodiquement par des lois, sauf au Canada-Uni, où ce processus est enrayé. En général, un ou deux députés sont élus dans chaque circonscription, même si par le passé, certains électeurs ont pu voter jusqu'à dix-huit fois lors d'une même élection (à l'Île-du-Prince-Édouard, en 1773). Seul le Nouveau-Brunswick a adopté le scrutin secret. Toutes les

208. Garner, *ibid.* c. 13.

209. *Ibid.* c. 14-15; sur l'origine historique du privilège de trancher la validité des élections, voir Stéphane Perrault, *Le contrôle judiciaire du droit de vote et d'éligibilité sous le régime de la Charte canadienne des droits et libertés : défis et limites*, thèse de doctorat, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1997 aux pp. 35-46 et 86-93 [Perrault].

210. Garner, *supra* note 47 aux pp. 212-213.

colonies ont imposé la confection d'un registre des électeurs, sauf l'Île-du-Prince-Édouard. Celle-ci semble accorder le droit de vote à la quasi-totalité des hommes adultes, tout comme la Colombie-Britannique. La Nouvelle-Écosse a franchi ce pas, mais elle revient à un suffrage censitaire en 1863. Au Nouveau-Brunswick, approximativement quatre hommes sur cinq peuvent voter s'ils sont adultes; au Canada-Uni, au moins un sur deux peut le faire. Néanmoins, l'élection d'un député se fait toujours à la majorité simple, en un seul tour et dans le cadre d'une seule circonscription (sauf lors des toutes premières élections, en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard et dans le Haut-Canada).

Si les exclusions fondées sur la religion ont disparu, diverses lois ont expressément privé les femmes du droit que leur conférait le cens électoral. Les Autochtones qui vivent sur leurs terres ancestrales ou dans des réserves peuvent difficilement le posséder. En Colombie-Britannique, le plus souvent, ils ne peuvent voter à cause de leur analphabétisme. Enfin, le gouvernement britannique a renoncé avec le temps à contrôler ces questions par une loi impériale ou par des interventions politiques. La *Loi constitutionnelle de 1867* va confirmer de manière éclatante cette volonté de laisser les législatures coloniales décider du système électoral qui leur convient le mieux.

III. Les législatures provinciales

La fédération des colonies britanniques de l'Amérique du Nord a nécessité la création d'un Parlement et d'un gouvernement central, ainsi qu'un partage des compétences législatives. Les débats qui ont précédé l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* (appelée à l'époque l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*) ont porté principalement sur ces questions, tandis que le statut des législatures provinciales et le système électoral ont très peu retenu l'attention (A). Par la suite, diverses modifications ont été effectuées au niveau fédéral ou provincial, dont il conviendra de souligner les caractéristiques principales (B).

A. La Loi constitutionnelle de 1867

L'examen des débats parlementaires montre que les règles électorales ne constituaient pas une préoccupation importante au moment où le projet de fédération a été discuté (1). Aussi bien au niveau fédéral que provincial, cette question relève du pouvoir législatif local (2). Les dispositions concernant les conseils législatifs montrent également que la composition des législatures est très variable (3).

1. Les débats parlementaires

La conférence tenue à Québec en octobre 1864 réunit des délégués provenant du Canada-Uni, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve, quoique l'Île-du-Prince-Édouard ait attendu jusqu'en 1873 pour se joindre à la fédération et Terre-Neuve, jusqu'en 1949²¹¹. Soixante-douze résolutions sont alors adoptées²¹². Dans la troisième, les délégués déclarent vouloir «autant que le permettront les circonstances, prendre pour modèle la Constitution anglaise». Les résolutions qui concernent le système électoral fédéral et celui des provinces seront reprises presque mot à mot dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Nous les résumerons donc brièvement. Initialement, les élections fédérales seront régies par les règles en vigueur dans chacune des colonies, jusqu'à ce que le Parlement en décide autrement. Le nombre de députés fédéraux attribué à chacune d'elles est prévu, de même qu'une révision périodique fondée sur le principe d'une représentation des provinces proportionnelle à leur population. Les membres du «Conseil législatif» (le futur Sénat canadien) doivent être nommés par le gouverneur en conseil. Chaque région (l'Ontario, le Québec et les Provinces maritimes, mis à part Terre-Neuve) y dispose d'un nombre égal de sièges. Enfin, les législatures ont pleine compétence pour modifier leurs institutions parlementaires :

211. En raison de son entrée tardive dans la fédération canadienne, nous n'avons pas examiné l'évolution du mode de scrutin dans cette colonie.

212. *Débats de 1865*, *supra* note 157 aux pp. 154-165.

41. Les gouvernements et les parlements des diverses provinces seront constitués de la manière que leurs législatures actuelles jugeront respectivement à propos d'établir.

42. Les législatures locales auront le pouvoir d'amender ou de modifier de temps à autre leur constitution.

En 1865, ces résolutions sont soumises aux chambres du Canada-Uni. Lors des débats, l'absence de consultation de l'électorat et l'abandon du principe électif à la chambre haute suscitent des discussions animées²¹³. Le principe du gouvernement responsable retient également l'attention des orateurs. Les modalités du scrutin sont à peine mentionnées, car elles demeureront inchangées et pourront être modifiées à l'avenir soit par le Parlement fédéral, soit par les législatures provinciales. Tout au plus, pendant ces débats, John A. MacDonald rappelle que l'année précédente, lors de la Conférence de Québec, aucun délégué n'a réclamé l'adoption du suffrage universel (masculin)²¹⁴. Pour sa part, George-Étienne Cartier affirme qu'aux États-Unis, les politiciens et les auteurs admettent tous «[...] que le gouvernement [...] est devenu impuissant par l'introduction du suffrage universel, en d'autres termes, que le pouvoir de la populace a supplanté l'autorité plus légitime»²¹⁵.

Des débats ont également eu lieu dans les Maritimes, à la Rivière-Rouge et en Colombie-Britannique²¹⁶. Si le suffrage universel trouve d'ardents défenseurs à la Rivière-Rouge, notamment en la personne de Louis Riel²¹⁷, si l'on s'inquiète dans les Provinces maritimes d'une trop faible représentation au

213. Voir notamment Morin, «Chambre haute», *supra* note 118 aux pp. 41-45.

214. *Débats de 1865*, *supra* note 157 aux pp. 35 et 39; voir également G.P. Browne, *Documents on the Confederation of British North America*, Montreal, McClelland and Stewart, 1969.

215. *Débats de 1865*, *supra* note 157 à la p. 58.

216. Voir Janet Ajzenstat *et al.*, dir., *Débats sur la fondation du Canada*, édition en langue française préparée et enrichie par Stéphane Kelly et Guy Laforest, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004 à la p. 17 [Ajzenstat *et al.*].

217. *Ibid.* aux pp. 129-131.

Parlement, les modalités du vote ne suscitent guère plus d'intérêt qu'au Canada-Uni. Les discussions portent plutôt sur l'opportunité de consulter la population par voie de référendum ou d'élections, ainsi que sur l'impact fiscal de la nouvelle union²¹⁸. À Londres, en 1866, le comte Carnarvon propose toutefois d'imposer un cens électoral uniforme pour les élections fédérales, mais sans succès. Il démissionne d'ailleurs en mars de l'année suivante, en affirmant que le projet de réduire le cens électoral en vigueur en Angleterre aura pour effet de le rendre moins élevé que dans les colonies britanniques²¹⁹.

2. Les chambres élues

La *Loi constitutionnelle de 1867* attribue à chaque province un certain nombre de députés à la Chambre des communes²²⁰. Elle prévoit que celui-ci doit être révisé après chaque recensement. Initialement, l'article 51 dispose que la population du Québec sera divisée par 65, soit le total de ses députés. Celle d'une autre province sera divisée à son tour par ce quotient afin de déterminer de manière proportionnelle sa représentation²²¹. Toutefois, celle-ci ne peut être réduite, sauf si le pourcentage de sa population dans l'ensemble du Canada a diminué de plus de cinq pour cent. Depuis 1915, l'article 51A exige toutefois que le nombre de représentants attribués à une province soit au moins égal à celui de ses sénateurs²²². Par la suite, les modalités de ce réajustement

218. Janet Ajzenstat, *The Canadian Founding, John Locke and Parliament*, Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 2007, c. 2; Andrew Smith, «Toryism, Classical Liberalism, and Capitalism: The Politics of Taxation and the Struggle for Canadian Confederation» (2008) 89:1 C.H.R. aux pp.1-25.

219. Martin, *supra* note 117 aux pp. 279 et 283.

220. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 1, art. 37.

221. Par exemple, en 1881, la population du Québec et celle de l'Ontario totalisaient 1 359 027 et 1 926 922 personnes : «Population of Canada, by province, census dates, 1851 to 1976», en ligne : Statistique Canada <http://www.statcan.gc.ca/pub/11-516-x/sectiona/A2_14-eng.csv>. Le quotient était de $1\,359\,027/65 = 20\,908,11$; le nombre de députés attribué à l'Ontario était donc de $1\,926\,922/20\,908,11 = 92,16$, arrondi à 92.

222. *Loi de 1915 sur l'Amérique du Nord* (R.-U.), 1915, 5 & 6 Geo. V, c. 45.

ont été modifiées à plusieurs reprises²²³. Si l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1946*²²⁴ était une loi impériale, en 1949, le Parlement est autorisé à modifier la Constitution du Canada, sous réserve d'exceptions qui ne sont pas pertinentes pour nos fins²²⁵.

Depuis 1982, le Parlement du Canada a conservé le pouvoir de modifier les dispositions de la Constitution concernant la Chambre des communes²²⁶. Néanmoins, le droit d'une province d'obtenir autant de députés que de sénateurs est expressément protégé par une disposition concernant la modification de la Constitution²²⁷, tout comme la garantie d'une représentation des provinces à la Chambre des communes qui soit proportionnelle à leur population²²⁸. Ce principe, qui était en 1864 une condition

223. Voir *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*, en ligne : Ministère de la Justice Canada <<http://lois.justice.gc.ca/fr/const/index.html>>.

224. (R.-U.), 1946, 9 & 10 Geo. VI, c. 63.

225. *Loi n° 2 de 1949 sur l'Amérique du Nord britannique* (R.-U.), 1949, 13 Geo. VI, c. 81 modifiant le par. 1 de l'article 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867* et l'a remplacé par le suivant (qui a été abrogé à son tour en 1982) :

La modification de temps à autre de la Constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujet que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelques catégories de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le parlement du Canada peut prolonger la durée d'une chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre.

226. *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 1, art. 44. Une modification portant sur la charge de la Reine ou du gouverneur général exige toutefois le consentement unanime des provinces : *ibid.*, art. 41 a).

227. *Ibid.*, art. 41 b), qui exige le consentement unanime des provinces.

228. *Ibid.*, art. 42 a), qui exige le consentement d'au moins les deux tiers des provinces représentant au moins 50 % de la population de l'ensemble des provinces.

fondamentale de l'union pour les représentants de l'Ontario²²⁹, a donc toujours connu des tempéraments, afin d'éviter que le nombre de sièges attribué à une province ne diminue trop brusquement. Depuis 1949, le Parlement a obtenu le pouvoir de définir ces exceptions. De toute manière, ces règles s'appliquent uniquement au nombre de députés attribué à une province, plutôt qu'à celui de la population comprise dans une circonscription. À cet égard, au niveau fédéral, il est presque inévitable qu'il y ait des variations importantes entre chaque province, pour tenir compte des intérêts de celles qui sont les moins peuplées²³⁰.

En ce qui concerne les modalités du scrutin fédéral, l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit le maintien des règles de chacune des colonies qui portent sur une longue liste de sujets ayant donné lieu à de multiples débats au cours du siècle précédent, en autorisant expressément le Parlement à les modifier²³¹. De même, les circonscriptions électorales initiales sont

229. Voir notamment Martin, *supra* note 117 à la p. 5; Paul Romney, *Getting it Wrong, How Canadians Forgot their Past and Imperilled Confederation*, Montreal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 1999.

230. Voir *Campbell c. Canada (P. G.)*, [1988] 25 B.C.L.R. (2d) 10, autorisation de pourvoi à la B.C.C.A. refusée, 27 B.C.L.R. (2d) xxxv.

231. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 1, art. 41 : «Jusqu'à ce que le parlement du Canada en ordonne autrement, toutes les lois en force dans les diverses provinces, à l'époque de l'union, concernant les questions suivantes ou aucune d'elles, savoir: l'éligibilité ou l'inéligibilité des candidats ou des membres de la chambre d'assemblée ou assemblée législative dans les diverses provinces, les votants aux élections de ces membres, les serments exigés des votants, les officiers-rapporteurs, leurs pouvoirs et leurs devoirs, le mode de procéder aux élections, le temps que celles-ci peuvent durer, la décision des élections contestées et les procédures y incidentes, les vacances des sièges en parlement et l'exécution de nouveaux brefs dans les cas de vacances occasionnées par d'autres causes que la dissolution, s'appliqueront respectivement aux élections des membres envoyés à la Chambre des Communes par ces diverses provinces.» Le deuxième alinéa, qui concerne le district d'Algoma en Ontario, prévoit que, en plus des électeurs détenant le cens électoral prévu par la loi en vigueur au Canada-Uni, «tout sujet anglais du sexe masculin, âgé de vingt-et-un ans ou plus et tenant feu et lieu, aura droit de vote» dans ce district, pour tenir compte de la présence de soldats. Les termes «de sexe masculin» ont été ajoutés lors de l'étude du projet de loi au Parlement de Westminster (Martin, *supra* note 117 aux

déterminées par l'article 40, «jusqu'à ce que le Parlement en ordonne autrement». De manière générale, chaque circonscription est représentée par un député, sauf Halifax, qui en élit deux²³². En outre, lors de l'admission de la Colombie-Britannique et de l'Île-du-Prince-Édouard, certaines circonscriptions élisent également deux députés²³³.

En ce qui concerne les provinces, l'article 70 prévoit qu'il y aura quatre-vingt-deux circonscriptions en Ontario, lesquelles sont décrites dans la première annexe. L'article 80 maintient au Québec les soixante-cinq circonscriptions du Bas-Canada, en autorisant la législature à modifier ce nombre ou leurs limites. Toutefois, en deuxième et en troisième lecture, un projet de loi changeant les limites des douze circonscriptions énumérées dans la deuxième annexe doit être adopté avec l'accord d'une majorité des députés que celles-ci élisent. En effet, leur population est, à l'époque, majoritairement anglophone. Cette partie de l'article 80 a été abrogée en 1970²³⁴. Pour les élections, l'article 84 reprend les termes de l'article 40, en faisant les adaptations qui s'imposent. En effet, il maintient en vigueur les règles électorales existant à l'époque au Québec et en Ontario, en autorisant les législatures de ces provinces à les modifier à l'avenir²³⁵. L'article 88 fait de même

pp. 289-290.) Ironiquement, cette précision sera utilisée par le Comité judiciaire du Conseil Privé pour conclure que dans les autres cas, le mot «personne» pouvait inclure les femmes, notamment pour leur nomination au Sénat : *Edwards c. Canada (P. G.)*, [1930] A.C. 124 à la p. 141.

232. *Loi constitutionnelle de 1867, supra* note 1, art. 40 (3).

233. Il en va ainsi pour la circonscription de Victoria (*Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*) et pour les trois comtés de l'Île-du-Prince-Édouard (*Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*).

234. *Loi concernant les districts électoraux*, S.Q. 1970, c. 7.

235. *Loi constitutionnelle de 1867, supra* note 1, art. 84 : «Jusqu'à ce que les législatures respectives de Québec et Ontario en ordonnent autrement, toutes les lois en force dans ces provinces respectives, à l'époque de l'union, concernant les questions suivantes ou aucune d'elles, savoir: l'éligibilité ou l'inéligibilité des candidats ou des membres de l'assemblée du Canada, les qualifications et l'absence des qualifications requises des votants, les serments exigés des votants, les officiers-rapporteurs, leurs pouvoirs et leurs devoirs, le mode de procéder aux élections, le temps que celles-ci peuvent durer, la décision des élections contestées et les

pour la «constitution de chacune des provinces de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick», sous réserve, évidemment, des dispositions de la nouvelle Constitution.

L'article 92 (1) autorise expressément les législatures à procéder à «[l']amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur». L'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reprend cette règle : «Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province»²³⁶. Ainsi, depuis 1867, le Parlement et les législatures ont toujours eu une compétence très étendue en ce qui concerne la modification des institutions parlementaires et du système électoral. Les restrictions à ce pouvoir ont été formulées de manière très précise. Pour le reste, ils jouissaient d'une discrétion politique très large, que les tribunaux n'ont pas cru bon de restreindre. Il s'en est suivi une grande diversité des systèmes électoraux et des institutions parlementaires des provinces, notamment quant à la présence d'une chambre haute.

3. Les conseils législatifs

Aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les trois régions qui se fédèrent sont représentées par vingt-quatre sénateurs²³⁷. Dans le cas du Québec, chacun d'eux représente

procédures y incidentes, les vacances des sièges en parlement, et l'émission et l'exécution de nouveaux brevets dans les cas de vacances occasionnées par d'autres causes que la dissolution, s'appliqueront respectivement aux élections des membres élus pour les assemblées législatives d'Ontario et Québec respectivement.» Là encore, nous avons omis l'alinéa concernant le district d'Algoma.

236. Une modification portant sur la charge du lieutenant-gouverneur exige toutefois le consentement unanime des provinces : *Loi constitutionnelle de 1982, supra* note 1, art. 41 a).

237. Initialement, le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse étaient représentés par douze sénateurs, mais il était prévu qu'après l'admission de l'Île-du-Prince-Édouard, ce nombre serait ramené à dix, de manière à octroyer quatre sièges à cette nouvelle province : *Loi constitutionnelle de 1867, supra* note 1, art. 22 et 147. À l'heure actuelle, les provinces de

l'une des circonscriptions électorales de l'ancienne chambre haute du Canada-Uni, sa vie durant. Les biens immeubles d'une valeur de 4 000 \$ qu'il est tenu de posséder doivent y être situés, tout comme son domicile; pour les autres sénateurs, il suffit que ces biens soient situés dans la province qu'ils représentent²³⁸. La règle particulière imposée au Québec peut avoir pour effet, indirectement, de garantir une certaine représentation anglophone.

En ce qui concerne les législatures provinciales, l'Ontario choisit de ne pas se doter d'un conseil législatif²³⁹. Pour sa part, le Québec décide d'en créer un, qui sera composé de vingt-quatre membres représentant les anciennes circonscriptions du Conseil législatif du Bas-Canada. Les qualifications exigées d'eux seront les mêmes que pour les sénateurs²⁴⁰. Cette chambre sera d'ailleurs abolie en 1968²⁴¹. La législature du Nouveau-Brunswick et celle de la Nouvelle-Écosse conservent la forme qu'elles avaient en 1867. Il en va de même de la Colombie-Britannique, qui joint la fédération en 1871; contrairement aux précédentes, sa législature n'a toutefois jamais comporté de seconde chambre.

À l'Île-du-Prince-Édouard, en 1873, la législature comprend un conseil législatif élu par des électeurs possédant des immeubles d'une valeur de 100 livres (en monnaie de 1862) et une assemblée élue par la grande majorité des hommes adultes. Les élections ont lieu simultanément, chaque circonscription étant représentée par un conseiller et un député, jusqu'à ce que les deux chambres soient fusionnées, en 1893²⁴². Ainsi, en 1866, un député de cette île opposé à la confédération conclut son intervention en disant : «Nous avons le suffrage universel et un

l'Ouest et Terre-Neuve ont droit à six sénateurs chacun et les territoires, à un (art. 22).

238. *Ibid.*, art. 22- 23 (3), (5).

239. *Ibid.*, art. 69.

240. *Ibid.*, art. 72-73.

241. *Loi concernant le Conseil législatif*, S.Q. 1968, c. 9.

242. Voir Morin, «Chambre haute», *supra* note 118 aux pp. 45-46.

Conseil législatif élu. Eux n'ont ni l'un ni l'autre»²⁴³. En ce qui concerne le Manitoba, en 1870, un conseil législatif est également créé, en plus d'une chambre élue²⁴⁴.

Ces exemples montrent que la composition des législatures provinciales ne se conforme à aucun modèle particulier. Le plus souvent, la deuxième chambre est composée de conseillers possédant une richesse foncière élevée, afin de pouvoir contrer les mesures adoptées par les députés qui seraient jugées trop radicales. Cette protection n'existe pas en Ontario et en Colombie-Britannique, tandis qu'elle prend la forme d'une élection par un électorat plus restreint à l'Île-du-Prince-Édouard. Tout comme le cens électoral, la présence d'une deuxième chambre et le mode de nomination de ses membres varient donc considérablement d'une province à l'autre.

B. L'évolution ultérieure au Québec et au Canada

Un bref survol des principales modifications intervenues au Québec et au Canada depuis 1867 permettra de mettre en évidence le type de difficultés qui a retenu l'attention du législateur. Il s'agit d'abord du droit de vote et de ses modalités (1), puis des règles discriminatoires (2). Cette présentation nous conduira à nous interroger sur la nature du pouvoir conféré aux législatures provinciales et à l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux mesures qui en découlent (3).

1. Le droit de vote et ses modalités

Les premières réformes intervenues au Québec après 1867 sont inspirées des modifications effectuées au Royaume-Uni et au Canada. En 1872, une loi confère aux juges de la Cour supérieure la compétence en matière d'annulation d'élections²⁴⁵; en 1875, le

243. Ajzenstat *et al.*, *supra* note 216 à la p. 72.

244. *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, 33 Vict., c. 3, art. 9-13.

245. *Acte des élections contestées*, S.Q. 1872, 36 Vict., c. 5; au fédéral, voir *Acte des élections fédérales contestées*, S.C. 1874, 37 Vict., c. 10.

scrutin secret est imposé²⁴⁶. D'autres modifications reflètent les valeurs locales. Ainsi, le cens d'éligibilité est aboli en 1882²⁴⁷. La possibilité de voter plus d'une fois, particulièrement à titre de propriétaire, disparaît en 1912²⁴⁸. Les dépenses électorales sont réglementées de 1875 à 1926, puis, après une longue période d'inaction législative, à compter de 1963²⁴⁹. La carte électorale est également modifiée à de très nombreuses reprises²⁵⁰.

D'autres amendements portent sur le cens électoral, dont l'importance diminue considérablement avec le temps²⁵¹. Dès 1892, 19 % de la population québécoise peut voter, soit 76 % des

246. *Acte électoral de Québec*, S.Q. 1875, 38 Vict., c. 7; au fédéral, voir *Acte des élections fédérales*, S.C. 1874, 37 Vict., c. 9, art. 45.

247. *Acte pour abolir la qualification foncière des députés à l'assemblée législative de Québec*, S.Q. 1882, 45 Vict., c. 7.

248. *Loi amendant la loi électorale de Québec*, S.Q. 1912, 2 Geo. V, c. 10, art. 9-10.

249. Bernard et Laforte, *supra* note 143 aux pp. 107-110 et 169-171; *Loi régissant le financement des partis politiques et modifiant la Loi électorale*, L.Q. 1977, c. 11.

250. Voir André Bernard, *Les inégalités structurelles de représentation – La carte électorale du Québec : 1867-1967*, thèse de doctorat, Faculté des sciences sociales, Université de Montréal, 1969, 3 t. La *Loi de la Commission permanente de la réforme des districts électoraux*, L.Q. 1971, c. 7, confie la révision de la carte électorale à un organisme non partisan, comme cela avait été fait quelques années plus tôt au fédéral (*Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, S.C. 1964, 13 Eliz. II, c. 31); voir sur cette question, entre autres, Ronald E. Fritz, «The 1990s Federal Boundaries Readjustments and the Charter» (1998) 61 Sask. L.R. aux pp. 467-493; Ron Levy, «Regulating Impartiality : Electoral-Boundary Politics in the Administrative Arena» (2008) 52 R.D. McGill aux pp. 1-57 et, dans une perspective comparative, Christopher Manfredi et Mark Rush, «Electoral Jurisprudence in the Canadian and U.S. Supreme Courts : Evolution and Convergence» (2007) 52 R.D. McGill aux pp. 457-493; Trevor Knight, «Electoral Justice for Aboriginal People in Canada» (2001) 46 R.D. McGill aux pp. 1064-1116; Nicholas Aroney, «Democracy, Community, and Federalism in Electoral Apportionment Cases : The United States, Canada, and Australia in Comparative Perspective» (2008) 58 U.T.L.J. aux pp. 421-479.

251. Bernard et Laforte, *supra* note 143 aux pp. 93-94 et 117-118.

hommes adultes²⁵²; en 1912, 23,9 % de la population peut le faire, soit 95,6 % des hommes adultes²⁵³. En 1936, le cens est aboli²⁵⁴. En ce qui concerne le Parlement fédéral, on assiste à une évolution en dents de scie. Initialement, les règles provinciales s'appliquent. En 1885, un cens électoral est imposé à la grandeur du Canada²⁵⁵. En 1898, une loi fédérale renvoie de nouveau aux règles provinciales²⁵⁶. Elle prive notamment du droit de vote les personnes hébergées dans une maison des pauvres ou dans un hospice soutenu par une municipalité, ou encore dans une institution de charité soutenue par le gouvernement provincial²⁵⁷. Par ailleurs, à cette date, le cens a déjà été aboli en Ontario, au Manitoba et en Colombie-Britannique²⁵⁸. Il le sera en 1902 à l'Île-du-Prince-Édouard, mais uniquement dans le cas des députés²⁵⁹.

252. Rappelons que nous avons estimé le pourcentage de la population que représentent les hommes adultes (soit ceux qui sont âgés de plus de vingt-et-un ans) à 25 %.

253. Bernard et Laforce, *supra* note 143 à la p. 118.

254. *Loi concernant l'élection des députés à l'Assemblée législative*, S.Q. 1936, 1 Ed. VIII (2e sess.), c. 8.

255. *Acte concernant le cens électoral*, S.C. 1885, c. 40; voir Canada, *Histoire du vote*, *supra* note 47 à la p. 49; Ben Foster, Malcom Davidson et R. Craig Brown, «The Franchise, Personators, and Dead Men : An Inquiry into the Voters' List and the Election of 1891» (1986) 57 C.H.R. aux pp.17-41.

256. *Acte du cens électoral de 1898*, S.C. 1898, c. 14.

257. *Ibid.*, art. 4; cette règle a survécu jusqu'en 1948 : *Loi modifiant la Loi des élections fédérales*, 1938, S.C. 1948, c. 46, art. 6 (3).

258. *An Act relating to an Act to make better provision for the Qualification and Registration of Voters*, S.B.C. 1875, c. 2; *An Act to establish Manhood Suffrage for the Legislative Assembly*, S.O. 1888, 51 Vic., c. 4, art. 3; *An Act to amend Chapter Twenty-nine (29) of Forty-nine (49) Victoria being «The Election Act of Manitoba, 1886»*, S.M. 1888, 51 Vic., c. 2, art. 3; Canada, *Histoire du vote*, *supra* note 47 à la p. 56.

259. *An Act to Amend the Act Passed in the I Edward VII, entitled «An Act to amend an Act respecting the Legislature»*, S.P.E.I. 1902, II Ed. VII, c. 3, art. 4. Cette modification concerne les électeurs âgés de plus de soixante ans qui se sont acquittés par le passé de leur obligation de contribuer à l'entretien des routes, en nature ou en argent. En effet, à partir de cet âge, ils sont exemptés de celle-ci. Auparavant, cela faisait perdre le droit de vote à ceux qui ne disposaient pas du cens électoral. Par ailleurs, dans chaque circonscription, un siège sur deux est attribué à un conseiller législatif; pour pouvoir élire celui-ci, un individu doit posséder

En effet, depuis 1893, le Conseil législatif et l'Assemblée législative ont été fusionnés. Chaque circonscription est alors représentée à la fois par un député et par un conseiller, mais ce dernier est élu au suffrage censitaire²⁶⁰. Il faut attendre jusqu'en 1963 pour que le cens en question soit aboli²⁶¹, la double représentation perdurant jusqu'en 1994²⁶². À l'autre extrémité du pays, elle a d'ailleurs survécu jusqu'en 1990²⁶³.

D'autre part, le suffrage universel masculin est instauré en 1906 en Saskatchewan²⁶⁴, en 1909 en Alberta²⁶⁵, en 1916 au Nouveau-Brunswick²⁶⁶ et en 1920 en Nouvelle-Écosse²⁶⁷. Au fédéral, il fait également son apparition en 1920²⁶⁸. Toutefois, au Nouveau-Brunswick, jusqu'en 1967, aux termes de la loi électorale, les individus demeurant dans une institution municipale hébergeant les personnes démunies financièrement ne peuvent voter²⁶⁹. En Nouvelle-Écosse, jusqu'en 1962, il en va de même des personnes qui ont bénéficié d'une aide publique destinée aux pauvres dans les deux ans qui précèdent l'élection, à l'exception de celles qui, à compter de 1932, se sont prévaluées

un cens électoral de 325 \$: *An Act to Amend «An Act respecting the Legislature»*, S.P.E.I. 1901, I Ed. VII, c. 4, art. 1-2, ann. 2-3.

260. *An Act respecting the Legislature*, S.P.E.I. 1893, c. 1.

261. *The Prince Edward Island Election Act*, S.P.E.I. 1963, c. 11.

262. *Electoral Boundaries Act*, S.P.E.I. 1994, c. 13.

263. *Electoral Districts Act*, S.B.C. 1990, c. 39.

264. *An Act respecting the Legislative Assembly*, S.S. 1906, c. 4, art. 9.

265. *An Act Respecting Elections of members of the Legislative Assembly*, S.A. 1909, c. 3, art. 11.

266. *An Act Respecting Elections to the Legislative Assembly*, S.N.B. 1916, 6 Geo. V, c. 15, art. 3. Les personnes bénéficiant de l'aide versée aux pauvres sont toutefois exclues.

267. *An Act to Amend Chapter 2, Acts of 1918, entitled, «An Act to Amend and Consolidate the Acts in Respect to the Electoral Franchise»*, S.N.S. 1920, 10 & 11 Geo. V, c. 49, art. 1. Les personnes qui reçoivent l'aide versée aux pauvres sont toutefois privées du droit de vote.

268. *Loi des élections fédérales*, S.C. 1920, c. 46.

269. *Elections Act*, R.S.N.-B. 1952, c. 70, art. 34 f), abr. par *Elections Act*, S.N.-B. 1967, c. 9, art. 130. Les institutions municipales hébergeant les pauvres avaient été supprimées en 1960 : *Social Assistance Act*, S.N.B. 1960, c. 9, art. 68, abrogeant le *Municipal Homes Act*, R.S.N.B. 1952, c. 152.

pour la première fois de deux lois provinciales visant respectivement les chômeurs et les pauvres²⁷⁰. Par ailleurs, certaines provinces de l'Ouest ont adopté pendant des périodes plus ou moins longues une forme de représentation proportionnelle dans les circonscriptions urbaines²⁷¹.

2. L'élimination de la discrimination

En 1867, les femmes sont privées du droit de vote dans toutes les provinces. Il faut attendre jusqu'en 1916 pour que les quatre provinces de l'Ouest modifient la situation, suivies de 1917 à 1922 par l'Ontario et les Provinces maritimes²⁷². Le Parlement

270. *Provincial Franchise Act*, R.S.N.-S. 1954, c. 228, art. 4b), mod. par *Elections Act*, S.N.S. 1962, c. 4, art. 191.

271. Voir *An Act to amend the «Manitoba Election Act»*, S.M. 1920, c. 33 et *An Act to amend the «Manitoba Election Act»*, S.M. 1924, c. 15; *An Act to amend the Election Act*, S.M. 1955, c. 33 (retour au système majoritaire); *An Act respecting the Election of Members of the Legislative Assembly*, S.A. 1924, c. 34; *An Act respecting the Election of members of the legislative Assembly*, S.A. 1956, c. 15 (retour au système majoritaire); en Colombie-Britannique, le système du vote transférable a été brièvement utilisé, mais il n'a rien de proportionnel. Il consiste à exiger la majorité absolue avant de déclarer un candidat élu dans une circonscription. Si celle-ci n'a pas été obtenue, celui qui a recueilli le moins de voix est éliminé; le deuxième choix du bulletin des électeurs qui ont placé ce candidat en première position est ensuite ajouté aux premiers choix recueillis par les autres candidats. Le processus se poursuit jusqu'à l'obtention de plus de 50 % des voix. *An Act to Amend the «Provincial Elections Act»*, S.B.C. 1951, c. 25; *An Act respecting Elections of Members of the Legislative Assembly*, S..C. 1953, c. 5 (retour au système majoritaire); Dennis Pilon, «The History of Voting System Reform in Canada» dans Henry Milner, dir., *Making Every Vote Count, Reassessing Canada's Electoral System*, Peterborough, Broadview Press, 1999 aux pp. 111-121; Dennis Pilon, «Explaining Voting System Reform in Canada, 1874 to 1960» (2006) 40:3 *Revue d'études canadiennes* aux pp.135-162; Pilon, *Politics of Voting*, *supra* note 42 aux pp. 79-83. De 1885 à 1894, la circonscription de Toronto était représentée par trois députés mais les électeurs disposaient uniquement de deux votes : *Franchise and Representation Act, 1885*, S.O. 1885, 48 Vic., c. 2, art. 10 (4); *An Act respecting the Representation of Certain Cities in the Legislative Assembly*, S.O. 1894, 57 Vict., c. 2, art. 1.

272. Canada, *Histoire du vote*, *supra* note 47 à la p. 67; R.E. Hawkins, «Lilian Beynon Thomas, Women's Suffrage and the Return of Dower to Manitoba» (1999-2000) 27 *Man. L.J* aux pp. 45-113; voir, dans l'ordre

fédéral fait de même en 1918²⁷³. En 1940, le Québec sera la dernière province à leur (ré-)accorder ce droit²⁷⁴. En 1885, une loi fédérale prive également du droit de vote les Indiens vivant dans les provinces de l'Ouest; dans les autres provinces, ce droit leur est conféré s'ils possèdent un lot qui a fait l'objet d'un arpentage, qui est situé dans une réserve et qui remplit les conditions fixées par le cens électoral²⁷⁵. Cette même loi précise que le terme «"Personne" signifie une personne du sexe masculin, y compris un sauvage, mais non compris une personne de race mongole ou chinoise»²⁷⁶. À compter de 1898, les règles provinciales s'appliquent de nouveau. Elles excluent souvent les Indiens²⁷⁷. En 1915, une modification législative québécoise fait de même pour ceux qui vivent dans une réserve²⁷⁸. En 1920, le Parlement adopte cette règle, sauf pour ceux qui ont servi dans les forces armées au cours de la guerre précédente²⁷⁹. Cette exclusion demeure en vigueur jusqu'en 1960, avec les adaptations nécessaires pour tenir compte des autres conflits mondiaux ou de cas particuliers. Cette année-là, les Indiens obtiennent le droit de vote²⁸⁰. En 1969, il en va de même au Québec²⁸¹.

chronologique de leur sanction : *An Act to amend the «Manitoba Election Act», S.M. 1916, c. 36; An Act to Amend the Statute law, S.S. 1916, c. 37; The Equal Suffrage Statutory Law Amendment Act, S.A. 1916, c. 5; An Act to extend the Electoral Franchise to Women, S.B.C. 1916, c. 76; Ontario Franchise Act, S.O. 1917, c. 5; Nova Scotia Franchise Act, S.N.S. 1918, c. 2; An Act to extend the electoral franchise to women, and to amend the New Brunswick Electors Act, S.N.B. 1919, c. 63; The Election Act, 1922, S.P.E.I. 1922, c. 5.*

- 273. *Loi ayant pour objet de conférer le droit de suffrage aux femmes*, S.C. 1918, c. 20. L'année précédente, deux lois avaient respectivement autorisé les infirmières à voter ainsi que les mères, les veuves, les épouses, les sœurs et les filles des personnes en service militaire : *Loi des électeurs militaires*, S.C. 1917, c. 34; *Loi des élections en temps de guerre*, S.C. 1917, c. 39.
- 274. *Loi accordant aux femmes le droit de vote et d'éligibilité*, S.Q. 1940, c. 7.
- 275. *Acte concernant le cens électoral*, *supra* note 255, art. 11 c).
- 276. *Ibid.*, art. 2.
- 277. Canada, *Histoire du vote*, *supra* note 47 à la p. 54.
- 278. *Loi modifiant la loi électorale de Québec*, S.Q. 1915, c. 17, art. 5.
- 279. *Loi des élections fédérales*, *supra* note 268, art. 29 (1).
- 280. *Loi électorale du Canada*, S.C. 1960, c. 39, art. 14.
- 281. *Loi modifiant la loi électorale*, S.Q. 1969, c. 13, art. 1.

De manière analogue, au Canada, de 1920 à 1948, les «personnes qui par les lois d'une province du Canada sont inaptes à voter pour un député [...] à cause de leur race» sont également inhabiles au fédéral²⁸². À cette époque, en Colombie-Britannique, les personnes d'ascendance chinoise sont privées de ce droit depuis 1874; celles qui sont d'origine japonaise le sont depuis 1895, et celles qui sont d'origine hindoue le sont depuis 1907²⁸³. En Saskatchewan, seule l'origine chinoise fait perdre le droit de vote²⁸⁴. De même, de 1934 à 1955, un «Doukhobor» ou encore toute personne qui aurait pu être exemptée du service militaire «parce que le port des armes répugne à ses croyances religieuses» et qui ne peut voter pour cette raison aux élections provinciales est privée de ce droit au niveau fédéral²⁸⁵. Les convictions religieuses des Doukhobors excluent d'ailleurs la participation aux conflits armés. En outre, ils font l'objet de dispositions particulières en Colombie-Britannique²⁸⁶.

L'évolution de la législation électorale au Canada résumée ci-dessus montre à quel point le droit de chaque être humain de voter était un acquis récent en 1982 : un cens électoral avait subsisté jusqu'en 1963 à l'Île-du-Prince-Édouard; jusqu'en 1960, les personnes hébergées dans une institution municipale accueillant les personnes démunies financièrement ne pouvaient voter aux élections néo-brunswickoises; jusqu'en 1969, il en allait de même lors des élections québécoises pour les Indiens domiciliés dans une réserve. En garantissant à chaque citoyen la possibilité

282. *Loi des élections fédérales*, supra note 268, art. 30 (1) c); *Loi modifiant la Loi des élections fédérales*, 1938, supra note 257, art. 6 (3).

283. *An Act to make better provision for the Qualification and Registration of Voters*, S.B.C. 1874, c. 12; *An Act to amend the «Provincial Voters' Act»*, S.B.C. 1895, c. 20, art. 2; *An Act to amend the «Provincial Elections Act»*, S.B.C. 1907, c. 16; Canada, *Histoire du vote*, supra note 47 aux pp. 79-82. Ces règles ont été abrogées en 1953 : *An Act respecting Elections of Members of the Legislative Assembly*, S.B.C 1953 (2nd sess.), c. 5, art. 3.

284. *An Act respecting Elections of Members of the Legislative Assembly*, S.S. 1908, c. 2, art. 11; cette règle a été abrogée en 1944 : *An Act to amend The Saskatchewan Election Act*, S.S. 1944, c. 2, art. 2.

285. *Loi du cens électoral fédéral*, 1934, S.C. 1934, c. 51, art. 4 (1) (xii); *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, L.C. 1955, c. 44, art. 4(1).

286. Canada, *Histoire du vote*, supra note 47 aux pp. 82-84.

de voter et d'être élu, la *Charte canadienne des droits et libertés* consacre le caractère universel de ces droits. Ce principe n'était pas pleinement respecté au moment de son adoption, par exemple dans le cas des prisonniers, des juges ou des personnes ayant des problèmes de santé mentale²⁸⁷. Néanmoins, cette mesure de protection a pour toile de fond un régime constitutionnel reconnaissant aux législatures une compétence pleine et entière sur la modification de la constitution de la province.

3. Un pouvoir constitutionnel autonome²⁸⁸

Dans le *Renvoi sur les circonscriptions électorales provinciales de la Saskatchewan*²⁸⁹, la Cour suprême a été appelée à tracer les limites que le législateur ne peut franchir en adoptant une carte électorale sous peine de rendre le droit de vote inefficace. En effet, selon la juge McLachlin, une loi qui résulte de l'exercice du pouvoir de modifier la constitution de la province est assujettie à la *Charte*²⁹⁰. L'objet du droit de vote est d'assurer une représentation effective, ce qui inclut une parité relative du pouvoir électoral dont dispose chaque citoyen, afin que son vote ne soit pas «indûment dilué»²⁹¹. Toutefois, des intérêts géographiques, historiques et collectifs peuvent justifier des écarts de population entre les circonscriptions, afin d'assurer une

287. Devant le Comité mixte du Parlement, seule l'opportunité d'inclure un âge minimal pour bénéficier du droit de vote a été discutée : Canada, Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada (1980-81), *Procès-verbaux et témoignages du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada*, 32^e lég. 1^{ère} sess., n° 43 aux pp. 80-90 (cité par Perrault, *supra* note 209 à la p. 2); sur l'interprétation de l'article 3, voir notamment Gerald-A. Beaudouin, «Les droits démocratiques» dans Gerald-A. Beaudouin et Errol Mendes, *Charte canadienne des droits et libertés*, LexisNexis Butterworths, Markham, 2005 aux pp. 361-409.

288. Tel que mentionné, cette section ne faisait pas partie du rapport produit dans l'affaire *Gibb*, *supra* note 2.

289. *Renvoi sur les circonscriptions électorales provinciales de la Saskatchewan*, [1991] 2 R.C.S. 158 [*Renvoi sur les circonscriptions*].

290. *Ibid.* à la p. 179.

291. *Ibid.* à la p. 188.

représentation effective²⁹². Bien qu'elle refuse d'admettre que «les inégalités de notre système doivent être acceptées simplement parce qu'elles ont un précédent historique»²⁹³, la juge McLachlin conclut que «le concept de la parité absolue du nombre d'électeurs ne s'accorde pas avec l'évolution du droit de vote dans le contexte canadien, et [qu']il n'offre pas la flexibilité nécessaire pour faire face aux difficultés d'ordre pratique inhérentes au gouvernement représentatif dans un pays tel que le Canada»²⁹⁴.

À notre avis, la même conclusion doit être tirée à propos du choix d'un mode de scrutin. En effet, la juge McLachlin ne manque pas de rappeler que «les tribunaux doivent se garder de modifier indûment les décisions dans lesquelles il faut soupeser des considérations de principe opposées»²⁹⁵. En 1993, la Cour conclut d'ailleurs que l'article 3 garantit uniquement le «droit de jouer un rôle important dans l'élection de députés» et qu'il ne s'applique pas aux référendums²⁹⁶.

L'assujettissement des lois électorales à l'article 3 de la *Charte* a été discuté à nouveau dans le cas d'une loi déclarant inéligible un député ayant commis une infraction électorale. Dans ses motifs minoritaires, auxquels souscrit la juge L'Heureux-Dubé, la juge McLachlin rappelle qu'historiquement, les députés avaient le pouvoir d'expulser ceux d'entre eux qui avaient commis une manœuvre frauduleuse ou illégale. Or, l'exercice d'un privilège parlementaire de ce genre n'est pas soumis à la *Charte*²⁹⁷. À son

292. *Ibid.* à la p. 184.

293. *Ibid.* à la p. 187.

294. *Ibid.* à la p. 189; sur les problèmes que pose aux États-Unis le principe de la parité absolue, voir Charles Paul Hoffman, «The Gerrymander and the Commission : Drawing Electoral Districts in the United States and Canada» (2005) 31 *Man. L.J.* aux pp. 331-359.

295. *Renvoi sur les circonscriptions*, *supra* note 289 à la p. 189. Pour une critique récente de cet arrêt, voir Brian Studniberg, «Politics Masquerading as Principles : Representation by Population in Canada» (2009) 34 *Queen's L.J.* aux pp. 611-668.

296. *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995.

297. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319. Sur le privilège parlementaire, on consultera, entre autres, Warren J. Newman, «Parliamentary Privilege,

avis, il en va de même pour une loi qui constitue l'exercice d'un pouvoir nécessaire à la dignité, à l'intégrité ou au bon fonctionnement de la législature, tel qu'une disposition prévoyant l'inéligibilité²⁹⁸. Toutefois, le principe de la majorité simple et les modalités du scrutin ont été établis par des lois bien avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans ce domaine, les députés n'ont jamais eu le pouvoir de procéder par simple résolution; les projets de loi pertinents devaient plutôt être adoptés par les deux chambres et sanctionnés par le représentant de la reine. Il n'existe donc pas de privilège parlementaire portant sur ces questions.

Dans l'affaire discutée ci-dessus, le juge La Forest, qui rédige les motifs de la majorité, refuse de se prononcer sur la question du privilège parlementaire, car elle n'a pas été débattue par les parties²⁹⁹. C'est pourquoi il tient pour acquis que l'article 3 s'applique, mais il conclut que la restriction imposée par la disposition législative en cause est justifiée aux termes de l'article 1. Il est toutefois disposé à admettre que l'article 3 ne s'applique pas dans tous les cas³⁰⁰ :

Cela ne signifie pas qu'il est impossible d'assortir le droit d'être candidat à une élection de limites ou restrictions qui ne violent pas l'art. 3 de la *Charte*. Un exemple évident est la limite prévue à l'art. 39 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui interdit aux sénateurs de se faire élire, de siéger ou de voter à titre de membres de la Chambre des communes.

the Canadian Constitution and the Courts» (2007-08) 39 R.D. Ottawa aux pp. 573-609 (LexisNexis).

298. *Harvey c. Nouveau-Brunswick (P. G.)*, [1996] 2 R.C.S. 876 aux par. 56-70 [*Harvey*]; voir également *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667 aux par. 33-34. Dans l'arrêt *Harvey*, la juge McLachlin passe insensiblement du pouvoir d'expulsion d'un député particulier à la règle plus générale d'inéligibilité imposée par la loi. Dans ce dernier cas, il est difficile de continuer à parler d'un privilège : voir Perrault, *supra* note 209 aux pp. 300-306; en sens contraire, Andrew Heard, «The Expulsion and Disqualification of Legislators : Parliamentary Privilege and the Charter of Rights» (1995) 18 Dal. L.J. aux pp. 380-407.

299. *Harvey*, *ibid.* au par. 119.

300. *Ibid.* au par. 26.

Cependant, au lieu de dire qu'une telle limite ne viole pas l'art. 3, il est plus exact d'affirmer qu'elle n'est pas assujettie à la *Charte*, car il est bien établi qu'on ne peut pas se fonder sur une partie de la Constitution pour invalider une disposition figurant dans une autre partie de ce texte. De même, on peut sérieusement soutenir que, en raison de la séparation des pouvoirs établie par notre Constitution, les dispositions législatives qui rendent les juges inhabiles à se faire élire député fédéral ou provincial ne violent pas l'art. 3. Je souligne toutefois que ces questions ne se posent en l'espèce.

Dans cette perspective, il est possible de soutenir que le choix d'un mode de répartition des votes entre les différents candidats représente l'exercice d'un pouvoir constitutionnel distinct³⁰¹. En lui-même, le système retenu est indifférent et le choix effectué échappe au contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*, qu'il s'agisse d'un système uninominal, binominal, majoritaire, proportionnel, à un ou à deux tours, etc. En revanche, les modalités retenues par le législateur peuvent être contestées, s'il s'avère qu'en pratique, elles n'assurent pas une représentation effective de l'ensemble de la population, par exemple en diluant «indûment» le vote de certains électeurs. Si cette contestation est accueillie, il appartiendra à la législature de décider quelle réparation est la plus appropriée : un changement du système, ou une bonification des dispositions législatives ou réglementaires qui sont à l'origine du problème³⁰². En effet, les tribunaux ne peuvent évaluer le mérite des modes de répartition des votes entre les candidats, car tous présentent des avantages et des inconvénients. En outre, ils ne peuvent être comparés dans l'abstrait³⁰³.

301. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 1, art. 84 (dans le cas du Québec et de l'Ontario) et *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 1, art. 45.

302. Voir notamment Perrault, *supra* note 209 aux pp. 409-410, n. 1300.

303. Très peu de pays utilisent un système proportionnel pur. Or, le scrutin proportionnel comporte de très nombreuses variantes; il peut même être combiné au scrutin majoritaire. Mentionnons le caractère régional ou national du vote proportionnel, le nombre de régions utilisées pour procéder à celui-ci, le pourcentage minimum des voix requis pour qu'un parti bénéficie d'un siège, le nombre de votes accordé à l'électeur, la

La Cour suprême du Canada adopte une approche semblable dans l'arrêt *Figueroa*, où le nombre minimal de candidats qu'un parti devait présenter pour être reconnu par la loi et bénéficier de certains avantages a été considéré trop élevé et déclaré inconstitutionnel³⁰⁴. Néanmoins, le juge Iacobucci, au nom des juges majoritaires, prend soin de préciser que l'article 3 de la *Charte* «ne fait pas état de la composition du Parlement ou de l'assemblée législative au terme de l'élection» et que «la *Charte* ne précise aucunement le type de système électoral dans le cadre duquel doit être exercé le droit de voter»³⁰⁵. S'exprimant au nom des juges minoritaires, le juge LeBel est du même avis : la conception d'un système électoral nécessite «des jugements de valeur politiques, décisions qui sont la prérogative du législateur, dans la mesure où elles n'ont pas pour effet de nier la possibilité de participer utilement au processus démocratique»³⁰⁶. En effet³⁰⁷:

possibilité pour celui-ci de choisir ou non des candidats inscrits sur les listes de différents partis, etc. Selon le choix effectué lors de la mise en place du système, le résultat sera plus ou moins proportionnel au pourcentage des voix exprimées et des écarts importants peuvent être observés. Cela peut être démontré par des simulations statistiques : Directeur Général des élections, *Les modalités d'un mode de scrutin mixte compensatoire*, Québec, Directeur général des élections, 2007; voir aussi Pilon, *Politics of voting*, *supra* note 42 aux pp. 119-123 et 132. Toutefois, nul ne conteste le fait que le système uninominal majoritaire à un tour crée parfois des disproportions énormes entre le pourcentage de votes et le nombre de sièges obtenus par un parti. Ainsi, en Colombie-Britannique, en 1996, le parti libéral a obtenu six sièges de moins que les néo-démocrates mais 37,534 votes de plus; au Québec, en 1998, le Parti Québécois a obtenu 42,9% des suffrages et 76 sièges, alors que le Parti libéral a bénéficié de 43,6 % des voix mais de seulement 48 sièges; en 1987, au Nouveau-Brunswick, le parti libéral a obtenu la totalité des sièges avec 60 % des voix (voir notamment Milner, *supra* note 42 aux pp. 236 et 270). En 2006, dans cette même province, le parti libéral a obtenu 46,8 % des voix mais 52,7 % des sièges, tandis que le parti conservateur a obtenu 47,1 % des voix mais seulement 47,7 % des sièges (Auteur inconnu, «Résultats des élections provinciales de 2006» (consulté le 5 août 2009), en ligne : Gouvernement du Nouveau-Brunswick <<http://www.gnb.ca/ELECTIONS/06prov/06provresults-f.asp>>).

304. *Figueroa c. Canada (P.G.)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912.

305. *Ibid.* aux par. 26 et 37.

306. *Ibid.* au par. 118.

La Constitution du Canada n'exige pas un système électoral démocratique particulier — que ce soit un système favorisant la proportionnalité et les aspects individuels de la participation au processus démocratique ou un système insistant davantage sur le centrisme et l'agrégation des préférences politiques — et ne commande pas que ce système soit immuable.

Cette position peut se justifier par le fait que la Constitution du Canada confère expressément au Parlement ou aux législatures la faculté de choisir entre différents systèmes électoraux, en soupesant les avantages et les inconvénients des différents modèles ou encore en s'interrogeant sur la pertinence de ceux qui existent, afin de tenir compte de l'évolution de la société. Dans cette perspective, les distorsions qui sont inhérentes au scrutin majoritaire uninominal à un tour ne sauraient autoriser la remise en question de celui-ci devant les tribunaux.

En revanche, les modalités retenues par le législateur peuvent être évaluées à l'aune de l'article 3 de la *Charte*, s'il est possible de montrer qu'elles compromettent les droits garantis par cette disposition. Par exemple, les règles portant sur la confection des listes électorales, les mises en candidature, le bulletin de vote, le vote par anticipation, les pièces d'identité requises, le dépouillement du vote ou le recomptage sont toutes susceptibles d'être contestées, même si, à l'heure actuelle, aucune d'entre elles ne semble problématique. De même, les tribunaux peuvent s'assurer que la délimitation des circonscriptions ne dilue pas «indûment» le vote de certains électeurs. Pour ce faire, ils examinent en premier lieu l'écart avec le nombre moyen d'électeurs, puis ils prennent en considération les différents critères retenus par la Cour suprême. Or, cette question est

307. *Ibid.* au par. 161; voir également par. 158, 181-183. Le juge Lefebvre a cité plusieurs passages de cet arrêt pour étayer sa conclusion, à savoir que l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne garantit pas un système électoral de type proportionnel : *Gibb*, *supra* note 2 aux par. 67-80; pour un argument en sens contraire, voir Trevor Knight, «Unconstitutional Democracy? A Charter Challenge to Canada's Electoral System» (1999) 57 U.T. Fac. L. Rev. aux pp. 1-42.

susceptible de se poser quel que soit le mode de scrutin choisi, à moins, évidemment, qu'il n'existe aucune circonscription électorale.

Si la distinction entre le choix du mode de scrutin et ses modalités devait être rejetée, il n'en demeurerait pas moins que l'article 3 de la *Charte* ne porte aucunement sur le nombre de votes accordé à l'électeur, le type de circonscription dans lequel il exerce ceux-ci et les règles de calcul qui permettent à un candidat d'être élu. De manière analogue, l'interdiction de publier le résultat de sondages dans les soixante-douze heures qui précèdent une élection³⁰⁸ ou la limitation des sommes qui peuvent être dépensées par des tiers pour acheter de la publicité³⁰⁹ ne portent pas atteinte à cette disposition. En somme, la situation n'a rien de comparable à une privation pure et simple du droit de vote, comme dans le cas des prisonniers. Dans cette hypothèse, la Cour suprême a refusé d'interpréter ce droit à la lumière d'intérêts collectifs opposés ou de faire preuve de retenue en décidant si cette restriction constituait une limite raisonnable dans une société libre et démocratique. À cette occasion, elle a souligné qu'il s'agissait «d'un des droits les plus fondamentaux» de la *Charte canadienne des droits et libertés* et d'une «pierre angulaire de la démocratie», car il existe un «[...] lien vital [...] entre la participation à l'élaboration de la loi et l'obligation de la respecter»³¹⁰. Or, tous les modes de scrutin, quels qu'ils soient, permettent une telle participation.

308. *Thompson Newspaper Co. c. Canada (P. G.)*, [1998] 1 R.C.S. 877 au par. 19 (motifs dissidents du juge Gonthier, avec l'accord du juge en chef Lamer et de la juge L'Heureux-Dubé) et aux par. 79-84 (motifs majoritaires du juge Bastarache qui refuse de trancher la question).

309. *Harper c. Canada*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827 aux par. 66-74.

310. *Sauvé c. Canada (directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519 aux par. 11-15 et 31.

CONCLUSION

Le système électoral anglais s'est transformé considérablement du XVIII^e au XX^e siècle. L'électorat était initialement très restreint, le vote avait lieu en public et de nombreuses circonscriptions étaient fort peu peuplées. Elles étaient représentées par deux députés, voire plus pendant de brèves périodes. Les réformes effectuées au XIX^e et au XX^e siècles ont égalisé graduellement le nombre d'habitants et de représentants attribués à chaque circonscription, instauré le scrutin secret et accordé le droit de vote aux hommes et aux femmes adultes. Aux XVIII^e et au XIX^e siècles, les législatures coloniales de l'Amérique du Nord britannique ont aussi modifié à la hausse ou à la baisse le cens électoral, déterminé les causes de privation du droit de vote (notamment dans le cas des femmes et des Autochtones), délimité les circonscriptions électorales, fixé le nombre de représentants attribué à celles-ci et choisi le lieu, la durée et les modalités du vote. À cet égard, les différences avec le modèle britannique ainsi que la diversité des solutions retenues sont frappantes.

En 1867, cette tradition bien établie est confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui reconnaît l'existence aussi bien d'une constitution propre à chaque province que du pouvoir de modifier celle-ci. Le choix du cens électoral, du mode de scrutin et de ses modalités ainsi que la délimitation des circonscriptions relèvent alors des législatures provinciales ou du Parlement canadien. Les premières ne comportent pas toutes des chambres hautes et, en toute hypothèse, elles sont libres de les abolir. Les principes qui sont enchâssés dans la Constitution, tel celui de la représentation aux Communes des provinces proportionnellement à leur population, sont peu nombreux. Là encore, les lois électorales varient considérablement d'une province à l'autre. Tant au fédéral qu'au provincial, plusieurs lois privent certaines catégories de personnes du droit de vote. Au XX^e siècle, elles sont éliminées très graduellement.

En 1982, l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à chaque citoyen le droit de voter et d'être éligible lors des élections fédérales ou provinciales. La Cour suprême du Canada en a déduit que la carte électorale ne peut avoir pour effet de diluer indûment le vote de certains électeurs. Néanmoins, la législature doit toujours choisir le mode de scrutin qui lui paraît le mieux adapté aux besoins de la société, qu'il s'agisse d'un système majoritaire uninominal ou plurinominal, à un tour ou à deux tours, totalement ou partiellement proportionnel, qui répartit ou non les votes à l'intérieur de régions, etc. Ce pouvoir constitutionnel ne peut être invalidé par une autre partie de la Constitution. En revanche, une fois qu'il a été exercé, la carte électorale ou les modalités particulières du scrutin peuvent être contestées, pour le motif qu'elles ont pour effet de compromettre le droit de vote. Le législateur doit donc effectuer un choix préalable en fonction de considérations politiques et sociales avant que ces questions puissent être soulevées devant les tribunaux.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES CONFLITS DE COMPÉTENCE ENTRE TRIBUNAUX SPÉCIALISÉS :
UNE QUESTION DE TEXTES OU DE CONTEXTES?

Auteur(s) : Christian BRUNELLE
Mélanie SAMSON

Revue : *RDUS*, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : **223-260**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11531>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11531>

Page vide laissée intentionnellement.

LES CONFLITS DE COMPÉTENCE ENTRE TRIBUNAUX SPÉCIALISÉS : UNE QUESTION DE TEXTES OU DE CONTEXTES? *

par Christian BRUNELLE**

Mélanie SAMSON***

Au Québec, les organismes administratifs sont nombreux à exercer des fonctions juridictionnelles dans le domaine du travail, et il n'est pas rare que leurs champs de compétence s'entrecoupent ou se chevauchent. S'il arrive que le législateur anticipe les éventuels conflits de compétence entre les tribunaux spécialisés et qu'il leur apporte des solutions législatives relativement claires, le contraire se produit aussi assez fréquemment. Lorsque plus d'une instance spécialisée semble compétente à l'égard d'un même litige, il incombe alors aux tribunaux judiciaires de déterminer le forum compétent. Conformément à la théorie officielle de l'interprétation des lois au Canada, les juges se donnent alors pour mission de dégager l'intention du législateur afin d'y donner pleinement effet.

De manière traditionnelle, c'est essentiellement par l'analyse des textes de loi que les tribunaux tentaient de déterminer à quelle instance le législateur entendait conférer compétence pour entendre un certain type de litiges. Plus récemment, les tribunaux semblent toutefois accorder une importance nettement accrue au contexte dans lequel s'inscrit le litige à trancher. Alors que l'accent a d'abord été mis sur le contexte factuel dans lequel s'inscrit le litige, voilà que la qualification juridique de ce même litige apparaît parfois comme une composante de ce contexte factuel. Cela étant, s'il paraît souhaitable que les tribunaux aillent au-delà des textes et qu'ils prennent en considération l'ensemble des éléments contextuels pertinents afin d'identifier le forum le plus adéquat où débattre d'un litige, les auteurs n'en déplorent pas moins l'incertitude accrue ainsi engendrée pour les justiciables.

*. Ce texte a fait l'objet d'une présentation lors d'une table-ronde sur le thème des conflits de compétence en droit administratif québécois organisée par l'Institut canadien d'administration de la justice (ICAJ), le 8 mai 2009, à l'hôtel Mortagne, Boucherville, Québec.

**.

Professeur titulaire, vice-doyen aux programmes de premier cycle et secrétaire, Faculté de droit, Université Laval; avocat et chercheur au *Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail* (CRIMT).

***.

Avocate et doctorante, Faculté de droit, Université Laval.

In Quebec, many specialized administrative tribunals have jurisdiction in matters relating to labour relations. It may occur that these tribunals' jurisdictions intersect or overlap. Although legislation has, on occasion, anticipated potential jurisdictional disputes and has dealt with these disputes by specific provisions, most of the time, however, it has fallen to the courts to settle which of two possible tribunals should have jurisdiction when the legislation appears to attributed competence to both. By applying the traditional tenet of statutory interpretation, namely the intent of the legislator, courts usually resolve jurisdictional disputes by seeking and giving effect to this intent.

The traditional approach to establishing the legislative intent involves an analysis of the actual text of the statute. More recently, however, courts have tended to attach greater importance to the factual context of the litigation itself. It would now appear that the legal characterization of the claim is viewed as a component of this factual context. Intuitively, it seems preferable that courts look beyond the text of the legislation and take into account a variety of contextual elements in order to determine the appropriate forum for resolving a particular issue. Nevertheless, the writers deplore the fact that this type of approach has led to greater uncertainty for litigants.

(2008-09) 39 R.D.U.S.	<i>Les conflits de compétence entre tribunaux spécialisés : une question de textes ou de contextes?</i>	225
-----------------------	---	-----

SOMMAIRE

I.	LES TRIBUNAUX SPÉCIALISÉS : DES CRÉATURES DE LA LOI.....	229
1.	La prolifération des tribunaux spécialisés et ses conséquences	230
2.	L'expression explicite des intentions législatives dans les textes	234
II.	LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES : DES RÉVÉLATEURS DE L'INTENTION DU LÉGISLATEUR	238
1.	Des intentions législatives implicites dégagées du contexte.....	239
2.	Le nouveau contexte d'incertitude.....	247
	CONCLUSION	258

L'histoire contemporaine atteste que «le progrès des idéologies égalitaires et démocratiques a amené l'État à dispenser une série de biens et de services et à régler lui-même des relations qu'il avait longtemps abandonnées à la volonté autonome des citoyens»¹. Sur le plan juridique, ces interventions se sont traduites par la prolifération de lois et de mesures gouvernementales visant à assurer la prise en charge, par l'État, de diverses responsabilités, tantôt pour assurer la protection de la population², tantôt pour rehausser son bien-être et favoriser ainsi l'harmonie entre ses membres et l'équité sociale³. Dans les faits, rares sont les domaines «où l'État n'est pas intervenu pour surveiller, contrôler ou réglementer»⁴. Cette multiplication des normes étatiques a «suscité la constitution, à l'extérieur du réseau des ministères et des cours de justice, de nombreux organismes spécialisés, dotés de fonctions judiciaires, rendant des décisions suivant un processus différent de celui des cours»⁵.

Un examen plus attentif de l'évolution historique de ces organismes «révèle que leur apparition n'est pas attribuable à un processus rationnel visant à résoudre les problèmes de l'administration publique»⁶ dans une perspective d'ensemble⁷.

1. Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur le projet de loi 130 intitulé Loi sur la justice administrative : présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale à Québec*, Québec, 1996 à la p. 1 [*Mémoire du Barreau du Québec*]. Voir aussi Jean Beetz, «Uniformité de la procédure administrative» (1965) 25 R. du B. 244.
2. *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.
3. Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008 aux pp. 800-801.
4. Denis Lemieux avec la collaboration de Marjolaine Paré, *Justice administrative : loi commentée*, 3^e éd., Brossard, Publications CCH ltée, 2009 à la p. 3 [Lemieux].
5. Québec, Ministère de la Justice, *Les tribunaux administratifs : rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs* par le Groupe de travail sur les tribunaux administratifs, Les Publications du Québec, 1987 à la p. 7 [*Rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs*].
6. Commission de réforme du droit du Canada, *Les organismes administratifs autonomes* (Rapport 26), Ottawa, 1985 à la p. 5 [*Les organismes administratifs autonomes*].
7. *Mémoire du Barreau du Québec*, *supra* note 1 à la p. 250. Voir aussi Lemieux, *supra* note 4 à la p. 3.

Pour tout dire, ils semblent «plutôt le produit d'interventions ponctuelles»⁸, «à la pièce, au gré des circonstances et de l'actualité politique et sociale»⁹. Dans un monde idéal où la raison et le bien commun primeraient sur toute autre considération, la cohérence organisationnelle et la planification à long terme seraient assurément des vertus politiques. Toutefois, quand l'horizon de certains parlementaires n'excède pas la durée d'un mandat législatif, cette vision idyllique de la démocratie parlementaire se heurte aux écueils de la réalité¹⁰. Faut-il dès lors se surprendre que la coexistence de tribunaux spécialisés¹¹ dans le système juridique débouche parfois sur des conflits de compétence?

-
8. *Les organismes administratifs autonomes*, supra note 6 à la p. 5.
 9. Michel Coutu et Georges Marceau avec la collaboration d'Annie Pelletier et Karine Pelletier, *Droit administratif du travail : Tribunaux et organismes spécialisés du domaine du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 2007 à la p. 148 [Coutu et Marceau].
 10. D'autres avant nous ont fait le constat que le processus législatif «fonctionne à la pièce» et évolue, parfois, «trop à courte vue», «sans emprunter une voie claire, réfléchie», à la faveur d'«une œuvre de bricolage amorcée au gré des contingences techniques et politiques immédiates». Voir notamment Fernand Morin, «L'adaptation des lois du travail aux besoins du XXI^e siècle : carence du processus législatif ou simple absence d'une réelle volonté?» dans Jean Bernier *et al.*, dir., *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Actes du LVI^e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001, c. 5, 109 aux pp. 127, 129 et 130.
 11. Pour les fins du présent texte, nous retiendrons cette expression, de préférence à celle de «tribunaux administratifs», parce qu'elle nous paraît plus inclusive. À titre d'exemple, le Tribunal des droits de la personne du Québec, constitué en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, peut difficilement être qualifié de «tribunal administratif», eu égard à sa structure, à sa composition et à son mode de fonctionnement. Il s'apparente, dans les faits, bien davantage à une «cour de justice spécialisée» (*Commission scolaire des Samares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2000] R.J.Q. 2542 au par. 26 (C.A.)) ou encore à un «tribunal judiciaire spécialisé», comme il se désigne lui-même (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville de) (SPVM)* (28 août 2008), Montréal 500-53-000284-081, J.E. 2008-1758 au par. 23 (T.D.P.Q.), requête en révision judiciaire rejetée (21 mai 2009), Montréal 500-17-045563-080, J.E. 2009-1201 (C.S.), requête pour permission d'appeler accueillie (3 septembre 2009), Montréal 500-09-019768-092, 2009 QCCA 1663).

Ainsi, même si ces tribunaux sont des créatures d'un seul et même législateur, il y a des différences notables entre eux. Dans la meilleure des hypothèses, le législateur se fait explicite et dote sa créature d'un encadrement juridique complet qui révèle assez clairement le type de litiges à l'égard desquels elle est compétente (I.).

Cette capacité d'anticipation connaît cependant des limites certaines. Lorsque le législateur se fait moins précis et utilise un langage qui jette le doute sur ses intentions véritables, il incombe aux tribunaux judiciaires de déterminer, parmi les instances spécialisées susceptibles d'être saisies du litige, celle qu'il faut privilégier. Conformément à la théorie officielle de l'interprétation des lois au Canada, les juges se donnent alors pour mission de rechercher l'intention du législateur afin d'y donner pleinement effet¹².

De manière traditionnelle, c'est essentiellement par l'analyse des *textes* de loi que les tribunaux tentaient de dégager cette intention. Plus récemment, ils semblent toutefois accorder une importance nettement accrue au *contexte* dans lequel s'inscrit le litige à trancher. Ainsi, alors qu'hier l'on tentait, plutôt simplement, d'appliquer le droit aux faits, voilà que les faits servent de plus en plus à préciser le droit. Pour le citoyen, la détermination du forum compétent pour statuer sur ses droits et obligations ne s'en trouve pas forcément facilitée (II.).

I. LES TRIBUNAUX SPÉCIALISÉS : DES CRÉATURES DE LA LOI

C'est sans doute un truisme de le dire, mais un tribunal spécialisé demeure essentiellement une «créature de l'État»¹³. Il est limité «à exercer le mandat conféré par la loi» et, par conséquent,

12. Pierre-André Côté avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009 aux pp. 6-7 [Côté].

13. *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22 à la p. 32, juge LaForest.

le pouvoir dont il dispose «lui vient du mandat conféré par la loi»¹⁴. La propension des élus à confier des mandats particuliers à des tribunaux spécialement créés à cette fin n'est pas nouvelle. Elle a connu une telle intensité au siècle dernier que le législateur en est venu à tisser un écheveau d'instances décisionnelles qui paraît inextricable, ce qui n'est pas sans conséquences pour les justiciables (1.). L'on sait cependant que «la compétence d'un tribunal établi par une loi doit se trouver dans une loi»¹⁵. À cet égard, l'on observe une grande diversité dans les techniques législatives et les termes employés pour délimiter la compétence des tribunaux spécialisés (2.).

1. La prolifération des tribunaux spécialisés et ses conséquences

Les tribunaux spécialisés sont apparus au Canada dès le début du XX^e siècle¹⁶. C'est toutefois à partir du début des années 1940 que «les organismes consultatifs, administratifs et quasi-judiciaires se sont multipliés dans divers domaines de l'activité économique et sociale, et plus particulièrement dans le domaine des lois du travail et de la sécurité sociale»¹⁷. Dans les faits, la

14. *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 à la p. 594, juge LaForest [*Douglas College*]. Voir aussi *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190 au par. 29, juges Bastarache et LeBel.

15. *Douglas College*, *ibid.* à la p. 595.

16. David J. Mullan, «Les tribunaux administratifs : leur évolution au Canada de 1945 à 1984» dans Ivan Bernier et Andrée Lajoie, dir., *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 175 à la p. 181 [Mullan]. Voir aussi Geneviève Cartier et Suzanne Comtois, «La reconnaissance d'une forme mitigée de dualité de juridictions en droit administratif canadien» dans H. Patrick Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 487 à la p. 503 [Cartier et Comtois].

17. Gérard Picard, «Juridiction des tribunaux du travail» (1961) 16 R.I. 354 à la p. 355. Voir aussi Gérard Dion, dir., *Les tribunaux du travail*, Actes du XVI^e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1961; René H. Mankiewicz, «Origine et essor du droit social : droit commun et droit de classe», *Bulletin des relations*

création de tribunaux spécialisés apparaît ni plus ni moins comme «un sous-produit de l'État providence»¹⁸.

Rapidement, les organismes spécialisés ayant le pouvoir de rendre justice ont acquis «un rôle important dans le contrôle d'un large éventail d'activités des particuliers et des sociétés»¹⁹. En 1964, le Québec comptait déjà 18 organismes exerçant principalement une fonction d'adjudication ou de régulation²⁰. Leur nombre avait grimpé à 22, en 1975, puis à 42 en 1984²¹. En 2006, il avait légèrement régressé à 36²².

Il importe de ne jamais perdre de vue la mission singulière dont ces tribunaux spécialisés sont investis :

À la différence du tribunal judiciaire de droit commun, un tribunal administratif n'exerce la fonction juridictionnelle que dans un champ de compétence nettement circonscrit. Il est en effet borné, par la loi qui le constitue et les autres lois qui lui attribuent compétence, à juger des contestations relatives à une loi en particulier ou à un ensemble de lois. Sa compétence ne s'étend donc pas à l'intégralité de la situation juridique des individus²³.

industrielles, septembre-octobre 1949 à la p. 4; Mullan, *ibid.* aux pp. 180-183; André Rousseau, «Le tribunal du travail» (1970) 25 R.I. 302 [Rousseau].

18. Cartier et Comtois, *supra* note 16 à la p. 504. Voir aussi Coutu et Marceau, *supra* note 9 aux pp. 8 et 10.

19. *Québec (P.G.) c. Blaikie et al.*, [1979] 2 R.C.S. 1016 aux pp. 1028-1029.

20. André Gélinas, *L'intervention et le retrait de l'État : L'impact sur l'organisation gouvernementale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2002 à la p. 310.

21. *Ibid.*

22. École nationale d'administration publique, *Les organismes gouvernementaux* à la p. 8, en ligne : École nationale d'administration publique <<http://netedit.enap.ca/etatquebecois/docs/ste/organisation/a-organismes.pdf>>.

23. Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2009 à la p. 421.

Partant, la détermination du tribunal compétent devient une étape cruciale pour l'exercice des droits et recours reconnus aux citoyens.

À ce chapitre, la multiplication des tribunaux administratifs «à un rythme effréné et sans la moindre cohésion apparente»²⁴ a rapidement eu des conséquences fâcheuses. En raison de la prolifération de petits organismes exerçant une compétence très ciblée, il est en effet devenu «difficile pour le citoyen ou même pour son conseiller de s'orienter correctement dans la structure complexe de l'appareil administratif [...] et de frapper à la bonne porte»²⁵. Les citoyens et leurs conseillers sont pour ainsi dire plongés dans un «labyrinthe d'adjudication»²⁶, témoins impuissants d'une sorte de «balkanisation des compétences»²⁷.

Plusieurs facteurs compliquent l'identification de l'instance décisionnelle la plus compétente pour entendre un litige. Une première difficulté résulte du fait qu'un même organisme se voit parfois conférer des pouvoirs par plusieurs lois différentes²⁸. Dès 1978, par exemple, la doctrine déplorait qu'il faille recourir à pas moins de huit lois pour déterminer la compétence du Tribunal du travail²⁹. Trente ans plus tard, on constate qu'au moins 31 lois

24. *Mémoire du Barreau du Québec*, *supra* note 1 à la p. 1.

25. *Rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs*, *supra* note 5 à la p. 62.

26. *Ibid.* à la p. 81. L'expression est tirée d'un mémoire de la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec.

27. *Ibid.*

28. Rousseau, *supra* note 17 à la p. 308 : «[À] cause de la multiplicité des organismes actuels, seuls des experts réussissent à s'y retrouver, car les règles varient selon le tribunal ou l'organisme et il faut rechercher dans un grand nombre de lois les règles attributives de compétence, et les normes régissant la procédure, la preuve et l'interprétation».

29. René Beaudry, «Le dédale des instances quasi judiciaires en matière de travail» dans André Rousseau, dir., *La réforme des lois du travail*, Montréal, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, 1979, 58 à la p. 59. Avec une compétence à la fois en matières civile et pénale, en première instance et en appel (René Beaudry, «Le tribunal du travail vu sous certains aspects» (1974) 20 McGill L.J. 341), ce tribunal du tra-

différentes attribuent une compétence au tribunal qui lui a succédé, soit la Commission des relations du travail³⁰.

Une seconde difficulté découle du fait qu'un même événement puisse parfois donner lieu à l'exercice de plus d'un recours³¹. Non seulement il n'est pas rare que les compétences de deux ou plusieurs instances spécialisées se chevauchent, mais en plus, il n'est pas toujours certain que l'existence de ces instances ait pour effet de priver les tribunaux de droit commun de leur compétence. C'est ainsi qu'un congédiement peut, selon les circonstances, donner ouverture à des recours devant l'arbitre de grief, la Commission des relations du travail, la Commission de la santé et de la sécurité du travail, le Tribunal des droits de la personne ou les tribunaux de droit commun³². Il faut convenir qu'une offre aussi diversifiée de voies de recours accroît sensiblement le risque de décisions contradictoires³³.

Comme nous allons le voir maintenant, des difficultés de cet ordre peuvent parfois trouver leur solution dans le libellé même des dispositions législatives qui confèrent un mandat à un tribunal spécialisé...

vail constituait manifestement l'archétype du tribunal spécialisé aux pouvoirs multiples.

30. *Code du travail*, L.R.Q. c. C-27, ann. I.

31. À titre d'exemple, le harcèlement discriminatoire constitue une matière où l'éventail des recours possibles apparaît considérable : Christian Brunelle, «La protection quasi constitutionnelle contre le harcèlement» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (2000)*, vol. 134, Cowansville, Yvon Blais, 2000 aux pp. 208-209.

32. Cette pluralité de recours n'est pas entièrement nouvelle. À ce sujet, voir Claude J. Denis et Alain Landry, «Au Québec, en cas de congédiement : une multiplicité de recours» (1981) 41 R. du B. 790; Rousseau, *supra* note 17.

33. *Rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs*, *supra* note 5 à la p. 62. Voir aussi Katherine E. Swinton et Kenneth P. Swan, «The Interaction Between Human Rights Legislation and Labour Law» dans Kenneth P. Swan et Katherine E. Swinton, dir., *Studies in Labour Law*, Toronto, Butterworths, 1983, 111 à la p. 113 : «To ignore such questions is to leave parties with the possibility of conflicting conclusions from different decision-making bodies, costly legal fees, and inconvenience.».

2. L'expression explicite des intentions législatives dans les textes

Il arrive que le législateur résolve «à l'avance les problèmes de chevauchements de compétence qui pourraient survenir»³⁴. Le législateur peut ainsi conférer expressément à un organisme une *compétence exclusive* pour agir dans des circonstances spécifiques. L'étude de la législation révèle que le législateur emploie couramment plusieurs expressions pour attribuer à un tribunal une compétence propre sur une situation donnée.

Premièrement, dans plusieurs lois, une «compétence exclusive» est explicitement attribuée à un tribunal spécialisé pour trancher un certain type de litiges. La Commission de la santé et de la sécurité du travail jouit d'une telle compétence aux termes de l'article 176 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*³⁵ :

La Commission a *compétence exclusive* pour examiner et décider toute question au sujet de laquelle un pouvoir, une autorité ou une discrétion lui est conféré [nos italiques].

C'est en des termes semblables que le législateur confère compétence à cette même commission en application, cette fois, de l'article 349 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*³⁶ :

La Commission a *compétence exclusive* pour examiner et décider toute question visée dans la présente loi, à moins qu'une disposition particulière ne donne compétence à une autre personne ou à un autre organisme [nos italiques].

34. À ce sujet, voir Coutu et Marceau, *supra* note 9 aux pp. 149-152.

35. L.R.Q. c. S-2.1 [L.S.S.T.].

36. L.R.Q. c. A-3.001 [L.A.T.M.P.].

Tout en ayant recours à la même formule, le législateur peut parfois circonscrire plus précisément la matière à l'égard de laquelle la «compétence exclusive» s'impose. Ainsi, la *Loi sur l'assurance automobile* utilise cette technique dans le cas de la Société de l'assurance automobile du Québec :

Sous réserve des articles 83.49 et 83.67, la Société a *compétence exclusive* pour examiner et décider toute question relative à l'indemnisation en vertu du [titre II de la Loi] [nos italiques]³⁷.

Deuxièmement, le législateur indique parfois qu'un organisme a compétence «à l'exclusion de tout autre tribunal». C'est justement l'expression qu'il a retenue à l'article 114, alinéa 2, du *Code du travail*³⁸ pour décrire la compétence de la Commission des relations du travail :

[...]

Sauf pour l'application des dispositions prévues aux articles 111.0.1 à 111.2, 111.10 à 111.20 et au chapitre IX, la Commission connaît et dispose, *à l'exclusion de tout tribunal*, d'une plainte alléguant une contravention au présent code, de tout recours formé en application des dispositions du présent code ou d'une autre loi et de toute demande qui lui est faite conformément au présent code ou à une autre loi. Les recours formés devant la Commission en application d'une autre loi sont énumérés à l'annexe I [nos italiques].

De façon similaire, l'article 369 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*³⁹ comporte une liste de recours sur lesquels la Commission des lésions professionnelles statue «à l'exclusion de tout autre tribunal» :

37. L.R.Q. c. A-25, art. 83.41.

38. *Code du travail*, *supra* note 30.

39. *L.A.T.M.P.*, *supra* note 36.

La Commission des lésions professionnelles statue, à l'exclusion de tout autre tribunal :

1° sur les recours formés en vertu des articles 359, 359.1, 450 et 451;

2° sur les recours formés en vertu des articles 37.3 et 193 de la Loi sur la santé et la sécurité du travail (chapitre S-2.1) [nos italiques].

L'article 14, alinéa 3, de la *Loi sur la justice administrative*⁴⁰ attribue compétence au Tribunal administratif du Québec dans des termes analogues :

[...]

Sauf disposition contraire de la loi, il exerce sa compétence à l'exclusion de tout autre tribunal ou organisme juridictionnel [nos italiques].

L'article 134.2 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁴¹ offre une autre illustration dans le cas, cette fois, de la Commission d'accès à l'information :

La Commission a pour fonction de décider, à l'exclusion de tout autre tribunal, des demandes de révision faites en vertu de cette loi et des demandes d'examen de mécontentes faites en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé (chapitre P-39.1) [nos italiques].

Troisièmement, dans certaines lois, le législateur affirme d'emblée que le tribunal spécialisé est «seul compétent» pour disposer de certaines questions. À titre d'exemple, l'article 11.1 de la *Loi sur le bâtiment*⁴² dispose que :

40. L.R.Q. c. J-3.

41. L.R.Q. c. A-2.1.

42. L.R.Q. c. B-1.1.

La Commission des relations du travail est *seule compétente* pour entendre toute question portant sur l'interprétation ou l'application des articles 2, 4, 4.1, 9, 10, 29, 41 et 42 et des règlements adoptés en vertu des paragraphes 1° à 5° de l'article 182 de la présente loi [nos italiques].

Enfin, il arrive aussi que le législateur énonce qu'un tribunal spécialisé décide «de tout litige» portant sur une question donnée. C'est ainsi que les articles 65 et 66 de la *Loi sur la fonction publique*⁴³ prévoient que «la Commission des relations du travail *décide de tout litige* sur l'exclusion ou l'inclusion effective d'un fonctionnaire» [nos italiques] dans un groupe déterminé de salariés.

Ces divers exemples tirés du corpus législatif québécois montrent que le législateur exprime souvent très clairement son intention de conférer une compétence *exclusive* à un tribunal spécialisé. Cette intention ressort alors sans peine de la simple lecture du texte de loi habilitant.

De façon similaire, il arrive que le législateur confère plutôt à un organisme une compétence *conditionnelle*, *discrétionnaire* ou *accessoire*⁴⁴ ou qu'il prévienne la compétence *concurrente* de deux instances. Le législateur a opté pour cette dernière solution en affirmant, à l'article 227 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*⁴⁵, que :

Le travailleur qui croit avoir été l'objet d'un congédiement, d'une suspension, d'un déplacement, de mesures discriminatoires ou de représailles ou de toute autre sanction à cause de l'exercice d'un droit ou d'une fonction qui lui résulte de la présente loi ou des règlements, peut recourir à la procédure de griefs prévue par la convention collective

43. L.R.Q. c. F-3.1.1.

44. À ce sujet, voir Coutu et Marceau, *supra* note 9 aux pp. 150-152.

45. L.S.S.T., *supra* note 35. Sur les raisons de cette dualité de recours, voir Gauthier c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2007] R.J.D.T. 1376 (C.A.) au par. 64, juge Vézina.

qui lui est applicable *ou*, à son *choix*, soumettre une plainte par écrit à la Commission dans les 30 jours de la sanction ou de la mesure dont il se plaint [nos italiques].

L'article 32, alinéa 2, de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*⁴⁶ aménage un pareil droit d'option à la faveur de la personne syndiquée qui subit une mesure préjudiciable du fait qu'elle est victime d'une lésion professionnelle ou qu'elle a exercé un droit reconnu par la loi :

[...]

Le travailleur qui croit avoir été l'objet d'une sanction ou d'une mesure visée dans le premier alinéa peut, à son *choix*, recourir à la procédure de griefs prévue par la convention collective qui lui est applicable ou soumettre une plainte à la Commission [...] [nos italiques].

Peu importe la limpidité des termes que le législateur emploie pour décrire le mandat de ses créatures, il n'en reste pas moins que celles-ci doivent pouvoir coexister dans l'ordre juridique. Or, comme la plupart de ces tribunaux spécialisés ont été conçus à des périodes différentes, à la pièce, de manière isolée, pour répondre à des préoccupations – notamment politiques – de toute nature, leur interaction ne va pas nécessairement de soi. C'est ainsi que les réalités pratiques atteignent parfois un tel niveau de complexité qu'elles en viennent à obnubiler l'intention première ou véritable du législateur. Il revient dès lors aux tribunaux judiciaires de dégager cette intention et d'en assurer le respect.

II. LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES : DES RÉVÉLATEURS DE L'INTENTION DU LÉGISLATEUR

S'il arrive que le législateur anticipe les conflits de compétence et leur apporte des solutions législatives claires, le contraire se produit aussi. En fait, il est fréquent que les cours de justice

46. L.A.T.M.P., *supra* note 36.

soient appelées à trancher des conflits de compétence, que ceux-ci opposent un tribunal spécialisé à un tribunal de droit commun, ou encore deux tribunaux spécialisés. Peu importe la situation en cause, une même méthode est appliquée par les juges pour dénouer l'impasse. L'intention du législateur est recherchée dans le texte des lois habilitantes, mais aussi dans le contexte élargi du litige (1.), d'où une inévitable part d'incertitude en fonction de l'entendement que le tribunal peut avoir du «contexte» pertinent (2.).

1. Des intentions législatives implicites dégagées du contexte

Au dire de la Cour suprême du Canada, «[i]l n'est pas facile de déterminer lequel de deux tribunaux susceptibles d'être saisis devrait trancher un litige [...] lorsque la loi semble attribuer compétence aux deux»⁴⁷. Pour ce faire, les tribunaux judiciaires ont traditionnellement cherché à identifier la volonté du législateur sur la question, et ce, par une étude approfondie des dispositions habilitantes de chacune des instances décisionnelles en cause. C'est d'ailleurs la méthode que la plus haute cour du pays a privilégiée pendant plus de vingt ans pour départager les domaines de compétence respectifs de l'arbitre de grief et des tribunaux de droit commun.

Dès 1986, dans l'affaire *St. Anne Nackawic*⁴⁸, la Cour accordait la plus grande importance à la recherche de l'intention du législateur, à travers les textes de loi, pour disposer du recours en dommages-intérêts intenté par un employeur dont les salariés avaient fait la grève, malgré l'interdiction de recourir à ce moyen de pression stipulée dans la convention collective et au mépris d'une ordonnance d'injonction⁴⁹. Suivant l'étude qu'elle faisait des dispo-

47. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (P.G.)*, [2004] 2 R.C.S. 185 au par. 7, juge en chef McLachlin [ci-après *Morin*].

48. *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704 [*St. Anne Nackawic*].

49. *Ibid.*

sitions législatives pertinentes et de la jurisprudence antérieure⁵⁰, la Cour retenait que «les griefs et les procédures d'arbitrage prévus par la Loi et consacrés par une prescription législative dans les termes d'une convention collective constituent le recours *exclusif* dont disposent les parties à une convention collective pour son application» [nos italiques]⁵¹. Par conséquent, lorsque les dommages-intérêts «constituent le juste dédommagement pour un acte accompli en violation de la loi et de la convention collective, [ils] peuvent à bon droit être obtenus au cours d'un arbitrage fondé directement sur les termes de la convention collective, et non au cours d'une action devant les tribunaux fondée sur les termes de la loi»⁵². La Cour édictait en quelque sorte une politique judiciaire appelant à «une attitude de respect de la part des juges envers la procédure d'arbitrage»⁵³.

La Cour allait franchir un pas additionnel – et considérable – dans la même direction, en 1995, dans l'arrêt *Weber*⁵⁴. Elle devait alors déterminer dans quels cas les parties qui ont convenu de résoudre leurs différends par voie d'arbitrage sous le régime d'une convention collective peuvent intenter une action en responsabilité délictuelle. L'employeur, qui soupçonnait un salarié de feindre un mal de dos pour soutirer, sans droit, des prestations d'assurance-maladie prévues par la convention collective, avait eu recours aux services de détectives privés qui avaient visité le domicile du salarié sous de fausses identités. Sur la foi des informations ainsi obtenues, l'employeur avait suspendu le salarié. La Cour devait décider si ce salarié syndiqué pouvait intenter une action en justice contre son employeur pour violation des droits qui lui étaient garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁵.

50. Sur ce procédé d'interprétation, voir Côté, *supra* note 12 à la p. 629 et s.

51. *St. Anne Nackawic*, *supra* note 48 au par. 20, juge Estey.

52. *Ibid.* au par. 32.

53. *Ibid.* au par. 20.

54. *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929 [*Weber*].

55. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Pour répondre à cette question, les juges de la majorité se lançaient à la recherche de l'intention du législateur et s'arrêtaient aux termes du paragraphe 45 (1) de la *Loi sur les relations de travail*⁵⁶ de l'Ontario – tel qu'il se lisait alors :

Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue inexécution de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage.

La Cour interprétait cette disposition législative à la lumière de la jurisprudence antérieure et en fonction de son libellé et des effets pratiques de chacune des interprétations qu'il était susceptible de recevoir⁵⁷.

Dans les motifs qu'elle rendait au nom de la majorité, la juge McLachlin relevait le fait que le modèle de la compétence exclusive de l'arbitre de grief était tout à fait conforme au libellé du paragraphe 45 (1) de la *Loi sur les relations de travail*⁵⁸, qu'il concordait avec la position adoptée antérieurement par la Cour et qu'il exauçait «le souhait que la procédure de règlement de litige établie par les di-

56. *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1 ann. A [*Loi sur les relations de travail*].

57. Weber, *supra* note 54 aux par. 40, 49 et 58, juge McLachlin. Notons qu'en s'intéressant ainsi aux conséquences de chacune des interprétations possibles, la Cour suprême du Canada semblait déroger à la doctrine officielle de l'interprétation des lois. Sur cette question, voir Côté, *supra* note 12 à la p. 10. «[...] les résultats de l'application ne doivent pas, en principe, influencer sur l'interprétation, car l'interprète, en portant un jugement de valeur sur les conséquences de l'application, se substituerait alors au législateur». La distinction étanche qu'elle établit entre l'interprétation de la loi et son application est d'ailleurs l'un des aspects les plus critiqués de la théorie officielle de l'interprétation des lois. Sur cette question, voir Stéphane Beaulac et Pierre-André Côté, «Driedger's «Modern Principle» at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization» (2006) 40 R.J.T. 131 aux pp. 159-162; Côté, *ibid.* aux pp. 18-19.

58. *Loi sur les relations de travail*, *supra* note 56.

verses lois sur les relations du travail au pays ne soit pas doublée ou minée par des actions concomitantes»⁵⁹.

Elle se disait «d'avis que les clauses d'arbitrage obligatoire comme le par. 45 (1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario confèrent en général une compétence exclusive aux tribunaux du travail pour entendre tous les litiges qui résultent de la convention collective. Dans chaque cas, il s'agit de déterminer si le litige, *considéré dans son essence*, résulte de la convention collective» [nos italiques]⁶⁰, que ce soit «expressément ou implicitement»⁶¹.

L'on aurait pu croire que c'est la qualification juridique du litige, déterminée en fonction des règles de droit invoquées par la partie demanderesse, qui serait le meilleur révélateur de l'«essence» du litige. Or, cette approche – fondée davantage sur l'étude du *droit* applicable que des *faits* auxquels il doit être appliqué – était répudiée en termes non équivoques : «[...] ce n'est pas tant la qualification de la demande sur le plan juridique qui importe que de savoir si les faits entourant le litige sont visés par la convention collective»⁶². En clair, «il faut s'attacher non pas à la qualité juridique du tort, mais aux faits qui donnent naissance au litige»⁶³. Il s'agit de savoir si le «comportement reproché»⁶⁴, «l'essence de la conduite»⁶⁵ de l'employeur en l'espèce, s'insère «dans le contexte de la convention»⁶⁶. Ainsi, «il faut comprendre que c'est l'essence du différend entre les parties et non le cadre juridique dans lequel le litige est posé qui déterminera le tribunal qui convient pour régler l'affaire»⁶⁷.

59. Weber, *supra* note 54 au par. 58.

60. *Ibid.* au par. 67.

61. *Ibid.* au par. 54.

62. *Ibid.* au par. 44.

63. *Ibid.* au par. 49.

64. *Ibid.* au par. 70.

65. *Ibid.* au par. 73.

66. *Ibid.* au par. 71.

67. *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967 au par. 6, juge McLachlin.

Pour conclure que l'arbitre de grief était seul compétent pour statuer sur l'allégation d'atteinte aux droits constitutionnels du salarié, la Cour accordait donc une très grande importance au *contexte* factuel à l'origine du litige.

En 2000, la Cour reprenait la même méthode contextuelle dans l'arrêt *Regina Police*⁶⁸. Elle devait cette fois déterminer qui, de l'arbitre de grief ou des instances disciplinaires constituées en vertu de la *Loi sur la police* [*The Police Act*]⁶⁹, était le tribunal compétent pour statuer sur le cas d'un policier syndiqué qui avait démissionné pour échapper à une inculpation disciplinaire de conduite déshonorante, mais qui, après coup, soutenait que sa démission avait été obtenue sous la contrainte et s'assimilait plutôt à un congédiement déguisé.

Là encore, la Cour se livrait à «[l']examen de la nature du litige» pour «en déterminer l'essence». «Cette détermination», réaffirmait-elle, «s'effectue compte tenu non pas de la façon dont les questions juridiques peuvent être formulées, mais des faits entourant le litige qui oppose les parties»⁷⁰ : «Pour déterminer l'essence du litige, nous devons examiner le contexte factuel dans lequel il est né, et non pas sa qualification sur le plan juridique»⁷¹. Après avoir passé en revue ce «contexte factuel», la Cour concluait que l'objet du litige n'était pas expressément ou implicitement régi par la convention collective. «L'essence du litige est demeurée disciplinaire»⁷², jugeait-elle. Cela étant, elle estimait, après étude de la *Loi sur la police*, que le législateur avait prévu «un régime complet» pour l'examen et le règlement des affaires disciplinaires et ainsi «démontré l'intention d'assujettir toutes les questions de discipline à *The Police Act* et au Règlement»⁷³.

68. *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Board of Police Commissioners)*, [2000] 1 R.C.S. 360 [*Regina Police*].

69. *Police Act*, S.S. 1990-91, c. P-15.01.

70. *Regina Police*, *supra* note 68 au par. 25, juge Bastarache.

71. *Ibid.* au par. 29.

72. *Ibid.* au par. 36.

73. *Ibid.* au par. 34.

En 2004, dans l'arrêt *Morin*, la Cour suprême va subrepticement revoir sa méthode d'analyse, sans pour autant abandonner la méthode contextuelle. Rappelons qu'en 1997, dans un effort concerté pour tenter d'atteindre l'objectif du «déficit zéro», le gouvernement du Québec et la Fédération des syndicats de l'enseignement de la Centrale des syndicats du Québec s'entendaient pour modifier la convention collective alors en vigueur dans le réseau de l'éducation, de manière à ce que l'expérience acquise par les enseignants, au cours de l'année scolaire 1996-1997, ne soit ni reconnue ni comptabilisée. Dans les faits, ce gel de la progression salariale et de l'ancienneté avait relativement peu d'effets sur une majorité d'enseignants plus expérimentés qui avaient déjà atteint le sommet de l'échelle de rémunération. Toutefois, les plus jeunes enseignants ayant peu d'expérience alléguaient que la mesure avait sur leur groupe des effets préjudiciables disproportionnés.

Plutôt que de s'en remettre au syndicat dûment accrédité pour défendre leurs droits, un groupe de jeunes enseignants formait l'*Association de défense des jeunes enseignants du Québec (ADJEQ)* et incitait leurs collègues à déposer une plainte de discrimination fondée sur l'âge à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse⁷⁴. Pas moins de 13 400 plaintes étaient ainsi acheminées à la Commission qui, après enquête, décidait de saisir le Tribunal des droits de la personne du litige. La jugeant irrecevable, le Procureur général du Québec, les commissions scolaires et les syndicats d'enseignants allaient faire bloc pour contrer la demande au motif que l'arbitre de grief était seul compétent pour en disposer. Saisie de l'affaire en dernier ressort, la Cour suprême concluait que le Tribunal des droits de la personne était compétent pour entendre l'affaire.

L'on a vu que dans sa jurisprudence antérieure, la Cour s'intéressait d'abord à l'essence du litige, qu'elle déterminait en fonction du «contexte factuel dans lequel il est né», pour ensuite faire «l'examen de la convention collective afin de déterminer si le

74. Christian Brunelle, «L'émergence des associations parallèles dans les rapports collectifs de travail» (2002) 57:2 R.I. 282.

litige est visé par ses dispositions»⁷⁵. Cette grille d'analyse est ici sensiblement modifiée à la faveur de «deux étapes connexes» :

La première consiste à examiner les dispositions en cause et ce qu'elles prévoient au chapitre de la compétence de l'arbitre. La seconde — qui s'impose logiquement puisqu'il faut déterminer si le litige relève du mandat conféré par la loi — consiste à se pencher sur la nature du litige et à se demander s'il appert de la loi qu'il est du ressort exclusif de l'arbitre. La seconde étape favorise une plus grande adéquation entre le tribunal et le litige [...] ⁷⁶.

Après avoir relevé que l'arbitre de grief dispose d'une compétence *exclusive* «sur toute question liée à la mise en œuvre de la convention collective»⁷⁷, d'une part, et que le Tribunal des droits de la personne est investi d'une compétence qui «n'est pas exclusive»⁷⁸, mais qui est tout de même «étendue au chapitre des droits de la personne au Québec»⁷⁹, d'autre part, la Cour précise en ces termes la deuxième étape de sa grille d'analyse :

Pour la seconde étape, soit l'examen du litige afin de déterminer s'il ressortit exclusivement à l'arbitre, il faut prendre en considération tout le contexte factuel de l'affaire. La qualification juridique du litige — la constatation qu'il a trait à la responsabilité délictuelle, aux droits de la personne ou à un contrat de travail — n'est pas déterminante. Il faut se demander si le législateur a voulu que le litige, considéré dans son essence et non de façon formaliste, soit du ressort exclusif de l'arbitre⁸⁰.

Alors que la Cour affirmait jusque-là que la qualification juridique du litige ne devait pas être prise en considération pour déterminer son essence, elle se limite ici à dire qu'elle «n'est pas

75. *Regina Police*, *supra* note 68 aux par. 29-30, juge Bastarache.

76. *Morin*, *supra* note 47 au par. 15.

77. *Ibid.* au par 16, juge en chef McLachlin.

78. *Ibid.* au par. 19.

79. *Ibid.* au par. 18.

80. *Ibid.* au par. 20.

déterminante». Faut-il en déduire que cette qualification juridique conserve néanmoins une certaine pertinence? La suite des motifs permet de l'affirmer⁸¹.

En effet, sous prétexte d'analyser le «contexte factuel» de l'affaire, la Cour s'intéresse en fait à la *qualification juridique* du litige, lequel, juge-t-elle, met «essentiellement en cause le processus de négociation et l'insertion de la clause dans la convention collective»⁸² par opposition à sa «mise en œuvre»⁸³. Ainsi, elle *qualifie juridique-ment* le litige comme en étant un qui porte sur «la négociation ayant précédé [la] signature» de la convention collective, c'est-à-dire sur «le processus ayant mené à l'adoption de la clause tenue pour discriminatoire»⁸⁴ – par opposition à un litige qui porterait sur l'application ou l'interprétation de la convention collective. Puisque, selon la Cour, le litige portait «sur une allégation de discrimination dans la formation de la convention collective et sur la validité de celle-ci»⁸⁵, le Tribunal des droits de la personne avait compétence pour en disposer.

Considérant au surplus que la disposition contestée de la convention collective touchait des centaines d'enseignants, la Cour ajoute que le Tribunal des droits de la personne présente une «plus grande adéquation» avec le litige qu'un arbitre nommé pour entendre un grief individuel dans le cadre établi par le *Code du travail*⁸⁶. On comprend donc que les faits ont aussi influencé le choix du forum approprié.

-
81. *Ibid.* au par. 46. Dans son opinion dissidente, le juge Bastarache ne manque pas de souligner la chose : «La Juge en chef dit maintenant que la qualification juridique entre en jeu même si elle n'est pas déterminante. Je ne vois aucune justification à ce changement de cap.»
82. *Ibid.* au par. 23, juge en chef McLachlin.
83. *Ibid.* au par. 24.
84. *Ibid.*
85. *Ibid.* au par. 25.
86. *Code du travail*, *supra* note 30.

Toutefois, la qualification juridique du litige apparaît désormais pertinente pour déterminer le forum compétent⁸⁷, un peu comme si cette qualification juridique faisait dorénavant partie intégrante du «contexte factuel» pertinent pour dégager l'essence du litige. D'ailleurs, dans un passage de l'arrêt *Bisaillon*⁸⁸ rendu en 2006, la Cour semble donner autant d'importance à la qualification juridique qu'au «contexte factuel». Elle indique bien qu'au moment de «déterminer l'essence du litige», «il ne faut pas chercher *uniquement* à déterminer la nature juridique du litige. Au contraire, l'analyse doit *aussi* porter sur l'ensemble des faits entourant le litige qui oppose les parties» [nos italiques]⁸⁹.

2. Le nouveau contexte... d'incertitude

La doctrine, comme la jurisprudence, reconnaissent depuis longtemps que l'interprétation d'une loi doit tenir compte du contexte⁹⁰. Traditionnellement, les tribunaux avaient toutefois tendance à considérer essentiellement le contexte d'énonciation de la loi⁹¹. Dans cette optique, ils recherchaient l'intention du législateur dans les débats parlementaires et autres travaux préparatoires de la loi⁹².

Particulièrement depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les interprètes de la loi tendent toutefois à reconnaître au contexte une importance accrue et une portée plus large⁹³. Ils prennent ouvertement en considération non seulement

87. Pour une critique de cette interprétation, voir Denis Nadeau, «L'arrêt *Morin* et le monopole de représentation des syndicats : assises d'une fragmentation» (2004) 64 R. du B. 161.

88. *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666 au par. 31.

89. *Ibid.*

90. Danielle Pinard, «La "méthode contextuelle"» (2002) 81 R. du B. can. 323 à la p. 362 [Pinard]. L'auteure cite notamment Côté, *supra* note 12 à la p. 323 : «Sans aller jusqu'à prétendre que les mots n'ont pas de sens en eux-mêmes, on doit admettre cependant que leur sens véritable dépend partiellement du contexte dans lequel ils sont employés.» [renvois omis].

91. *Ibid.* aux pp. 362-363.

92. Sur le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation des lois, voir Côté, *supra* note 12 à la p. 501 et s.

93. Pinard, *supra* note 90 aux pp. 363-364.

le contexte d'adoption de la loi, mais aussi celui de son interprétation et de son application⁹⁴. En fait, il semble que plusieurs éléments «contextuels» puissent désormais être pris en compte dans l'interprétation de la loi⁹⁵. Le processus d'interprétation de la loi à la lumière de son contexte élargi fait ainsi une place aux lois connexes⁹⁶, mais aussi au contexte social dans lequel la loi doit être appliquée⁹⁷ de même qu'au substrat pragmatique de l'affaire en jugement⁹⁸. L'idée tend en effet à s'imposer qu'un droit n'acquiert une signification précise qu'«en fonction des éléments structurant la situation où il est posé comme norme de référence»⁹⁹.

Autrement dit, on remarque un glissement vers une méthode d'interprétation plus «empirique»¹⁰⁰, plus «concrète»¹⁰¹, qui se veut en fait plus «pragmatique»¹⁰². Une interprétation «conscien-

-
94. Stéphane Beaulac, *Précis d'interprétation législative : Méthodologie générale, Charte canadienne et droit international*, Montréal, LexisNexis, 2008 à la p. 127 [Beaulac].
 95. Luc Bégin et Yannick Vachon, «L'interprétation contextuelle : pour le meilleur et pour le pire?» dans Marie-Claire Belleau et François Lacasse, dir., *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 à la p. 721 [Bégin et Vachon]. Voir aussi Pinard, *supra* note 90.
 96. *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559 au par. 44 et s. Voir aussi Beaulac, *supra* note 94 à la p. 166 et s.
 97. *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484. Voir aussi Pinard, *supra* note 90 à la p. 327 et s.; François Ost, «Retour sur l'interprétation» dans Andreas Auer, dir., *Aux confins du droit : essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, 111 aux pp. 122-123.
 98. Pinard, *supra* note 90 à la p. 326. Voir aussi H. Wade MacLauchlan, «Approaches to Interpretation in Administrative Law» (1988) 1 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 293 à la p. 316.
 99. Luc Bégin, «L'internationalisation des droits de l'homme et le défi de la "contextualisation"» (2004) 53 *Rev. Interdiscipl. Et. Jur.* 63 à la p. 74 [Bégin].
 100. Pinard, *supra* note 90 à la p. 356.
 101. Constantin M. Stamatis, «La concrétisation pragmatique des normes juridiques» (1993) 31 *Rev. Interdiscipl. Et. Jur.* 1 [Stamatis].
 102. 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919 au par. 161, juge L'Heureux-Dubé. Voir aussi Stéphane Beaulac, «L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international» (2005) 27 *S.C.L.R.*

cieuse» de la loi ne peut plus «se faire sans prendre en considération à la fois le texte de la [l]oi et la réalité dans laquelle elle s'inscrit»¹⁰³. Valable pour les lois ordinaires comme pour les lois constitutionnelles¹⁰⁴, «la méthode contextuelle moderne manifeste une saine préoccupation d'intégration du droit dans le réel»¹⁰⁵.

La jurisprudence récente relative aux conflits de compétence s'inscrit parfaitement dans ce courant pragmatique qui se dessine en droit québécois et canadien. Déjà dans l'arrêt *Weber*¹⁰⁶, la Cour suprême du Canada avait accordé une importance particulière au contexte factuel dans lequel prenait place le conflit de compétence qui lui était soumis. Dans l'arrêt *Morin*, les juges de la majorité sont allés plus loin en posant une nouvelle grille d'analyse qui a pour effet d'accorder également une place certaine à la qualification juridique du litige dans la détermination de l'essence du litige. Le «contexte factuel» se voit dès lors «enrichi» d'une dimension juridique que la Cour a longtemps jugée non pertinente.

L'ajout de cette nouvelle dimension à la méthode d'analyse apparaît de nature à en accroître la complexité d'application. Certes, la recherche de l'intention du législateur demeure au cœur de l'analyse, mais la gamme des facteurs pertinents pour dégager cette intention semble connaître un élargissement.

Cela étant, la méthode d'analyse pour déterminer le forum compétent connaît au moins trois étapes. À la première étape, largement consensuelle, il importe de tenir compte de l'objet de chacune des lois habilitantes et du libellé de chacune des dispositions

(2d) 1 à la p. 25; Jeanne Simard, «L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique» (2001) 35 R.J.T. 549 à la p. 617; Stamatis, *ibid.*; Ruth Sullivan, «Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada» (1999) 30 R. D. Ottawa 175 à la p. 178.

103. *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670 au par. 44, juge L'Heureux-Dubé.

104. Pinard, *supra* note 90 à la p. 365.

105. *Ibid.* à la p. 366.

106. *Weber*, *supra* note 54.

attributives de compétence¹⁰⁷. Cette première étape correspond en fait à la démarche effectuée depuis toujours par les tribunaux judiciaires chargés de trancher des conflits de compétence opposant des tribunaux spécialisés aux tribunaux de droit commun, d'une part, ou opposant des tribunaux spécialisés entre eux, d'autre part. L'examen des dispositions habilitantes a en effet tout à fait sa place au début du processus de détermination du forum approprié. «Chronologiquement parlant, il est normalement approprié de débiter par une analyse du texte législatif afin de voir comment s'[y] est pris le législateur pour communiquer avec les justiciables. Il est donc exact de dire que c'est dans le texte que l'on doit débiter la recherche de l'intention du législateur»¹⁰⁸.

La deuxième étape, explicitée dans les arrêts *Weber*¹⁰⁹ et *Regina Police*¹¹⁰, accorde une importance déterminante aux faits qui ont donné naissance au litige. C'est le *contexte factuel* de l'affaire à juger qui permet de déterminer l'essence du litige et de décider ainsi du forum approprié.

Une troisième étape, inférée de l'arrêt *Morin*, invite à qualifier juridiquement le litige de manière à prendre également en compte le cadre juridique dans lequel s'inscrit la demande.

Il est relativement rare que la première étape suffise, en elle-même, pour dénouer un conflit de compétence. Le tribunal doit certes interpréter les textes de loi habilitants, mais il doit aussi confronter l'interprétation qu'il en fait aux circonstances de l'espèce¹¹¹. Le plus souvent, la première étape apparaît donc sim-

107. *Québec (P.G.) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, [2004] 2 R.C.S. 223 au par. 35 et s., juge Binnie. Voir aussi *Amalgamated Transit Union, Local 583 v. Calgary (City of)* (2007) 75 Alta. L.R. (4th) 75 (Alta C.A.) au par. 43.

108. Beaulac, *supra* note 94 à la p. 51.

109. *Weber*, *supra* note 54.

110. *Regina Police*, *supra* note 68.

111. Friedrich Müller, *Discours de la méthode juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1996 à la p. 14 : «La concrétisation de la norme ne se limite pas à un travail d'interprétation puis de qualification»; «l'analyse

plement comme un passage obligé vers les deuxième et troisième étapes. Toutefois, le poids respectif de ces dernières dans l'analyse reste à déterminer, ce qui constitue forcément une source d'incertitude pour les justiciables. Selon l'importance relative que les juges accordent aux textes et aux contextes, les résultats peuvent varier sensiblement. Voilà pourquoi la problématique des conflits de compétence demeure si actuelle.

En droit du travail tout particulièrement, ces conflits sont pour le moins nombreux¹¹². En 2008 et 2009, la Cour d'appel du Québec a eu à se prononcer sur la compétence de l'arbitre de grief par rapport à celles du Tribunal des droits de la personne du Québec (TDPQ), de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) et de la Commission des relations du travail (ci-après CRT). Alors que les tribunaux départagent désormais généralement les compétences de l'arbitre de grief, du Tribunal des droits de la personne et de la CSST en fonction du contexte de l'affaire qui leur est soumise, force est de constater que les textes de loi habilitants semblent demeurer l'élément-clé pour trancher les conflits de compétence opposant l'arbitre de grief à la CRT.

- ***Le cas de la discrimination (TDPQ vs arbitre de grief)***

L'arrêt *Morin* n'a pas marqué la fin des conflits de compétence opposant l'arbitre de grief au Tribunal des droits de la personne. Déjà en 2005, la Cour d'appel du Québec avait dû revenir sur cette question à deux reprises. Chaque fois, le *contexte* de l'affaire en cause a joué un rôle déterminant.

Dans l'arrêt *Université Laval*¹¹³, la Cour d'appel du Québec a conclu que le Tribunal des droits de la personne était le forum le plus adéquat pour trancher un litige portant sur une situation de

des faits emporte avec elle des arguments décidant de la solution du cas d'espèce».

112. Sur la particularité du droit du travail à ce chapitre, voir Coutu et Marceau, *supra* note 9 à la p. 148.

113. *Université Laval c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2005] R.J.Q. 347 (C.A.).

discrimination salariale systémique en raison du sexe. La Cour d'appel est parvenue à cette conclusion parce que tout comme dans l'affaire *Morin*, le litige, lorsque considéré «dans son contexte factuel»¹¹⁴, mettait essentiellement en cause le processus de négociation et l'insertion d'une entente discriminatoire dans la convention collective¹¹⁵. Le même raisonnement allait plus tard être suivi dans l'arrêt *Université de Montréal*¹¹⁶.

Toujours en 2005, la Cour d'appel du Québec a conclu dans l'arrêt *Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain*¹¹⁷ que le Tribunal des droits de la personne était le forum le plus approprié pour trancher un litige découlant de la sexualisation de certains postes dans le secteur de la santé, une mesure qui avait pour but d'assurer le respect des droits à la dignité et à la vie privée des bénéficiaires de soins. Dans ses motifs, la juge Rayle a souligné que «[l]'examen du droit à l'égalité des salariés ne peut pas se faire dans l'abstrait, [mais] doit tenir compte de *tout* le contexte» [nos italiques]¹¹⁸. Aussi a-t-elle pris en considération non seulement le contexte factuel du litige, mais aussi sa dimension juridique. En l'espèce, «le contexte comport[ait] une dimension additionnelle à celle du droit [à l'égalité] des salari[és], [...], soit le droit tout aussi fondamental et inaliénable des patients et usagers à la dignité et à la vie privée»¹¹⁹. Dans ces circonstances, le Tribunal des droits de la personne lui a semblé être un forum préférable à l'arbitrage de grief.

114. *Ibid.* au par. 41.

115. *Ibid.* au par. 42.

116. *Université de Montréal c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, D.T.E. 2006T-445 (C.A.). Notons que le Tribunal des droits de la personne a de nouveau tranché un litige concernant l'insertion de clauses discriminatoires dans une convention collective dans l'affaire *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Laval (Ville de) (Service de sécurité d'incendies)*, [2009] R.J.Q. 853 (T.D.P.Q.) (en appel: 500-09-019546-092 et 500-09-019561-091).

117. *Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain c. Tribunal des droits de la personne*, [2005] R.J.Q. 1456 (C.A.).

118. *Ibid.* au par. 37.

119. *Ibid.*

La Cour d'appel est parvenue au résultat opposé dans l'arrêt *Golzarian*¹²⁰, rendu en 2006. Cette fois, la Cour devait déterminer le forum le plus adéquat pour disposer d'un recours intenté par un ancien membre de la Sûreté du Québec et fondé sur des allégations de discrimination et de harcèlement subis en milieu de travail en raison de son origine iranienne. La Cour a conclu que même si les allégations du salarié concernant la discrimination dont il aurait souffert et le harcèlement qu'il aurait subi lorsqu'il était au service de la Sûreté étaient graves et sérieuses, elles relevaient des relations de travail et étaient assujetties au mécanisme de résolution de griefs prévu à la Loi. Il est intéressant de noter que dans une affaire dont les faits étaient comparables, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a plutôt conclu que l'arbitre de grief et le Tribunal des droits de la personne de la province avaient tous deux compétence¹²¹. Cela démontre bien que la grille d'analyse élaborée dans l'arrêt *Morin* peut conduire à des résultats incertains.

Dans l'arrêt *Désir*¹²², rendu en 2008, la Cour d'appel du Québec a jugé que l'arbitre de grief avait compétence exclusive pour trancher un litige entre un employeur et une salariée qui disait avoir été victime d'un congédiement discriminatoire et abusif. Dans sa requête introductive d'instance déposée à la Cour du Québec, la plaignante alléguait que l'employeur n'avait aucun motif valable de la congédier et qu'au cours de son année de stage comme agente des services correctionnels, elle avait été victime de harcèlement psychologique, de menaces, d'agressions verbales, de bousculades et de discrimination. La plaignante ne souhaitait pas obtenir sa réintégration, mais plutôt des dommages-intérêts compensatoires et punitifs. Or, la convention collective applicable

120. *Golzarian c. Québec (P.G.)*, D.T.E. 2007T-35 (C.A.).

121. *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)* (2008), 290 D.L.R. (4th) 577 (N.S.C.A.). Dans le même sens, voir la décision rendue par le Tribunal des droits de la personne dans *Pavilus : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (P.G.)* (26 février 2008), Montréal 500-53-000235-067, J.E. 2008-745 (T.D.P.Q.).

122. *Québec (P.G.) c. Désir*, [2008] R.J.D.T. 1442 (C.A.).

comportait une clause qui privait expressément l'arbitre de grief de la faculté d'accorder des dommages-intérêts en marge d'un grief.

Même si la Cour se disait prête à «supposer que cette clause» puisse être «nulle et inopérante dans la mesure où elle implique une renonciation aux dommages-intérêts en cas de violation des normes antidiscrimination énoncées par la *Charte*», elle concluait ainsi :

De toute façon, la *validité*, la portée ou l'effectivité de cette clause, dans le contexte, doivent être soumises à l'arbitre et il relève de la compétence *exclusive* de celui-ci de se prononcer sur cette question [...] [nos italiques]¹²³.

Ainsi, l'arbitre de grief aurait «compétence exclusive» pour statuer sur la «validité» d'une clause de la convention collective. Nous aurions pourtant cru que l'arrêt *Morin* affirmait précisément le contraire...

- ***Le cas de l'accident du travail et de la lésion professionnelle (CSST/CLP vs arbitre de grief)***

La Cour d'appel du Québec a également été appelée à départager les domaines de compétence respectifs de l'arbitre de grief et de la CSST. Dans l'arrêt *Société des établissements de plein air du Québec*¹²⁴, la Cour devait déterminer si l'arbitre de grief est compétent pour entendre un grief relatif à la réintégration, avec accommodements raisonnables, d'un salarié victime d'une lésion professionnelle une fois que la CSST a conclu que ce salarié serait incapable de reprendre son emploi, ou tout autre emploi chez le même employeur, sans qu'il n'en résulte une contrainte excessive pour ce dernier.

123. *Ibid.* à la p. 1444.

124. *Société des établissements de plein air du Québec (SÉPAQ) c. Syndicat de la fonction publique du Québec inc.*, D.T.E. 2009T-179 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [SÉPAQ].

Au soutien de sa thèse selon laquelle l'arbitre de grief était le forum approprié pour déterminer le contenu de l'obligation d'accommodement de l'employeur, le Syndicat de la fonction publique invoquait l'arrêt prononcé antérieurement par la Cour d'appel dans l'affaire *Mueller Canada inc. c. Ouellette*¹²⁵. Dans cet arrêt, un salarié, préposé à l'entretien, avait été congédié parce que ses limitations fonctionnelles empêchaient sa réintégration dans un poste existant. La Cour d'appel avait alors souligné que la CSST n'avait pas «la compétence d'imposer, recommander ou suggérer quelque forme d'accommodement que ce soit»¹²⁶, cette question relevant plutôt de la compétence de l'arbitre de grief ou du Tribunal des droits de la personne¹²⁷.

Soulignant que l'arrêt *Mueller*¹²⁸ avait été rendu dans un contexte où le salarié souffrait d'une limitation fonctionnelle résultant non pas d'une lésion professionnelle, mais plutôt d'une condition personnelle de la nature d'un handicap, la Cour d'appel a déclaré que les principes qu'elle y avait dégagés étaient inapplicables dans les circonstances. En l'espèce, dira la Cour, «la situation est d'un tout autre ordre puisque le plaignant s'est vu privé de son emploi en raison de limitations fonctionnelles qui découlent d'une lésion professionnelle»¹²⁹. Dans ce contexte, l'obligation d'accommodement de l'employeur devait être considérée comme une question relevant de la compétence exclusive de la CSST au sens de l'article 349 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹³⁰. En somme, c'est le contexte factuel de l'affaire qui a permis à la Cour de déterminer le forum approprié.

125. *Mueller Canada inc. c. Ouellette*, [2004] R.J.Q. 1397 (C.A.) [*Mueller*]. Pour une critique de cette décision, voir Anne-Marie Laflamme, «Le droit de retour au travail et l'obligation d'accommodement : le régime de réparation des lésions professionnelles peut-il résister à l'envahisseur?» (2007) 48 C. de D. 215 aux pp. 235-237.

126. *Mueller*, *ibid.* au par. 60, juge Brossard.

127. *Ibid.* au par. 40.

128. *Mueller*, *supra* note 125.

129. *SÉPAQ*, *supra* note 124 au par. 14.

130. *L.A.T.M.P.*, *supra* note 36.

• ***Le cas du congédiement (CRT vs arbitre de grief)***

L'évolution vers une méthode de résolution des conflits de compétence qui tienne davantage compte du contexte que du texte ne se fait pas sans détour. Appelée à trancher un conflit de compétence opposant l'arbitre de grief à la Commission des relations du travail, la Cour d'appel du Québec a en effet opté, dans l'arrêt *SFPQ*¹³¹, pour une approche nettement plus textuelle que contextuelle. Dans cette affaire, la Cour d'appel devait déterminer devant quel forum un salarié à statut précaire auquel la convention collective ne reconnaît pas le droit au grief en cas de terminaison d'emploi doit exercer son recours aux termes de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*¹³² (ci-après *LNT*). Fait à souligner, les prétentions des deux parties au litige reposaient essentiellement sur des arguments de texte.

On se rappellera qu'en 2003, dans l'arrêt *Parry Sound*¹³³, la Cour suprême «a étendu la compétence de l'arbitre de griefs en lui donnant droit de regard sur le "contenu implicite" de la convention collective, lequel comprend non seulement les normes d'ordre public contenues dans la législation du travail (par exemple la *Loi sur les normes du travail* ou le *Code du travail*), mais [aussi] les normes constitutionnelles et "quasi constitutionnelles" garanties par les chartes des droits»¹³⁴.

Cela étant, dans l'arrêt *SFPQ*¹³⁵, l'argumentation de la partie patronale reposait sur l'article 114 du *Code du travail* qui confère à la CRT une compétence exclusive pour entendre les plaintes en vertu de l'article 124 *LNT*. Puisque l'intégration implicite de cet article 124 à la convention collective, selon les enseigne-

131. *Québec (P.G.) c. Syndicat de la fonction publique du Québec*, [2008] R.J.D.T. 1005 (C.A.) [*SFPQ*].

132. *L.R.Q. c. N-1.1.*

133. *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157 [*Parry Sound*].

134. Coutu et Marceau, *supra* note 9 aux pp. 22-23.

135. *SFPQ*, *supra* note 131.

ments de l'arrêt *Parry Sound*¹³⁶, aurait rendu superfétatoire l'article 114 du Code, il fallait en conclure que le recours de l'article 124 ne faisait pas implicitement partie de la convention collective et que son application relevait donc de la compétence de la CRT.

De son côté, la partie syndicale plaidait qu'une interprétation systématique de l'article 124¹³⁷ confirmait la thèse de son intégration aux conventions collectives et, par le fait même, de la compétence de l'arbitre de grief. Seule cette interprétation pouvait se concilier avec les exigences des différentes dispositions de la *Loi sur les normes du travail* et du *Code du travail*.

À l'exemple des parties au litige, la Cour d'appel du Québec allait concentrer son analyse sur le texte de l'article 124 et sur ses interactions avec les différentes dispositions législatives donnant compétence à la Commission des relations du travail et à l'arbitre de grief. La Cour s'est également livrée à une étude de la jurisprudence de la Cour suprême relative à la compétence de l'arbitre de grief. De cette étude, la Cour a retenu que les conflits de compétence doivent être résolus par la recherche de l'intention du législateur¹³⁸ et dans le respect du régime législatif en place¹³⁹. Pour reprendre ses mots, «les cours de justice ne doivent pas substituer leur préférence à celle retenue par le législateur»¹⁴⁰, mais «plutôt donner effet à son intention révélée par les textes»¹⁴¹. En somme, il lui est apparu que c'est principalement par l'étude du libellé de la loi habilitante et de sa structure ainsi que des lois qui lui sont connexes que le tribunal est le mieux à même d'identifier le forum compétent pour trancher un litige. La question ne serait donc pas de déterminer le forum le plus adéquat, mais plus simplement, de découvrir la voie retenue par le législateur. En l'espèce, la Cour d'appel a estimé que le législateur avait voulu conférer une compé-

136. *Parry Sound*, *supra* note 133.

137. Sur cette méthode d'interprétation, voir Côté, *supra* note 12 à la p. 351 et s.

138. *SFPQ*, *supra* note 131 au par. 69.

139. *Ibid.* au par. 76.

140. *Ibid.*

141. *Ibid.* au par. 78.

tence exclusive à la CRT pour disposer des recours fondés sur l'article 124 *LNT*.

Davantage axée sur le texte que sur le contexte, l'approche préconisée par la Cour d'appel dans l'arrêt *SFPQ*¹⁴² paraît nettement plus classique que celle, hautement plus contextuelle, retenue dans l'arrêt *Morin*. Il sera intéressant de voir quel sort lui réservera la Cour suprême du Canada, maintenant saisie du dossier¹⁴³.

CONCLUSION

En dépit des efforts de rationalisation faits au cours des dernières décennies, le nombre important de tribunaux spécialisés et l'étendue de leurs domaines de compétence respectifs rendent leur cohabitation juridiquement complexe. Cette situation est susceptible de donner lieu à de «multiples chevauchements de compétence que les tribunaux supérieurs peinent à démêler»¹⁴⁴.

Traditionnellement, les tribunaux judiciaires ont cherché à confiner la compétence des tribunaux administratifs à l'intérieur du cadre établi par leurs lois habilitantes. Cette approche, qui traduisait une conception plutôt compartimentée du droit, est mise à mal par la réalité contemporaine. Dans les faits, les litiges soumis aux tribunaux comportent de multiples facettes et ont des implications qui transcendent les frontières artificielles tracées par la législation. La détermination du forum le mieux placé pour disposer de ces litiges exige donc une analyse qui doit souvent aller au-delà des textes de loi pour mieux s'incarner dans le réel.

L'approche désormais privilégiée se veut plus «concrète»¹⁴⁵ et plus «contextuelle»¹⁴⁶. Alors qu'hier les juges s'appliquaient à

142. *SFPQ*, *supra* note 131.

143. *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (P.G.)*, [2008] C.S.C.R. n° 365 (C.S.C) (QL) (appel entendu et mis en délibéré le 20 octobre 2009).

144. Coutu et Marceau, *supra* note 9 à la p. 148.

145. Stamatis, *supra* note 101.

déterminer d'abord le droit pour ensuite l'appliquer aux faits, l'on observe aujourd'hui que les faits contribuent dans une large mesure à définir le droit en la matière. C'est ainsi que pour identifier le forum compétent, il importe de déterminer l'essence du litige, en fonction de son contexte factuel.

Si ce contexte *factuel* apparaît souvent déterminant, il n'est plus exclu que la qualification juridique du litige en fonction de la nature de la demande puisse également être prise en considération par les juges. Textes et contexte – tantôt dans sa dimension purement factuelle, tantôt également dans sa dimension juridique – sont ainsi mobilisés pour identifier le tribunal spécialisé qui présente la plus grande adéquation avec le litige.

S'il faut saluer la tendance des tribunaux à aller au-delà du texte et à prendre ainsi en considération l'ensemble des éléments contextuels pertinents afin d'identifier le forum le plus adéquat où débattre d'un litige, il nous faut aussi constater et déplorer l'incertitude accrue qui en découle pour les justiciables.

Dans ces circonstances, il paraît certes souhaitable que les parlementaires prennent soin d'exprimer le plus clairement possible leurs intentions dans les lois attributives de compétence. Toutefois, les vicissitudes de la vie politique font souvent en sorte que seule l'ambiguïté des textes pave la voie au compromis nécessaire à l'action législative. En outre, les rapports sociaux évoluent si rapidement et atteignent parfois un tel niveau de complexité que même le législateur le plus visionnaire n'est pas en mesure de les anticiper, reléguant du coup aux tribunaux la tâche délicate de les réguler.

Pour déterminer le forum le plus apte à accomplir cette tâche, les tribunaux en sont ainsi venus à concevoir des méthodes d'analyse où le contexte du litige prend une importance considérable. À l'usage cependant, il appert que l'application de ces grilles

146. Bégin, *supra* note 99. Voir aussi Bégin et Vachon, *supra* note 95 à la p. 721; Pinard, *supra* note 90.

est plutôt fluctuante du fait que les éléments constitutifs du contexte pertinent varient en fonction des circonstances, sans que l'on puisse trop bien identifier les raisons justifiant ces variations. Il s'en dégage une impression d'arbitraire qui ne contribue pas forcément à rehausser le niveau de sécurité juridique de justiciables souvent déjà placés dans des situations de grande vulnérabilité personnelle.

Pourtant, l'élargissement de la zone d'incertitude dans laquelle ces personnes se trouvent déjà est bien la dernière chose dont elles puissent avoir besoin... C'est du moins là notre plus grande certitude!

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : ANALYSE DE LA VALIDITÉ DES RÈGLEMENTS MUNICIPAUX SUR LES BANDES RIVERAINES

Auteur(s) : Catherine CHOQUETTE
avec la collaboration de
Anne-Marie ROBICHAUD
Anne PAILLART
Marie-Pier GOYETTE NOËL

Revue : RDUS, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : 261-328

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11532>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11532>

Page vide laissée intentionnellement.

ANALYSE DE LA VALIDITÉ DES RÈGLEMENTS MUNICIPAUX SUR LES BANDES RIVERAINES*

par Catherine CHOQUETTE**

avec la collaboration de

Anne-Marie ROBICHAUD***

Anne PAILLART****

Marie-Pier GOYETTE NOËL*****

Au cours des dernières années, les municipalités du Québec ont adopté des règlements sur les bandes riveraines pour combattre la prolifération de cyanobactéries dans leurs plans d'eau. Un recensement des règlements municipaux, effectué dans le bassin versant de la rivière Saint-François, a montré une grande variabilité sur le plan des mesures préconisées par les municipalités. Un cadre d'analyse permettant d'évaluer la validité de ces règlements est présenté. L'analyse se fait en deux temps soit, premièrement, en fonction des pouvoirs délégués aux municipalités, puis, dans un deuxième temps, en fonction du respect des droits acquis. Alors que certains règlements sont clairement ultra vires (par ex., l'obligation de revégétaliser), d'autres souffrent plutôt d'un déficit de légitimité (par ex., la bande riveraine de trois mètres en milieu agricole). L'atteinte d'une véritable efficience environnementale et sociétale se doit de reposer sur des assises objectives qui peuvent découler de l'application d'un test de «pertinence normative».

*. L'auteure tient à remercier toutes les municipalités qui ont collaboré à cette recherche. Elle remercie également les professeurs de droit Gaële Gidrol-Mistral et Suzanne Comtois pour leurs précieux conseils ainsi que madame Christiane Hudon d'Environnement Canada pour la révision des aspects scientifiques. Cet article a été rendu possible grâce à une subvention de la Fondation du Barreau du Québec.

**, Avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

***, Avocate et étudiante à la maîtrise en environnement de l'Université de Sherbrooke.

****, Étudiante à la maîtrise en droit et politiques de la santé de l'Université de Sherbrooke.

*****, Étudiante à la maîtrise en environnement de l'Université de Sherbrooke.

In recent years, Quebec municipalities have adopted by-laws relating to shore-lines in order to control the proliferation of cyanobacteria in bodies of water within their territories. A survey of municipal by-laws within the Saint-François river catchment area has revealed a great diversity of strategies adopted. In this article, a two-step analytical framework is utilized in order to assess the validity of these by-laws, commencing firstly with a discussion of the powers delegated to municipalities and then secondly, the the need to respect acquired rights. While some by-laws are clearly untra vires (e.g. the obligation to replant vegetation), others suffer from a lack of legitimacy (e.g. the requirement of a 3 meter wide shore-line in an agricultural environment). In order to be truly environmentally and societally efficient, it is felt that objective standards must be set through an application of the «normative relevance» test.

SOMMAIRE

Introduction	265
1. La réglementation municipale dans le bassin versant de la rivière St-François	269
1.1. L'interdiction d'intervenir pour contrôler la végétation de la bande riveraine versus l'obligation de revégétaliser.....	269
1.2. La largeur de la bande riveraine	272
1.3. Le respect des droits acquis.....	273
2. L'étendue des pouvoirs municipaux sur les rives	274
2.1. La Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables de la <i>Loi sur la qualité de l'environnement</i>	277
2.2. Sources de pouvoirs réglementaires connexes	283
2.2.1. La <i>Loi sur l'aménagement et l'urbanisme</i> (LAU)	283
2.2.2. La <i>Loi sur les compétences municipales</i> (LCM)	285
2.2.3. La <i>Loi sur le développement durable</i> (LDD)	287
2.3. Interactions entre les différents pouvoirs Réglementaires	289
3. Le respect des droits acquis par la réglementation municipale	293
3.1. Le droit de propriété	293
3.2. Les droits acquis	297
3.2.1. Limitation législative des droits acquis en matière de protection des rives	300
3.2.2. L'interprétation jurisprudentielle des droits acquis en matière d'environnement.....	309
4. La recherche d'une efficience environnementale et sociétale	317
Conclusion	326

Introduction

Communément appelées algues bleues ou algues bleu-vert, les cyanobactéries sont des bactéries photosynthétiques qui se sont développées il y a plus de 3 milliards d'années¹. En produisant de l'oxygène à partir de la photosynthèse, elles auraient participé à l'apparition de l'oxygène atmosphérique et permis le développement d'organismes plus évolués sur Terre². Il existe environ 3 500 espèces de cyanobactéries, dont certaines produisent des toxines susceptibles d'affecter la santé humaine et animale³.

Bien que la présence de cyanobactéries dans les plans d'eau du Québec constitue un phénomène naturel, l'accroissement de la fréquence des épisodes d'efflorescence de ces bactéries a suscité de vives inquiétudes auprès du public, amenant le gouvernement à intervenir à plusieurs reprises au cours des dernières années. Ainsi, plusieurs usages ont été interdits par les directions de santé publique : la consommation de l'eau (ex. lac Massawippi en 2006 et Petit Lac Saint-François en 2007), les sports nautiques et la baignade (ex. lac Massawippi en 2006, lac Maskinongé en 2007), la consommation des produits de la pêche (ex. lac Brome en 2007), ainsi que des fermetures totales des plans d'eau (ex. lac Ouareau, baie Missisquoi, lac Waterloo en 2008)⁴. Selon le gouvernement du Québec, 138 plans d'eau ont été touchés en 2008, 156 en 2007⁵. Un bilan qui semble en

1. Québec, Groupe de recherche interuniversitaire en limnologie et en environnement aquatique (GRIL), *Les cyanobactéries dans les lacs québécois : Un portrait de la situation selon les chercheurs du GRIL* (28 juin 2007, révisé en 2008) à la p. 2, en ligne : Bureau d'audiences publiques sur l'environnement <http://www.bape.gouv.qc.ca/sections/mandats/Trois_Lacs/documents/DB19.pdf> [GRIL].
2. *Ibid.*
3. *Ibid.*
4. Voir Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (MDDEP), *Bilan des lacs et cours d'eau touchés par une fleur d'eau d'algues bleu-vert au Québec* (2009), en ligne : MDDEP <<http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/algues-bv/bilan/index.asp>>.
5. Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (MDDEP), *Les fleurs d'eau d'algues bleu-vert en 2008 : Une gestion*

progression, puisqu'en 2006, le gouvernement avait dénombré 83 plans d'eau, 45 en 2005 et 33 en 2004⁶.

Dans le but de contrer la prolifération des cyanobactéries, des actions tant politiques que législatives ont été entreprises par le gouvernement provincial⁷ ainsi que par les municipalités. Les règlements municipaux touchent presque exclusivement la mise en place de mesures de protection ou de restauration de la végétation qui borde les plans d'eau (communément désignée sous le vocable «bande riveraine»), dans le but de minimiser l'érosion des rives et les apports de phosphore par ruissellement⁸. Toutefois, l'accueil de ces règlements par la population touchée fut mitigé, en grande partie à cause de la perte d'usage de la bande riveraine et des coûts afférents à la stabilisation et à la

efficace avec les partenaires du milieu, Bilan final des plans d'eau touchés par une fleur d'eau d'algues bleu-vert en 2008 (2008) à la p. 2, en ligne : MDDEP <<http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/algues-bv/bilan/saison2008/Bilan2008.pdf>>. En 2008, le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (MDDEP) a adopté le seuil préconisé par l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) pour la protection de la santé humaine, soit une densité de cyanobactéries supérieure ou égale à 20 000 cellules/ml. Ce seuil est inférieur au seuil utilisé antérieurement par le MDDEP ce qui explique la révision à la baisse de la liste des plans d'eau touchés en 2007. Sur les 194 plans d'eau ayant fait l'objet d'une mise en garde en 2007, 156 seulement affichaient une valeur supérieure au seuil de l'OMS.

6. Marc Tison, «Algues bleues : en expansion?», *La Presse [de Montréal]* (29 juillet 2007), *La Presse affaires* à la p. 3. Ces chiffres peuvent représenter des sous-estimations, car le phénomène n'a commencé à être médiatisé qu'à la fin de l'été 2006.
7. En 2007, le gouvernement dévoilait son *Plan d'intervention sur les algues bleu-vert : prévenir, protéger et restaurer*. Ce plan vise à mettre en action des mesures concrètes afin de lutter contre la prolifération de cyanobactéries et implique l'investissement de fonds publics dans diverses solutions qui sont déjà mises de l'avant ou encore qui le seront prochainement. Par exemple, il sera interdit dès le 1^{er} juillet 2010 de mettre en marché au Québec des détergents à vaisselle contenant 0.5 % ou plus de phosphore en poids : *Règlement portant interdiction à la mise en marché de certains détergents à vaisselle*, R.R.Q. 2008, c. Q-2, r.15.02, art. 3.
8. La prolifération des cyanobactéries est liée directement à l'excès de phosphore présent dans le bassin versant.

revégétalisation des rives, mais également à cause de la remise en question de l'efficacité environnementale des choix d'intervention gouvernementaux dans la lutte contre les cyanobactéries. Des riverains ont même déposé une poursuite contre la Ville de Québec, alléguant l'invalidité de son règlement de revégétalisation⁹.

Dès le début de la colonie, la bande riveraine bénéficia d'une protection légale, puisque tous les cours d'eaux navigables¹⁰ faisaient alors partie du domaine public. Quant aux rives des cours d'eau ou des lacs non navigables et non flottables, elles furent protégées, à partir de 1888, par la réserve des trois chaînes¹¹ qui attribuait la propriété d'une bande riveraine d'environ 60 mètres¹² à l'État provincial. La réserve automatique d'une bande riveraine avait pour but de faciliter la pêche, mais également de préserver l'environnement et les habitats fauniques¹³. Aucun ouvrage ou construction ne pouvait y être fait sans l'autorisation de l'État. La réserve des trois chaînes fut

9. *Wallot c. Québec (Ville de)*, 2009 QCCS 1966. La Ville de Québec ne peut plus forcer le reboisement des rives du lac Saint-Charles. Des riverains, qui ont présenté une requête devant la Cour supérieure, ont remporté une première bataille. La Cour supérieure suspend temporairement le règlement municipal, adopté en 2007, qui obligeait les riverains du lac Saint-Charles à reboiser leur terrain. La Ville, qui souhaite protéger sa principale source d'eau potable, avait adopté cette mesure à la suite d'un épisode de prolifération de cyanobactéries au lac Saint-Charles.

10. Un cours d'eau navigable et flottable s'entend d'un cours d'eau accessible aux bateaux et goélettes de faible tonnage ou lorsque des trains de bois peuvent y circuler.

11. La réserve des trois chaînes apparaît pour la première fois, en 1888, dans l'*Acte pour amender et refondre les lois de la pêche*, S.Q. 1888, c. 17, art. 1. En 1889, elle est décrétée rétroactive au 1^{er} juin 1884. En 1970, la réserve s'étend, sans distinction, à tous les plans d'eau se trouvant sur des terres publiques. À la suite des refontes, la réserve des trois chaînes apparaît à l'article 39 de la *Loi sur les terres et forêts*, L.R.Q., c. T-9, puis à l'article 45 de la *Loi sur les terres du domaine public*, L.Q. 1987, c. 23, qui deviendra la *Loi sur les terres du domaine de l'État*, L.R.Q., c. T-8. Voir aussi Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007 à la p.472 et s. [Lafond].

12. Une chaîne donne 66 pieds ou environ 20 mètres.

13. Lafond, *supra* note 11.

définitivement abolie en 1987 après plusieurs batailles juridiques, et la propriété de la bande riveraine fut «dévolue» aux propriétaires riverains sauf dans certains cas où l'intérêt public le justifiait¹⁴. La même année, le gouvernement instaurait sa Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables (ci-après : «Politique»)¹⁵, qui interdit la dénaturalisation des rives sauvages sur des largeurs variant entre 3 et 15 mètres. Aujourd'hui, l'État tente de reprendre ses prérogatives sur cette petite portion de bande riveraine qui a été dénaturalisée ou artificialisée avant 1987.

Le but de cet article est d'établir un cadre d'analyse qui permettra d'évaluer, dans un premier temps, la validité des règlements municipaux sur les bandes riveraines, mais également, dans un deuxième temps, d'estimer la pertinence de toute intervention législative et réglementaire en matière environnementale. Pour ce faire, un recensement des règlements municipaux a été effectué dans le bassin versant de la rivière Saint-François (section 1). Ces règlements se sont révélés de portées très variables en ce qui a trait aux mesures environnementales préconisées. Ce constat nous amène donc à s'interroger sur l'étendue des compétences municipales en matière de protection des rives (section 2). Par ailleurs, les règlements municipaux, même valides en vertu de leur loi habilitante, doivent aussi respecter les droits acquis des propriétaires, sauf exceptions (section 3). En dernier lieu, nous nous interrogerons sur les moyens de tendre vers une efficience environnementale et sociétale au sein de nos institutions politiques et judiciaires (section 4).

14. Notamment pour les chemins et les services publics, voir *ibid.* à la p. 478.

15. D. 1980-87, G.O.Q. 120.II.365 [Politique].

1. La réglementation municipale dans le bassin versant de la rivière Saint-François

Plusieurs plans d'eau du bassin versant de la rivière Saint-François ont été sévèrement touchés par de récents épisodes d'efflorescence de cyanobactéries. La réglementation visant les bandes riveraines des municipalités du bassin versant fut colligée entre juillet 2008 et mai 2009¹⁶. Le bassin hydrologique s'étend sur 10 230 km² (dont 14 % se trouve aux États-Unis) et couvre trois régions administratives : l'Estrie, le Centre-du-Québec et Chaudière-Appalaches, totalisant en tout 12 municipalités régionales de comté (MRC) et 102 municipalités locales. Sa population est d'environ 346 513 personnes (soit approximativement 4,5 % de la population du Québec).

Des variations importantes ont été constatées au niveau des normes adoptées pour protéger la bande riveraine. Bien que 67 % des MRC aient intégré textuellement les normes de la Politique dans leur schéma d'aménagement¹⁷, les municipalités locales, elles, ont fait preuve de beaucoup moins de déférence envers la Politique. Nous exposerons les tendances réglementaires les plus importantes au niveau de la protection des bandes riveraines des municipalités répertoriées.

1.1. L'interdiction d'intervenir pour contrôler la végétation de la bande riveraine versus l'obligation de revégétaliser

Souvent appelée la «renaturalisation» de la rive, l'interdiction d'intervenir pour contrôler la végétation vise à permettre le retour à l'état naturel de la bande riveraine. Ce concept est souvent confondu avec la notion de «revégétalisation»,

16. Tous les règlements que nous avons trouvés ou reçus pourront être consultés sur le site Internet du groupe de recherche SAGE (Stratégies et Acteurs de la Gouvernance Environnementale) à partir de janvier 2010.

17. Voir la section 2, ci-dessous, pour comprendre l'interaction entre les MRC et les municipalités locales et leurs pouvoirs respectifs ainsi que pour les détails sur la Politique.

qui oblige les riverains à planter des végétaux (herbacées, arbustes, arbres) sur leur rive¹⁸. Au niveau des MRC, les mesures de renaturation et de revégétalisation ne semblent pas particulièrement populaires, puisqu'elles ne représentent que 9 % du choix des mesures d'intervention. Les MRC ont plutôt opté pour l'application textuelle (ou presque) de la Politique (Figure 1).

18. «Revégétaliser» signifie implanter des espèces herbacées, arbustives et d'arbres de type indigène et riverain, s'intégrant au milieu visé dans le but d'accélérer la reprise végétale. Pour les modalités de la revégétalisation voir Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (MDDEP), *Guide de bonnes pratiques pour la protection des rives, du littoral et des plaines inondables*, Québec, Publications du Québec, 2005. Il est à noter que dans Québec, Ministère du Développement durable, l'Environnement et des Parcs (MDDEP), *Guide d'interprétation pour la protection des rives, du littoral et des plaines inondables*, Québec, Publications du Québec, 2007 à la p. 112, le MDDEP ne fait pas de distinction entre les mots «renaturation» et «revégétalisation».

Cependant, les municipalités locales ont, dans une plus grande proportion, choisi de se distancer de la Politique, puisque seulement 73 % d'entre elles l'ont appliquée intégralement : 15 % ayant opté pour la renaturalisation, et 12 % pour une obligation de revégétalisation (Figure 2). Si la tendance demeure au respect de la Politique, on peut remarquer, chez les municipalités divergeantes, une légère préférence en faveur de la renaturalisation. Les interdictions de tondre le gazon, de débroussailler ou d'abattre des arbres sont, en effet, plus faciles à appliquer que l'obligation de restaurer la bande végétale riveraine, qui nécessite davantage de financement, de planification, de savoir-faire et de main-d'œuvre.

Figure 2 : Municipalités locales ayant adopté des mesures spécifiques de renaturalisation et de revégétalisation

1.2. La largeur de la bande riveraine

Tel que présenté à la figure 3, presque toutes les municipalités locales, soit 94 %, appliquent les normes de la Politique qui préconisent une bande de protection riveraine entre 10 et 15 mètres selon la pente de la rive. Toutefois, quelques municipalités ont établi des rives de 30 mètres autour des lacs alors que d'autres ont opté pour des largeurs variables allant jusqu'à 0,5 mètre, dans certains cas exceptionnels. Les marécages ou les milieux humides bénéficient souvent d'une protection additionnelle, soit d'environ 20 ou 25 mètres, mais ces données n'ont pas été incorporées dans la figure 3.

Par contre, en milieu agricole, les municipalités locales ont moins suivi la Politique gouvernementale (Figure 4). En effet, 74 % d'entre elles ont opté pour les trois mètres de protection riveraine de l'article 3.2.f) de la Politique alors que les autres municipalités ont établi des bandes riveraines de cinq ou dix mètres, souvent au prix d'efforts soutenus de leur MRC, comme nous le verrons à la section 3.

Figure 4 : Largeur de la bande riveraine en milieu agricole

1.3. Le respect des droits acquis

Très peu de municipalités locales (2 %) ont abrogé explicitement des droits acquis (quels qu'ils soient), la plupart reprenant textuellement la Politique à ce sujet, soit 86 % (Figure 5). Cependant, il est à noter que, pour 12 % des municipalités locales, les droits acquis sur l'usage de la rive ont été abrogés de façon implicite. C'est le cas, notamment, des municipalités qui ont adopté des dispositions réglementaires obligeant le riverain à revégétaliser sa rive.

Même si les données concernant les règlements municipaux ne sont que fragmentaires et qu'elles ne peuvent être analysées qu'à titre indicatif, elles ne manquent pas de soulever la question de la validité de l'ensemble des règlements municipaux. Pour répondre à cette question, nous allons, dans un premier temps, nous interroger sur les compétences des municipalités relatives à la réglementation des rives.

2. L'étendue des pouvoirs municipaux sur les rives

Les municipalités sont des personnes morales de droit public qui n'exercent que les pouvoirs qui leur sont délégués par le législateur. Par conséquent, l'étendue des pouvoirs réglementaires des MRC et des municipalités locales découle et est limitée par les lois habilitantes¹⁹. Les actes des municipalités, tout comme leur inaction, sont soumis soit au contrôle d'opportunité

19. Nicole Lafond et Klara Bolen, «Les pouvoirs délégués aux municipalités» dans Catherine Choquette et Alain Létourneau, dir., *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, Québec, MultiMondes, 2008 à la p. 125.

exercé par l'administration centrale²⁰, soit au contrôle de légalité exercé par les cours de justice²¹.

Le juge Tôth de la Cour supérieure résume les principes d'intervention judiciaire dans *9034-8822 Québec Inc. c. Sutton (Ville de)* :

La Cour supérieure a le pouvoir de contrôler la légalité des actes de l'administration. *Elle interviendra si l'acte est adopté de mauvaise foi, dans le but de nuire ou pour d'autres fins impropres, de façon discriminatoire ou pour des considérations non pertinentes...*

Le pouvoir de contrôle et de surveillance de l'administration municipale par la Cour supérieure ne s'étend pas à l'étude, la vérification ou le contrôle de l'opportunité de la décision de l'administration... [Nos italiques]²².

De plus, citant la Cour d'appel, dans *Vaudreuil-Dorion (Ville de) c. Malucar*²³, il ajoute :

La sagesse ou l'à-propos d'un acte réglementaire ne relève pas du contrôle judiciaire. Les tribunaux ne sont pas investis de la mission judiciaire de réécrire le règlement municipal ou d'en délimiter l'amplitude. Seul le caractère *injuste et abusif* du règlement pourra fonder l'intervention judiciaire [Nos italiques]²⁴.

20. Voir par ex. *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. c. Q-2, art. 29 [LQE], qui précise que : «Le ministre peut, après enquête, ordonner à une municipalité d'exercer les pouvoirs relatifs à la qualité de l'environnement que confère à cette municipalité la présente loi ou toute autre loi générale ou spéciale.»

21. *9034-8822 Québec inc. c. Sutton (Ville de)*, 2008 QCCS 1839 [Sutton], où un règlement municipal sur l'abattage a été déclaré, en partie, *ultra vires* des pouvoirs conférés par la loi habilitante soit la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q. c. A-19.1 [LAU].

22. *Sutton, ibid.*, aux par. 27 et 29.

23. (3 février 2004), Montréal 500-09-011515-012, J.E. 2004-494 (C.A.).

24. *Sutton, supra* note 21 au par. 30.

L'analyse des différentes lois impliquées dans la protection des rives au Québec (Figure 6) nous permettra d'évaluer la latitude réglementaire laissée aux MRC et aux municipalités locales par l'État provincial.

Figure 6 : Interaction entre les diverses lois impliquées dans la protection des rives et le monde municipal.

2.1. La Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables de la Loi sur la qualité de l'environnement

En 1987, une première Politique est instaurée en vertu de l'article 2.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (LQE)²⁵. L'historique de l'adoption de l'article 2.1 et de la première Politique est relaté dans la décision *Lalande c. Procureur Général du Québec*²⁶. Depuis l'entrée en vigueur de la LQE, trois Politiques ont été successivement adoptées, soit en 1987²⁷, en 1996²⁸ et en 2005²⁹. La Politique, qui est un acte du gouvernement et non du législateur³⁰, n'a pas valeur de loi ou de règlement et ne peut, par conséquent, être opposable directement aux justiciables³¹. Toutefois, le législateur a décidé de mettre en œuvre la Politique en l'intégrant dans la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* (LAU)³². En agissant ainsi, le législateur a intensifié l'effet des normes de la Politique jusqu'à les rendre obligatoires envers les administrés. L'article 53.13 de la LAU stipule que le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs peut, en effet, demander la modification du schéma d'aménagement et de développement (SAD) d'une MRC s'il considère que ce dernier ne respecte pas la Politique ou encore, qu'il n'offre pas une protection suffisante du milieu riverain³³. De plus, en vertu des articles 165.2 et 165.4 de la LAU, le ministre peut également imposer les normes de la Politique directement aux municipalités locales³⁴. Il en ressort donc une volonté claire du législateur, et non uniquement du gouvernement, d'imposer les normes de la Politique³⁵.

25. LQE, *supra* note 20. Dans *Ville de Sainte-Adèle c. Le Cavalier*, [1992] R.D.I. 389 (C.S.), le juge Rouleau, j.c.s. écrit à ce sujet : «Le Québec s'est doté en 1987 d'une Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables de façon à protéger les cours d'eau qui sont des biens publics collectifs. Comme l'écrivait M^e Yvon Duplessis: En procédant de la sorte le législateur a mis un frein à l'utilisation incontrôlée, excessive et effrénée à laquelle se livraient tous ceux qui prétendaient exercer un droit de propriété absolu sur la rive, le littoral et la plaine inondable. Ainsi chacun conserve son droit de propriété qu'il ne pourra exercer toutefois qu'en respectant certaines normes minimales qui visent à mieux protéger dans l'immédiat et pour l'avenir un bien collectif, en l'espèce les cours d'eau et les lacs. En d'autres termes, ces normes

imposées aux propriétaires riverains ne visent pas leur qualité de propriétaire, mais elles constituent plutôt des restrictions dictées par l'intérêt public, qui se rattachent à l'usage qu'ils peuvent faire de leur propriété. Dans le même ordre d'idées, mon collègue le juge Gratton faisait ce commentaire fort à propos : La multiplication de gestes illégaux comme celui de l'intimité font que les rives des lacs et rivières ont l'aspect que nous leur connaissons maintenant. Il est plus que temps qu'un projet commun et de conservation et d'aménagement soit appliqué avec rigueur.»

26. [1991] R.J.Q. 1629 (C.S.) aux par. 4-10. Voir aussi Lorne Giroux, «Les interrelations entre le droit de l'environnement et le droit de l'aménagement du territoire» (1988) 48:3 R. du B. aux pp. 467-502.
27. Politique, *supra* note 15, modifié par D.1010-91, G.O.Q.1991.II.
28. D. 103-96, G.O.Q.1996.II.1263, qui ajoutait la possibilité pour une MRC d'établir un plan de gestion de ses rives et de son littoral comprenant des mesures de protection particulières [D. 103-96].
29. D.468-2005, G.O.Q.2005.II.2180. Les principales modifications nouvelles implantations en zone inondable, sauf à des fins de sécurité civile ou d'utilité publique; 2) l'obligation d'un permis municipal pour toute construction, ouvrage et travail exécutés sur une rive, sur le littoral ou dans une plaine inondable.
30. Voir LQE, *supra* note 20, art. 2.1. : «Le ministre a la responsabilité d'élaborer et de proposer au gouvernement une politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables, de la mettre en œuvre et d'en coordonner l'exécution. La politique adoptée par le gouvernement doit être publiée à la Gazette officielle du Québec.»
31. *Boisbriand c. Société de Gestion Mathers*, 2007 QCCS 48 (C.S.) au par. 27, conf. par (16 avril 2007), Montréal 500-09-017490-079 (C.A.); *Perron c. Municipalité de Châtiville*, 2006 QCCA 1145 (C.A.). Voir aussi Jean Piette, «L'usage des politiques, des directives et des guides en droit de l'environnement» dans Barreau du Québec, Service de la Formation permanente, *Développements récents en droit de l'environnement* (2007), Cowansville, Yvon Blais, 2007 [Piette].
32. LAU, *supra* note 21.
33. *Ibid.*, art. 53.13 : «Le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs peut, au moyen d'un avis sommairement motivé qui indique la nature et l'objet des modifications à apporter, demander une modification au schéma s'il estime que le schéma en vigueur ne respecte pas la politique du gouvernement visée à l'article 2.1 de la Loi sur la qualité de l'environnement (chapitre Q-2), ne respecte pas les limites d'une plaine inondable située sur le territoire de la municipalité régionale de comté ou n'offre pas, compte tenu des particularités du milieu, une protection adéquate des rives, du littoral et des plaines inondables.»

Comme l'indique la figure 6, les normes de la Politique, par son article 1.1, doivent être intégrées dans le SAD des MRC, lequel est ensuite mis en application par le biais du plan d'urbanisme de chacune des municipalités locales qui composent la MRC, ainsi que par l'adoption subséquente de leurs règlements d'urbanisme, conformément à la LAU³⁶. La Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables fournit ainsi, aux MRC, les normes minimales à prévoir dans leur SAD et, aux municipalités locales, les normes à prévoir dans leur règlement de zonage. En décembre 2008, 89 % des MRC du Québec avaient intégré les normes de la Politique dans leur SAD³⁷.

Mais quelles sont donc ces normes? Premièrement, les objectifs de la Politique touchent, entre autres, la pérennité et la qualité des plans d'eau; la prévention de l'érosion des rives de manière à favoriser la conservation de leur caractère naturel; la protection de la diversité biologique et la restauration des rives dégradées en utilisant les techniques les plus naturelles possibles³⁸. La Politique utilise la *ligne des hautes eaux* (LHE) comme étant la ligne qui délimite le littoral et la rive des lacs et des cours d'eau³⁹. Cette ligne peut être déterminée de différentes

-
34. *Ibid.*, art.165.2 : «Si le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs est d'avis qu'un règlement de zonage, de lotissement ou de construction d'une municipalité ne respecte pas la politique du gouvernement visée à l'article 2.1 de la Loi sur la qualité de l'environnement (chapitre Q-2) ou n'offre pas, compte tenu des particularités du milieu, une protection adéquate des rives, du littoral et des plaines inondables, il peut demander à la municipalité de le modifier s'il le juge opportun.» et art 165.4 «Si, à l'expiration d'un délai de 90 jours à compter de la réception de l'avis du ministre, le conseil de la municipalité n'a pas modifié son règlement conformément à cet avis, le ministre peut, aux lieu et place de la municipalité, exercer ses pouvoirs réglementaires en vue de rendre le règlement conforme à son avis.»
35. Piette, *supra* note 31 à la p. 6. Voir aussi *Abitibi (Municipalité régionale de comté d') c. Ibitiba ltée*, [1993] R.J.Q. 1061 [*Ibitiba*].
36. LAU, *supra* note 21, art. 5, 53.13, 113, 115 (4) et 165.2. Cette loi est régie par le Ministère des Affaires municipales et des Régions (MAMR).
37. Communication personnelle de Madame Nathalie Lafontaine de la Direction des politiques de l'eau du MDDEP, 22 janvier 2009.
38. Politique, *supra* note 15, art. 1.1.
39. *Ibid.*, art.2.1 et 2.2.

façons telles que la ligne naturelle des hautes eaux, la cote maximale d'exploitation d'un barrage ou encore le haut d'un mur de soutènement. C'est donc à partir de la LHE qu'il est possible de localiser la bande de protection riveraine. Selon la politique, la largeur de la rive à protéger se mesure horizontalement. La rive possède un minimum de 10 mètres de profondeur lorsque : 1) la pente du talus est inférieure à 30 % ou 2) la pente est supérieure à 30 % et présente un talus de moins de cinq mètres de hauteur. La rive a un minimum de 15 mètres de profondeur lorsque : 1) la pente du talus est continue et supérieure à 30 % ou 2) la pente est supérieure à 30 % et présente un talus de plus de cinq mètres de hauteur.

La politique interdit, en principe, toutes les constructions, tous les ouvrages et tous les travaux qui sont «susceptibles de détruire ou de modifier la couverture végétale» des rives (art. 3.1). Toutefois, elle mentionne que certaines exceptions peuvent être permises par une autorité compétente (art. 3.2). Ces exceptions au principe général d'interdiction incluent : l'entretien des constructions déjà existantes; la construction d'un bâtiment principal à partir de cinq mètres de l'eau; la construction d'un bâtiment accessoire à partir de cinq mètres de l'eau, mais seulement sur une rive qui n'est plus à l'état naturel; certains ouvrages et travaux relatifs à la végétation (tels l'aménagement d'un accès au lac ou d'une fenêtre sur le lac de cinq mètres de largeur, la coupe et l'émondage, les divers modes de récolte de la végétation herbacée sur les rives dont la pente est inférieure à 30 % et sur le haut du talus uniquement si la pente est supérieure à 30 %, etc.); l'agriculture au-delà de trois mètres de l'eau; certains ouvrages et travaux comme l'installation de clôtures, d'exutoires de réseaux de drainage, de puits, d'installations septiques, etc.⁴⁰. Selon la politique, les activités énumérées à l'article 3.2 assurent un niveau de protection minimal, mais adéquat des rives et sont donc considérées comme permises⁴¹. Il semble donc qu'une municipalité locale pourrait, par exemple,

40. *Ibid.*, art.3.2

41. *Ibid.*, préambule.

interdire la tonte du gazon sur la bande riveraine en vertu de l'article 3.1 alors qu'une autre municipalité, utilisant les exceptions de l'article 3.2, pourrait permettre la tonte du gazon sur des rives peu inclinées.

On retrouve également une exception concernant l'exploitation agricole de la rive (art. 3.2 (f)). S'il est vrai que le législateur ne parle jamais pour ne rien dire, il peut parfois être difficile de comprendre ce qu'il essaie de nous dire! Selon le libellé du paragraphe (f), «la culture du sol à des fins d'exploitation agricole est permise à la condition de conserver une bande minimale de végétation de trois mètres [...]». La rive est donc officiellement de 10 à 15 m selon l'inclinaison de la pente, mais la largeur à protéger de façon «impérative» est de cinq mètres en milieu non agricole et de trois mètres en milieu agricole. Ces variantes ne nous semblent pas particulièrement logiques ni équitables. En effet, le législateur peut-il vraiment juger moins polluant le milieu agricole?

Depuis 1996, les MRC peuvent adopter, en vertu de l'article 5 de la politique, des mesures supplémentaires «pour répondre à des situations particulières»⁴². Les MRC doivent alors élaborer un plan de gestion des rives, du littoral et des plaines inondables et le faire approuver par le ministre du Développement durable, de

42. *Ibid.*: «En 1996, cette politique a été révisée afin de résoudre des mesures mieux adaptées, la nouvelle politique a notamment introduit la possibilité pour une municipalité régionale de comté (MRC) ou une communauté urbaine de faire approuver un plan de gestion de ses rives et de son littoral et d'adopter des mesures particulières de protection divergeant, en tout ou en partie, de celles de la politique. En effet, bien que la politique vise à préciser les types d'intervention qui peuvent, ou non, être réalisés dans les milieux qu'elle vise, le mécanisme du plan de gestion permet de prendre en considération certaines situations particulières, compte tenu de la qualité du milieu ou de son degré d'artificialisation. L'application stricte des règles de la politique dans ce genre de situation ne correspondant pas toujours à la réalité, il peut s'avérer nécessaire d'adopter des mesures différentes tout en garantissant une protection adéquate des milieux riverains, leur mise en valeur et, le cas échéant, leur restauration.»

l'Environnement et des Parcs⁴³. Le plan de gestion doit comprendre l'identification du territoire d'application du plan et l'identification des plans d'eau et cours d'eau visés. Il doit également faire état des motifs justifiant le plan de gestion et des mesures particulières de protection de ces espaces «en plus ou en remplacement de ce que prévoit la présente politique» (art. 5.4.2). Le plan de gestion doit être extrêmement bien documenté et inclure les données physico-chimiques et écologiques suivantes des plans d'eau visés :

la description générale de l'occupation du sol;

la caractérisation de l'état des plans d'eau et cours d'eau et des rives (qualité de l'eau et des rives; nature des sols; secteurs artificialisés, à l'état naturel, sujets à l'érosion, etc.);

une description des secteurs présentant un intérêt particulier (habitat faunique et floristique particulier, groupement végétal rare, milieu recelant des espèces menacées ou vulnérables ou susceptibles d'être classées ainsi, site archéologique, etc.) [...] (Art. 5.4.3 de la politique).

La politique spécifie que «le plan de gestion doit présenter une amélioration de la situation générale de l'environnement sur le territoire de son application» (art. 5.2). Par conséquent, la MRC qui souhaite adopter des mesures plus contraignantes que la politique se devra de concevoir un plan de gestion détaillé comportant des «mesures spécifiques» qui répondent à des «situations particulières» et capables de susciter une «amélioration» de la situation globale de l'environnement.

43. À notre connaissance, un seul plan de gestion des rives a été élaboré dans le bassin versant de la rivière Saint-François, soit le plan de gestion de la rive Est du lac Massawippi qui a été préparé par la MRC de Memphrémagog en septembre 1997. Toutefois, il ne semble pas avoir été soumis à l'approbation du gouvernement. Voir MRC de Memphrémagog, *Plan de gestion de la rive Est du lac Massawippi*, vol. 1 et 2, 1997, 63 p.

Il incombe donc à la MRC de démontrer que des mesures supplémentaires s'avèrent nécessaires, au regard des normes de la Politique, dans le but d'obtenir une amélioration de l'environnement. Puisqu'il n'y a aucune habilitation dans la Politique permettant aux MRC ou aux municipalités locales d'imposer une «obligation de faire», les MRC désirant, par exemple, imposer la revégétalisation des rives, devront faire approuver ces mesures supplémentaires à l'intérieur d'un cadre de gestion des rives. Les règlements municipaux adoptés sans habilitation législative et sans cette approbation préalable du gouvernement seront, par conséquent, *ultra vires*. Selon les termes de la Cour d'appel du Québec, ils pourraient être jugés «injustes et abusifs» par les tribunaux⁴⁴.

Les municipalités locales ou régionales pourraient-elles utiliser d'autres dispositions législatives pour revégétaliser leurs rives et éviter ainsi la procédure complexe du plan de gestion pour les MRC?

2.2. Les sources de pouvoirs réglementaires connexes

Des dispositions de différentes lois sont souvent suggérées en tant qu'assises réglementaires pour la protection des rives. Ces lois habilitantes incluent : la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* (2.2.1.), la *Loi sur les compétences municipales* (2.2.2.) et la *Loi sur le développement durable* (2.2.3.) Nous verrons brièvement chacune de ces lois.

2.2.1. La Loi sur l'aménagement et l'urbanisme (LAU)

En vertu de l'article 113 al.2 (16) LAU, une municipalité locale peut adopter un règlement de zonage visant à :

[...] régir ou prohiber tous les usages du sol, constructions ou ouvrages, ou certains d'entre eux, compte tenu, soit de la topographie du terrain, soit de la proximité d'un cours d'eau ou d'un lac, soit des dangers d'inondation, d'éboulis,

44. Sutton, *supra* note 21.

de glissement de terrain ou autre cataclysme, soit de tout autre facteur propre à la nature des lieux qui peut être pris en considération pour des raisons de sécurité publique ou de protection environnementale des rives, du littoral ou des plaines inondables; prévoir à l'égard d'un immeuble qu'il décrit et qui est situé dans une zone d'inondation où s'applique une dérogation à cette prohibition ou une règle édictée en vertu du présent paragraphe, une dérogation à cette prohibition ou règle pour un usage du sol, une construction ou un ouvrage qu'il précise. (art. 113 (16°) de la LAU) (Nous soulignons)

Cette «possibilité» de réglementer devient toutefois contraignante en vertu de l'article 5 al.2 (1) et de l'article 33 de la LAU qui obligent les municipalités locales à adopter un plan d'urbanisme conforme aux objectifs du SAD et aux dispositions du document complémentaire de leur MRC⁴⁵. Les articles 165.2 et 165.4 de la LAU, précédemment mentionnés, imposent les normes de la politique comme normes minimales obligatoires en termes de protection des rives.

Par ailleurs, l'article 113 al.2 (12) de la LAU stipule qu'une municipalité locale peut «obliger tout propriétaire à garnir son terrain de gazon, d'arbustes ou d'arbres». Cette disposition

45. LAU, *supra* note 21, art. 5(2) : «Le schéma doit également comprendre un document complémentaire établissant des règles qui obligent les municipalités dont le territoire est compris dans celui de la municipalité régionale de comté à :

1° adopter des dispositions réglementaires en vertu du paragraphe 16° ou 17° du deuxième alinéa de l'article 113 [...]

3° prévoir dans les dispositions réglementaires des règles au moins aussi contraignantes que celles établies dans le document complémentaire» et art. 33 : «Chaque municipalité dont le territoire fait partie du territoire de la municipalité régionale de comté est tenue, dans les 24 mois de l'entrée en vigueur du schéma d'aménagement et de développement, d'adopter pour la totalité de son territoire un plan d'urbanisme conforme aux objectifs du schéma d'aménagement et de développement et aux dispositions du document complémentaire et d'en transmettre une copie aux municipalités dont le territoire est contigu et à la municipalité régionale de comté.»

législative est souvent citée pour valider les règlements municipaux de revégétalisation des rives.

2.2.2. La Loi sur les compétences municipales (LCM)

La *Loi sur les compétences municipales*⁴⁶ octroie aux municipalités des compétences générales en matière d'environnement et de nuisances⁴⁷. Elle habilite les municipalités locales à adopter des règlements en matière d'environnement (art. 19 LCM) ou des mesures non réglementaires (art. 4 LCM). Les limites du pouvoir réglementaire accordé par la LCM sont exposées à l'art 6⁴⁸.

La LCM confère également à l'égard des cours d'eau à débit régulier ou intermittent (sauf exceptions⁴⁹) et aux lacs une

46. L.R.Q., c. C-47.1 [L.C.M.].

47. *Ibid.*, art. 4 (4) (6) et 85.

48. *Ibid.*, art. 6 : « Dans l'exercice d'un pouvoir réglementaire prévu par la présente loi, toute municipalité locale peut notamment prévoir :

1° toute prohibition;

2° les cas où un permis est requis et en limiter le nombre, en prescrire le coût, les conditions et les modalités de délivrance ainsi que les règles relatives à sa suspension ou à sa révocation;

3° l'application d'une ou de plusieurs dispositions du règlement à une partie ou à l'ensemble de son territoire;

4° des catégories et des règles spécifiques pour chacune;

5° l'obligation de fournir une sûreté pour assurer la remise des lieux en état lorsqu'une personne exerce une activité ou effectue des travaux sur le domaine public;

6° des règles qui font référence à des normes édictées par un tiers ou approuvées par lui. Ces règles peuvent prévoir que des modifications apportées à ces normes en font partie comme si elles avaient été adoptées par la municipalité locale. De telles modifications entrent en vigueur à la date fixée par la municipalité aux termes d'une résolution dont l'adoption fait l'objet d'un avis public conformément à la loi qui la régit. »

49. *Ibid.*, art. 103 : « Toute municipalité régionale de comté a compétence à l'égard des cours d'eau à débit régulier ou intermittent, y compris ceux qui ont été créés ou modifiés par une intervention humaine, à l'exception:

1° de tout cours d'eau ou portion de cours d'eau que le gouvernement détermine, après consultation du ministre du Développement durable, de

compétence exclusive aux MRC, qui concerne principalement l'écoulement normal des eaux des cours d'eau⁵⁰ et le niveau de l'eau des lacs⁵¹. Toutefois, l'article 106 LCM qui ne s'applique qu'aux cours d'eau, et non aux lacs en vertu de l'article 110 LCM, permet à une MRC :

[...] de réaliser des travaux permettant la création, l'aménagement ou l'entretien d'un cours d'eau. Ces travaux peuvent être exécutés dans le lit, sur les rives et les terrains en bordure de celles-ci.

l'Environnement et des Parcs, par décret qui entre en vigueur à la date de sa publication à la *Gazette officielle du Québec* ou à toute date ultérieure qui y est indiquée;

2° d'un fossé de voie publique ou privée;

3° d'un fossé mitoyen au sens de l'article 1002 du Code civil;

4° d'un fossé de drainage qui satisfait aux exigences suivantes :

a) utilisé aux seules fins de drainage et d'irrigation;

b) qui n'existe qu'en raison d'une intervention humaine; 103 à 110 (cours d'eau et lacs – compétences exclusives d'une MRC).

c) dont la superficie du bassin versant est inférieure à 100 hectares.

La portion d'un cours d'eau qui sert de fossé demeure de la compétence de la municipalité régionale de comté.»

50. *Ibid.*, art. 104 : «Toute municipalité régionale de comté peut adopter des règlements pour régir toute matière relative à l'écoulement des eaux d'un cours d'eau, y compris les traverses, les obstructions et les nuisances. Si une personne n'effectue pas les travaux qui lui sont imposés par une disposition d'un règlement adopté en vertu du premier alinéa, la municipalité régionale de comté peut les effectuer aux frais de cette personne.» et art. 105 : «Toute municipalité régionale de comté doit réaliser les travaux requis pour rétablir l'écoulement normal des eaux d'un cours d'eau lorsqu'elle est informée de la présence d'une obstruction qui menace la sécurité des personnes ou des biens. Tout employé désigné à cette fin par la municipalité régionale de comté peut, sans délai, retirer d'un cours d'eau les obstructions qui empêchent ou gênent l'écoulement normal des eaux, sans préjudice aux droits de la municipalité de recouvrer, de toute personne qui les a causées, les frais relatifs à leur enlèvement.»
51. *Ibid.*, art. 110 : «Toute municipalité régionale de comté peut, dans un lac, réaliser des travaux de régularisation du niveau de l'eau ou d'aménagement du lit. Les articles 107 à 109 s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires.»

En vertu de cet article, les MRC peuvent de leur propre initiative décider d'aménager les cours d'eau en réalisant des travaux sur les rives et sur les terrains qui les bordent. Les propriétaires concernés doivent être avisés, leur terrain remis en état, et une indemnisation leur sera versée en cas de dommage⁵². Cet article pourrait permettre certains travaux tels que la solidification des rives dans le but d'empêcher leur érosion⁵³. Cependant, puisque les lacs sont totalement exclus de la disposition, il est clair que le législateur ne visait pas ici la revégétalisation de l'ensemble des rives des MRC.

2.2.3. La Loi sur le développement durable (LDD)

La *Loi sur le développement durable* (LDD) n'accorde aucun pouvoir additionnel aux municipalités pour leur permettre de

-
52. *Ibid.*, art. 107 : «Le propriétaire ou l'occupant d'un terrain doit permettre aux employés ou représentants de la municipalité régionale de comté l'accès au cours d'eau pour les inspections nécessaires à l'exercice de leurs fonctions. Il doit également permettre l'accès de la machinerie et des équipements requis afin de réaliser des travaux. Avant d'effectuer des travaux, une municipalité régionale de comté doit notifier au propriétaire ou à l'occupant son intention de circuler sur son terrain au moyen d'un préavis d'au moins 48 heures, à moins que l'urgence de remédier à la situation ne l'en empêche. La municipalité régionale de comté est tenue à la remise en état des lieux et, le cas échéant, à la réparation du préjudice causé par son intervention. À défaut d'entente, le montant de l'indemnité pour la réparation du préjudice causé est fixé par le Tribunal administratif du Québec à la demande de la personne qui le réclame tenu des adaptations nécessaires.» et art. 108 : «Toute municipalité régionale de comté peut, par entente avec une municipalité locale de son territoire conclue conformément aux dispositions de la section XXV du chapitre II du titre XIV du Code municipal du Québec (chapitre C-27.1), lui confier l'application des règlements, le recouvrement de créances et la gestion des travaux prévus à la présente sous-section. L'article 107 s'applique, compte tenu des adaptations nécessaires, à toute municipalité locale et aux employés ou représentants de cette dernière à qui est confiée une fonction en vertu du premier alinéa.»
53. *Ibid.*, art. 2 : «Les dispositions de la présente loi accordent aux municipalités des pouvoirs leur permettant de répondre aux besoins municipaux, divers et évolutifs, dans l'intérêt de leur population. Elles ne doivent pas s'interpréter de façon littérale ou restrictive».

protéger leurs rives. Toutefois, elle instaure un «nouveau cadre de gestion au sein de l'Administration» (art. 1 LDD), basé sur seize principes qui doivent guider l'action gouvernementale (art. 6)⁵⁴. Parmi ces principes, certains peuvent s'appliquer aux règlements municipaux qui visent la protection des rives :

b) *«Équité et solidarité sociales»* : les actions de développement doivent être entreprises dans un souci d'équité intra et intergénérationnelle ainsi que d'éthique et de solidarité sociales;

c) *«Protection de l'environnement»* : pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement;

i) *«Prévention»* : en présence d'un risque connu, des actions de prévention, d'atténuation et de correction doivent être mises en place, en priorité à la source;

m) *«Respect de la capacité de support des écosystèmes»* : les activités humaines doivent être respectueuses de la capacité de support des écosystèmes et en assurer la pérennité;

o) *«Pollueur payeur»* : les personnes qui génèrent de la pollution ou dont les actions dégradent autrement l'environnement doivent assumer leur part des coûts des mesures de prévention, de réduction et de contrôle des atteintes à la qualité de l'environnement et de la lutte contre celles-ci.

Dans un récent litige, la Cour supérieure mentionnait que «la notion de développement durable n'est pas qu'une figure de style ni un vœu pieux. C'est un changement fondamental de philosophie sociétale»⁵⁵ . Les lois doivent dorénavant être interprétées en respectant le «virage souhaité par le législateur»⁵⁶,

54. L.R.Q. c. D-8.1.1.

55. Sutton, *supra* note 21 au par. 13.

56. *Ibid.* au par. 16.

mais il demeure que ces principes ne peuvent remplacer un défaut d'habilitation législative. Dans la mesure où ils guident l'action gouvernementale, les principes devraient être employés, par exemple, lors de l'approbation par le gouvernement d'un plan de gestion des rives d'une MRC.

Il est à noter que ces principes vont bien au-delà de la finalité d'une disposition législative ou réglementaire. En effet, ils questionnent la pertinence des moyens d'intervention gouvernementale en matière environnementale, comme en témoignent les principes suivants :

e) «Participation et engagement» : la participation et l'engagement des citoyens et des groupes qui les représentent sont nécessaires pour définir une vision concertée du développement et assurer sa durabilité sur les plans environnemental, social et économique;

f) «Accès au savoir» : les mesures favorisant l'éducation, l'accès à l'information et la recherche doivent être encouragées de manière à stimuler l'innovation ainsi qu'à améliorer la sensibilisation et la participation effective du public à la mise en oeuvre du développement durable;

g) «Subsidiarité» : les pouvoirs et les responsabilités doivent être délégués au niveau approprié d'autorité. Une répartition adéquate des lieux de décision doit être recherchée, en ayant le souci de les rapprocher le plus possible des citoyens et des communautés concernés.

Les diverses dispositions législatives, exposées dans la présente section, permettent-elles réellement aux municipalités d'adopter des normes différentes ou plus sévères que celles préconisées par la Politique?

2.3. Les interactions entre les différents pouvoirs réglementaires

Pour répondre à cette question, on doit comprendre l'interaction entre les différents pouvoirs habilitants. Première-

ment, le législateur est souverain et libre de légiférer comme il l'entend, cependant, comme le précise P.A. Côté :

Oeuvre d'un législateur rationnel et logique, la loi est censée former un système : chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble, au sens de chacun des éléments : «chaque disposition légale doit être envisagée, relativement aux autres, comme la fraction d'un ensemble complet» (François Génys).⁵⁷

Les intentions du législateur peuvent néanmoins être obscures et même contradictoires à l'occasion. Pour les découvrir, on fait appel à deux principes de droit romain qui présument de l'intention du législateur : le principe de la préséance de la loi postérieure (*leges posteriores priores contrarias abrogant*) et celui de la préséance de la loi spéciale (*generalia specialibus non derogant*)⁵⁸. Il en va de même concernant les différentes dispositions à l'intérieur d'une même loi⁵⁹. Ces règles d'interprétation peuvent toutefois être écartées si l'intention du législateur est manifestement à cet effet⁶⁰.

57. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009 à la p. 352 [Côté, *Interprétation des lois*]. Voir aussi *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350 au par. 43.

58. Côté, *Interprétation des lois*, *ibid.* à la p. 454.

59. *Ibid.* à la p. 354 et *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16, art. 41.1.

60. Côté, *Interprétation des lois*, *ibid.* à la p. 421.

Figure 7 : Dates de sanction des dispositions législatives

La figure 7 montre la volonté du législateur à travers le temps ainsi que la spécificité de son action législative. Selon les principes d'interprétation, les normes les plus récentes sont généralement supérieures aux normes plus anciennes (c'est le jour de la sanction de la loi qui compte et non pas la date de l'entrée en vigueur), et les normes spéciales, c'est-à-dire celles qui traitent spécifiquement des rives (ici en blanc), l'emportent *a priori* sur les normes générales. Dans la mesure où les dispositions de la Politique concernant le plan de gestion des rives des MRC datent de 1996, elles doivent prévaloir sur les dispositions de la LAU puisqu'elles reflètent la volonté la plus récente du législateur. Il serait, en effet, incohérent et illogique d'imposer un cadre de gestion aussi rigide aux MRC si les municipalités locales pouvaient elles-mêmes régler leurs rives en vertu de l'article 113 de la LAU de 1980.

Par ailleurs, les dispositions de la Politique qui représentent des normes spéciales doivent également primer sur les

dispositions de nature générale de la LCM, bien qu'elles soient antérieures à cette dernière. L'article 3 de la LCM précise que :

Toute disposition d'un règlement d'une municipalité adopté en vertu de la présente loi, inconciliable avec celle d'une loi ou d'un règlement du gouvernement ou d'un de ses ministres, est inopérante.

La politique et la LCM partagent donc un but commun de protection de l'environnement et forment un régime juridique mutualiste où la LCM n'a pas préséance, mais vient plutôt appuyer et compléter au besoin les autres dispositions législatives concernant spécifiquement la protection de l'environnement.

En résumé, le législateur, tout en connaissant les pouvoirs contenus dans la LAU, a jugé opportun d'intégrer au sein de la LAU un régime spécifique pour les rives. De plus, en 1996, voyant les difficultés d'application de la politique relativement, entres autres, aux droits acquis⁶¹, le gouvernement a choisi d'élaborer une procédure spéciale pour permettre aux MRC d'imposer des normes plus sévères ou différentes de celles prônées par la politique, tout en gardant le contrôle par l'entremise de l'approbation préalable par le ministre responsable. Si le législateur avait voulu accorder plus de pouvoirs aux MRC ou aux municipalités locales, il aurait pu le faire en vertu de la LAU. De même, en 2005, il est venu préciser, dans la LCM, certaines compétences des municipalités relativement à la gestion de l'eau. Il aurait pu alors s'écarter de la politique et instaurer un tout nouveau régime pour les bandes riveraines, mais il ne l'a pas fait. Il a plutôt expressément exclu de la LCM les travaux d'aménagement sur les rives des lacs, démontrant, encore une fois, sa volonté de déférer au «plan de gestion des rives» de l'article 5 de la Politique comme fondement d'intervention étatique.

Il est, cependant, important de comprendre que même lorsqu'une disposition municipale est reconnue légale en vertu de

61. Politique, *supra* note 15, section 3.

sa loi habilitante, elle doit également être validée quant au respect ou non des droits acquis.

3. Le respect des droits acquis par la réglementation municipale

Lorsqu'une disposition municipale est légale en vertu de sa loi habilitante et des principes jurisprudentiels, elle doit également être analysée quant au respect des droits acquis. Les droits acquis traduisent une situation particulière du droit de propriété qui touche à l'effet de la loi dans le temps.

3.1. Le droit de propriété

Le *Code civil du Québec* définit la propriété comme étant :

Le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi.⁶²

Le droit de propriété est reconnu par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec comme étant un droit fondamental⁶³. Une atteinte volontaire à ce droit engendre une réparation généralement sous forme de dommages-intérêts. Toutefois, le droit de propriété n'est pas absolu. Il peut être limité par la loi (interdiction de nuire à l'écoulement naturel des eaux sur son terrain, interdiction d'épandage de pesticides ou d'engrais, distance à respecter pour les bâtiments, etc.) ou par des conventions entre individus (servitudes)⁶⁴ ou encore par des conventions entre l'État et un individu (servitudes de conservation, baux)⁶⁵. Les restrictions imposées au droit de

62. Art. 947 C.c.Q.

63. L.R.Q., c. C-12, art. 6 : «toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.»

64. Lafond, *supra* note 11 à la p. 303 et s.

65. LCM., *supra* note 46, art. 112 (3) et 113; Rémi Moreau, *La protection du milieu naturel par les fiducies foncières*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995.

propriété par l'État sont, néanmoins, les plus courantes et peuvent aller de l'accommodation de voisinage à l'expropriation.

En 1993, la décision *MRC Abitibi c. Ibitiba* est venue reconnaître que la protection de l'environnement, en tant qu'enjeu collectif, pouvait restreindre le droit de propriété⁶⁶. La Cour d'appel, sous la plume du juge Baudouin, y déclare :

L'intention législative générale est donc claire. D'une part, on veut instaurer une politique générale de protection des rives, des lacs et cours d'eau à l'échelle de l'ensemble du territoire québécois. La protection de l'environnement est désormais considérée comme ne relevant pas de l'ordre privé, de l'approximation et du bon vouloir des propriétaires et usagers, mais devient un projet collectif, appuyé par une législation et une réglementation civile, administrative et pénale, symboles du caractère d'intérêt et d'ordre public qu'elle revêt. Pour ce faire, par le biais du pouvoir de désaveu ministériel, on oblige les 95 municipalités régionales de comté à incorporer dans leur règlement intermédiaire des normes minimales de protection.
[...]

La protection de l'environnement et l'adhésion à des politiques nationales est, à la fin de ce siècle, plus qu'une simple question d'initiatives privées, aussi louables soient-elles. C'est désormais une question d'ordre public. Par voie de conséquence, il est normal qu'en la matière, le législateur, protecteur de l'ensemble de la collectivité présente et future, limite, parfois même sévèrement, l'absolutisme de la propriété individuelle (...). Le droit de propriété est désormais de plus en plus soumis aux impératifs collectifs. C'est là une tendance inéluctable puisque, au Québec comme dans bien d'autres pays, la protection de l'environnement et la préservation de la nature ont trop longtemps été abandonnées à l'égoïsme individuel

66. *Ibitiba*, *supra* note 35. Dans cette affaire, l'intimée avait enfreint le règlement municipal interdisant de construire une route à moins de 75 mètres pour un lot non desservi ou partiellement desservi et de 45 mètres pour un lot desservi, d'un lac ou d'un cours d'eau. Voir aussi *Ontario c. Canadien Pacifique*, [1995] 2 R.C.S. 1031.

[...]. Comme l'écrivait d'ailleurs la Cour suprême dans l'affaire *Bayshore Shopping Centre c. Nepean*, [1972] R.C.S. 756, à propos du droit de propriété :

Il faut interpréter strictement les règlements qui limitent ce droit. Néanmoins, il a été dit que les dispositions modernes en matière de zonage ont été adoptées pour protéger toute la collectivité et qu'il fallait les interpréter libéralement en tenant compte de l'intérêt public.⁶⁷

Toujours selon le juge Baudouin, la promotion d'impératifs collectifs n'impose pas seulement des limites au droit de propriété, mais peut même se faire au détriment du propriétaire :

Certes, pour le propriétaire, le fait de se conformer à une réglementation visant à protéger l'environnement est une charge supplémentaire et lui occasionne des tracas et des dépenses additionnelles. C'est là simplement la rançon que tout propriétaire individuel doit payer pour la protection générale et collective de la nature. La complexification de l'exercice du droit de propriété individuel pour cette raison ne saurait constituer une expropriation déguisée, non plus d'ailleurs qu'une réduction consécutive de la valeur commerciale de la propriété. Nous ne sommes pas devant une situation où la réglementation réduit tellement l'exercice du droit de propriété qu'elle en rend un usage impossible [...] ou a pour effet de supprimer totalement l'achalandage d'une entreprise, tout en lui laissant ses biens [...].⁶⁸

En effet, comme le souligne le professeur Lafond :

Il est un principe fondamental suivant lequel un règlement de zonage ne peut priver totalement un contribuable de l'usage de sa propriété. Un tel règlement constituerait un abus de pouvoir, entraînerait une expropriation déguisée sans indemnité et, partant, serait entaché de nullité.

67. *Ibitiba, ibid.*

68. *Ibid.*

Cependant, une municipalité n'abuse pas de ses pouvoirs lorsqu'elle agit de bonne foi et dans l'intérêt public, de façon raisonnable, justifiée et non discriminatoire.⁶⁹

La réglementation municipale peut donc restreindre le droit de propriété pour protéger l'environnement. L'intérêt collectif prime alors sur les droits individuels. Cependant, comme le montre la figure 8, il est important de comprendre que les normes juridiques nouvelles s'appliquent aux situations nouvelles telles que les situations futures et les développements futurs de situations en cours (effet immédiat de la loi). Par exemple, bien que l'interdiction d'épandre de l'engrais limite la liberté d'un propriétaire, donc son droit de propriété, cette action sera dorénavant illégale puisqu'elle est itérative dans le temps. Se pose alors la question de l'applicabilité des nouvelles restrictions au droit de propriété aux situations en cours qui ont été créées de façon licites par le passé, c'est-à-dire avant l'adoption d'une nouvelle norme. Certains usages en cours deviendront des usages dérogatoires légaux après l'entrée en vigueur de la nouvelle norme, tant que l'usage en cours ne sera pas modifié ou interrompu. C'est ce qu'on appelle maintenir des droits qui ont été acquis par le passé.

69. Lafond, *supra* note 11 à la p.486.

Figure 8 : Effet de la loi dans le temps

3.2. Les droits acquis

Le concept des droits acquis apparaît dès l'époque médiévale⁷⁰. Le dilemme de l'applicabilité des lois nouvelles aux situations en cours se retrouve dans le *Code de Justinien* du Bas-Empire romain, où il fut décidé que la loi nouvelle ne s'appliquerait qu'aux faits futurs⁷¹. En droit canadien, le principe du respect des droits acquis est également présent, et la cause la plus célèbre en faisant état date de 1933⁷² :

Il ne faut pas interpréter une disposition législative de façon à porter atteinte aux droits acquis ou à une situation constituée (Main c. Stark, (1890) 15 A.C. 384, à la page 388), à moins que sa formulation ne requière une telle interprétation.

70. Pierre-André Côté, «Le juge et les droits acquis en droit public canadien» (1989) 30 C. de D. 359 à la p. 366. [Côté, «Droits acquis»].

71. *Ibid.*

72. *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629 à la p. 638.

Même interprétation en droit civil québécois :

Ainsi en droit de l'urbanisme, il est de jurisprudence constante que la nouvelle réglementation de l'usage des sols soit inopposable aux usages légalement en cours au moment de la modification : ces usages, constitutifs de droits acquis, peuvent être maintenus malgré les nouvelles règles et malgré l'abrogation des textes qui les autorisaient.⁷³

Dans un contexte où les droits collectifs en matière d'environnement prennent de plus en plus la mesure sur les droits de propriété individuels, on peut s'interroger sur la finalité des droits acquis? Selon le professeur Côté :

Si la loi se veut ordre, la modification de la loi entraîne le désordre et risque de frustrer des efforts de prévision⁷⁴.

La gestion du risque est, en effet, inhérente au droit de propriété. Un propriétaire potentiel évaluera d'emblée les restrictions grevant le droit de propriété, il anticipera les risques en se basant sur une certaine stabilité de la loi, puis il consentira ou non à se lier. Si la loi nouvelle n'est pas appliquée de façon restreinte uniquement aux situations nouvelles, non seulement prive-t-elle le sujet de droit des bénéfices de son analyse du risque, mais elle instaure pour l'avenir un régime d'insécurité pour tous les futurs investisseurs qui se montreront dès lors beaucoup moins enclins à assumer des risques qu'ils ne peuvent estimer avec un minimum de précision. Pour éviter une perte de confiance envers le système juridique et un recul des investissements, le compromis de l'application restreinte de la nouvelle norme est donc nécessaire. Le maintien des droits, acquis par le propriétaire «captif» (c'est-à-dire le propriétaire au moment de l'entrée en vigueur de la norme nouvelle) vise donc «à éviter l'expropriation sans indemnité du patrimoine individuel»⁷⁵. Dans l'affaire *Huot c.*

73. Côté, *Interprétation des lois*, *supra* note 57 à la p.194.

74. Côté, «Droits acquis», *supra* note 70 à la p. 361.

75. Pierre Moreau, «Les droits acquis en matière d'aménagement et d'urbanisme : Une évolution marquée de la jurisprudence récente» dans

*Municipalité de l'Ange-Gardien*⁷⁶, la Cour d'appel du Québec reconnaissait, en 1992, qu'en matière municipale, les droits acquis constituaient :

un compromis nécessaire restreignant d'une part, l'aménagement rationnel du territoire mais protégeant d'autre part l'équité quant aux propriétaires d'immeuble [...] qui ont exercé un usage dérogatoire mais légal et légitime antérieurement aux dispositions d'une loi ou d'un règlement⁷⁷.

Toutefois, les droits acquis ne découlent pas d'une règle de droit à proprement parler, mais plutôt d'un principe d'interprétation du droit de propriété, qui peut être mis de côté de façon expresse ou implicite par le législateur⁷⁸. Il existe donc à l'égard des dispositions réglementaires, une présomption selon laquelle les droits acquis sont maintenus à défaut d'une indication claire du législateur à l'effet contraire⁷⁹. Les droits acquis ne pourront pas cependant être écartés par le législateur de façon inconsidérée⁸⁰. Le maintien des droits acquis est présent dans plusieurs sphères du droit privé et du droit public, mais c'est

Congrès annuel du Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Yvon Blais, 1995 aux pp. 593, 595 et 596.

76. [1992] R.J.Q. 2402 (C.A.) [*Huot*].

77. *Ibid.* à la p. 2409.

78. *Venne c. Québec (Commission de la protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880 [*Venne*]. Voir aussi *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1977] 1 R.C.S. 271 à la p. 282. P.A Côté utilise les termes : «l'intention de porter atteinte aux droits acquis n'a pas à être formellement exprimée : il suffit que cette intention apparaisse clairement.».

79. Côté, *Interprétation des lois*, *supra* note 57 à la p. 212.

80. Pour des raisons de stabilité juridique telles que vu précédemment. Voir Robert Daigneault, «Analyse comparative des régimes de droits acquis : environnement, agriculture et zonage» dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de l'environnement (2007)*, Yvon Blais, Cowansville, 2007 aux pp. 431-432 [Daigneault] : «Mais à examiner l'abondante jurisprudence qui s'est développée au fil des ans en matière de droits acquis, force est de constater que ce droit à la propriété existe bel et bien et que ce n'est pas inconsidérément que le législateur peut y porter atteinte».

surtout en matière de zonage municipal qu'ils sont souvent contestés devant les tribunaux.

Sauf si la loi habilitante lui permet d'écarter les droits acquis, un nouveau règlement municipal se devra donc de les respecter. Il appartient au législateur d'abolir ou non les droits acquis. S'il n'y a pas d'indication claire de sa part visant à les abolir, les droits acquis devront être maintenus.

3.2.1. La limitation législative des droits acquis en matière de protection des rives

Les droits acquis peuvent donc être écartés par une disposition législative. Les lois qui ont trait à la protection des rives, ou qui sont susceptibles d'être utilisées à cette fin, permettent-elles d'écarter les droits acquis qui touchent à l'usage des rives?

i) La Loi sur la qualité de l'environnement (LQE)

La *Loi sur la qualité de l'environnement* est silencieuse quant aux droits acquis sur les rives, par conséquent, elle les maintient. La question des droits acquis s'est d'ailleurs déjà posée à l'égard de l'article 22 de la LQE⁸¹. La Cour d'appel avait alors reconnu que la nécessité d'obtenir un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 ne s'appliquait qu'aux activités postérieures à

81. LQE, *supra* note 20, art. 22 : « Nul ne peut ériger ou modifier une construction, entreprendre l'exploitation d'une industrie quelconque, l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel ni augmenter la production d'un bien ou d'un service s'il est susceptible d'en résulter une émission, un dépôt, un dégagement ou un rejet de contaminants dans l'environnement ou une modification de la qualité de l'environnement, à moins d'obtenir préalablement du ministre un certificat d'autorisation. Cependant, quiconque érige ou modifie une construction, exécute des travaux ou des ouvrages, entreprend l'exploitation d'une industrie quelconque, l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel ou augmente la production d'un bien ou d'un service dans un cours d'eau à débit régulier ou intermittent, dans un lac, un étang, un marais, un marécage ou une tourbière doit préalablement obtenir du ministre un certificat d'autorisation. [...] ».

l'entrée en vigueur de la disposition⁸². Elle avait considéré qu'il était de l'intention du législateur de reconnaître les droits acquis, notamment à cause de l'emploi du terme «entreprendre» dans la disposition⁸³. Contrairement à ce qui est souvent soutenu, même une loi d'ordre public, telle la LQE, ne fait pas automatiquement échec aux droits acquis.

ii) *La Loi sur les compétences municipales (LCM)*

Le législateur étant silencieux quant aux droits acquis, la présomption en faveur de leur maintien devra être appliquée tant au niveau des municipalités locales et de leur compétence générale sur l'environnement (art. 19 LCM)⁸⁴ qu'au niveau des MRC qui ont une compétence exclusive eu égard des cours d'eau à débit régulier ou intermittent (art. 103 à 110 LCM)⁸⁵. Toutefois, l'article 2 de la LCM semble jeter un doute sur la volonté du législateur en stipulant que la loi ne doit pas être interprétée «de

82. *Les Constructions du St-Laurent Ltée c. Québec (P. G.)*, [1976] C.A. 635 [Constructions St-Laurent].

83. Pour une analyse de l'interprétation à donner au mot «entreprendre» de l'art. 22 LQE, voir *Lafarge Canada inc. c. Québec (P.G.)*, [1994] R.J.Q. 1832 (C.A.). Voir aussi *ibid.*

84. LCM., *supra* note 46, art. 19 : «Toute municipalité locale peut adopter des règlements en matière d'environnement.»

85. *Ibid.*, art. 103 : «Toute municipalité régionale de comté a compétence à l'égard des cours d'eau à débit régulier ou intermittent, y compris ceux qui ont été créés ou modifiés par une intervention humaine, à l'exception :

1° de tout cours d'eau ou portion de cours d'eau que le gouvernement détermine, après consultation du ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, par décret qui entre en vigueur à la date de sa publication à la *Gazette officielle du Québec* ou à toute date ultérieure qui y est indiquée;

2° d'un fossé de voie publique ou privée;

3° d'un fossé mitoyen au sens de l'article 1002 du Code civil;

4° d'un fossé de drainage qui satisfait aux exigences suivantes :

a) utilisé aux seules fins de drainage et d'irrigation;

b) qui n'existe qu'en raison d'une intervention humaine; 103 à 110 (cours d'eau et lacs – compétences exclusives d'une MRC).»

façon littérale ou restrictive».⁸⁶ Peut-on dès lors conclure qu'il s'agit là d'une disposition claire à l'effet que le législateur désire écarter les droits acquis? Nous pensons que non. Une disposition aussi largement formulée, qui permettrait d'éliminer tout type de droits acquis, aurait des répercussions tellement importantes en matière municipale qu'il est plus qu'improbable qu'elle reflète l'intention du législateur d'abolir les droits acquis.

iii) La Loi sur l'aménagement et l'urbanisme (LAU)

Les règlements adoptés en vertu de la LAU limitent considérablement l'exercice effectif du droit de propriété⁸⁷. Comme nous l'avons vu précédemment, ces restrictions sont justifiées principalement par l'intérêt général⁸⁸. Toutefois, la LAU reconnaît, et ce, de façon expresse, le maintien des droits acquis. L'adoption des règlements de zonage qui touchent aux droits acquis est balisée par l'article 113 (18°) qui expose les trois circonstances permettant d'écarter les droits acquis. Ces circonstances précises sont : 1) la cessation de l'usage dérogatoire protégé par droits acquis pour une période minimum de 6 mois; 2) la substitution d'usage dérogatoire et 3) l'extension ou la modification de l'usage dérogatoire⁸⁹. Le régime des droits acquis de la LAU laisse donc

86. *Ibid.*, art. 2 : «Les dispositions de la présente loi accordent aux municipalités des pouvoirs leur permettant de répondre aux besoins municipaux, divers et évolutifs, dans l'intérêt de leur population. Elles ne doivent pas s'interpréter de façon littérale ou restrictive.» et art. 3 : «Toute disposition d'un règlement d'une municipalité adopté en vertu de la présente loi, inconciliable avec celle d'une loi ou d'un règlement du gouvernement ou d'un de ses ministres, est inopérante.»

87. Lafond, *supra* note 11 à la p. 485.

88. *Ibid.*

89. LAU, *supra* note 21, art. 113 : «Le conseil d'une municipalité peut adopter un règlement de zonage pour l'ensemble ou partie de son territoire.

Ce règlement peut contenir des dispositions portant sur un ou plusieurs des objets suivants :

[...]

18° régir, par zone ou pour l'ensemble du territoire, les constructions et les usages dérogatoires protégés par les droits acquis :

a) en exigeant que cesse un usage dérogatoire protégé par droits acquis

très peu de latitude aux municipalités quant à la gestion des bandes riveraines grevées de droits acquis⁹⁰.

Par ailleurs, l'instauration du *Règlement de contrôle intérimaire* (RCI) prévu à l'article 62 LAU reconnaît de façon implicite le maintien des droits acquis en stipulant que la loi ne s'applique qu'aux situations nouvelles⁹¹. En effet, le RCI est une mesure temporaire qui permet de protéger le territoire d'une MRC en attendant que son schéma d'aménagement et de développement soit finalisé. Le RCI met en exécution plus rapidement les interdictions qui touchent toute nouvelle situation et cristallise les droits acquis, empêchant ainsi l'acquisition de nouveaux droits. Le même raisonnement s'applique en regard des avis de motion. En général, une municipalité dispose de deux mois suivant son avis de motion pour adopter ses nouvelles normes en matière d'urbanisme. Il s'ensuit qu'aucun droit acquis ne pourra naître durant ce temps, alors que ceux existants déjà seront maintenus :

Bref, l'avis de motion annonçant l'adoption prochaine d'un règlement modifiant les règles applicables en matière d'urbanisme aurait pour effet, dès le jour de son annonce,

si cet usage a été abandonné, a cessé ou a été interrompu pour une période de temps qu'il définit et qui doit être raisonnable compte tenu de la nature de l'usage mais qui dans aucun cas ne doit être inférieure à six mois;

b) en stipulant qu'un usage ou construction dérogatoire protégé par droits acquis ne peut être remplacé par un autre usage ou construction dérogatoire;

c) en interdisant l'extension ou la modification d'un usage ou une construction dérogatoire protégé par droits acquis ou en établissant les conditions en vertu desquelles un usage ou une construction dérogatoire protégé par droits acquis peut être étendu ou modifié.»

90. Pour une analyse comparative des différents régimes, voir LAU, *supra* note 46, art. 19. Quant au régime des droits acquis en milieu agricole, voir aussi Lorne Giroux, «Les droits acquis de la Loi sur la protection du territoire agricole à la lumière de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel du Québec» (1989) 20 R.D.U.S. 27.

91. LAU, *supra* note 21, art. 62 : «le conseil de la municipalité régionale de comté peut interdire les nouvelles utilisations du sol, les nouvelles constructions [...]»

de cristalliser les droits des propriétaires fonciers. Ceux-ci ne pourraient plus alors prétendre à des droits acquis au développement de leur terrain si, dans les faits, ils n'ont pas entrepris la construction à ce jour ou, du moins, présenté une demande de permis en ce sens à la municipalité⁹².

iv) La Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables

Seule la Politique montre une intention claire (bien qu'implicite) d'abolir certains droits acquis. Selon le libellé des dispositions, il n'existe pas de droit acquis ni pour la récolte d'herbacées le long des pentes supérieures à 30 % (art. 3.2 e)⁹³, ni pour l'agriculture à l'intérieur de trois mètres de l'eau (art. 3.2 f)⁹⁴.

Pour toute autre activité ou usage, les droits acquis doivent être maintenus puisque, selon l'article 3.1 de la Politique, une autorisation «préalable» est nécessaire pour «toutes les constructions, tous les ouvrages et tous les travaux qui "sont" susceptibles de détruire ou de modifier la couverture végétale des rives, ou de porter le sol à nu, ou d'en affecter la stabilité [...]». Le libellé de la disposition sous-entend que cette norme s'applique uniquement aux situations nouvelles⁹⁵. Les ouvrages, constructions et travaux antérieurs à la nouvelle norme (ou, dans certains cas, à partir du premier règlement municipal applicable qui interdit la construction dans la rive) bénéficieraient de droits acquis alors que ceux entrepris au moment de ou après l'adoption de la norme nouvelle et qui modifieraient le couvert végétal de la

92. Jean-François Girard, «La protection des milieux naturels par les municipalités : effervescence d'un droit en développement» dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de l'environnement* (2007), Cowansville, Yvon Blais, 2007 à la p. 20.

93. Politique, *supra* note 15, art. 3.2 (e), on peut permettre «les divers modes de récolte de la végétation herbacée lorsque la pente de la rive est inférieure à 30 % et uniquement sur le haut du talus lorsque la pente est supérieure à 30 %».

94. *Ibid.*, art. 3.2 (f).

95. Voir le raisonnement de la Cour d'appel dans *Constructions St-Laurent*, *supra* note 82 au sujet de l'article 22 de la LQE.

rive seraient interdits, sauf si autorisés préalablement. Par exemple, un aménagement paysager qui inclurait des trottoirs, des fleurs, des kiosques, du gazon pourra donc être conservé. Toutefois, les droits acquis pourront difficilement être invoqués pour justifier la «tonte» du gazon, puisque cette action est itérative dans le temps et donc soumise, selon toute vraisemblance, à l'application immédiate de la norme nouvelle.

L'analyse de l'article 3.2 consacre également le maintien général des droits acquis. Cet article interdit formellement «toutes les constructions, tous les ouvrages et tous les travaux» dans la rive, sauf exceptions. Parmi les exceptions, le législateur mentionne qu'on «peut permettre» la construction ou l'agrandissement d'un bâtiment principal ou secondaire sous certaines conditions incluant l'obligation de laisser une bande de cinq mètres «dans son état actuel ou préférablement retournée à l'état naturel si elle ne l'était déjà» (art. 3.2 (c)). Cette disposition interdit donc la présence de tout bâtiment à l'intérieur de cinq mètres, mais maintient les droits acquis dans ces cinq mètres par l'utilisation des termes «état actuel» et «ou préférablement», qui n'impliquent aucune obligation à proprement parler. Dans le cas où il n'y aurait pas de nouvelles constructions ou d'agrandissement de bâtiments, on peut déduire de cette disposition que les droits acquis (c'est-à-dire le respect de l'«état actuel» de la rive) sont respectés, *a fortiori*, sur la totalité de la rive, soit de 10 à 15 mètres selon l'inclinaison de la rive. Quant aux bâtiments secondaires, ils ne peuvent être construits que sur la partie d'une rive qui «n'est plus à l'état naturel», ce qui implique également une reconnaissance implicite du maintien des droits acquis sur l'usage antérieur de la rive (art. 3.2 (d)).

Il est à noter que dans la décision *L. Dubord Entrepreneur c. Procureur Général du Québec*⁹⁶, le tribunal précise, au sujet de la

96. (17 octobre 2006), Laval, 540-17-001605-053, REJB 2006-113596 (C.S.): La requérante avait déposé une demande de jugement déclaratoire à l'effet que les travaux qu'elle avait entrepris n'étaient pas assujettis à l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation en vertu de l'art. 22 LQE. Elle prétendait que le cours d'eau bordant ses immeubles

Politique, qu'une «exclusion doit être interprétée restrictivement devant une loi d'ordre public afin qu'elle atteigne ses objectifs de protection des rives»⁹⁷. Le tribunal reconnaît, par cet énoncé, le statut d'ordre public de la Politique. Cependant, comme le précise le professeur Côté, «il n'existe pas comme tel de principe général voulant que les droits acquis doivent céder le pas devant une règle d'ordre public», même si cet argument ainsi que celui de l'intérêt collectif sont largement utilisés même au sein de la communauté juridique⁹⁸. De plus, selon Me Daigneault:

Dans le domaine particulier de l'environnement, s'il est clair qu'une activité polluante ne saurait bénéficier de droits acquis, et ce en vertu de principes établis bien avant l'avènement de la L.Q.E., il reste que les normes dites «environnementales» sont de plusieurs ordres et, pour cette raison, elles pourront avoir des effets distincts sur les droits acquis⁹⁹.

Cette affirmation, également très répandue, qu'il ne peut y avoir de «droits acquis à polluer» se base sur le fait que 1) il n'y a généralement pas de droit à polluer en premier lieu et, par conséquent, pas de possibilité «d'acquérir» ce droit, et 2) toute action de polluer infère nécessairement un continuum temporel touchant également le moment présent et le moment futur¹⁰⁰. Tout

était en fait fossé de ligne, dès lors exclu de la réglementation. Dans la détermination de la qualification du cours d'eau ou du fossé, le juge Auclair, j.c.s., analyse la définition du mot «fossé» prévue dans la politique. Il conclut que le cours d'eau concerné était un «cours d'eau» au sens de la politique, dès lors soumis aux dispositions de protection des rives.

97. *Supra* au par. 25.

98. Côté, «Droits acquis», *supra* note 70 à la p. 428.

99. Daigneault, *supra* note 80 à la p. 25.

100. Les véritables «droit à polluer» se retrouvent uniquement au niveau des bourses d'échange (par exemple, celle du carbone) et au niveau d'ententes particulières avec le gouvernement. Voir Paule Halley, «Les ententes portant immunité de poursuite et substitution de norme en droit de l'environnement québécois» (1998) 39 C. de D. 3-50. «Polluer» signifie soit excéder les normes gouvernementales, soit causer un dommage ou une nuisance. Dans les deux cas, l'acte est illégal. Par

événement polluant l'environnement en infraction du *Code civil*, d'une disposition législative ou d'une disposition réglementaire est inexorablement illégal. Il ne faut surtout pas confondre l'application immédiate des normes aux événements futurs avec le principe du maintien des droits acquis en affirmant qu'il n'y a pas de «droit acquis à polluer» ou encore, par extrapolation, qu'il n'y a pas de «droit acquis en environnement».

En matière de droits acquis, même le gouvernement semble parfois déconcerté, laissant dériver notre «État de droit» vers un «État de confusion». C'est ce qu'a pu constater la MRC de Nicolet-Yamaska quand elle a tenté d'instaurer des bandes riveraines de dix mètres en milieu agricole en y interdisant certains types d'agriculture¹⁰¹. La ministre des Affaires municipales ayant alors déclaré :

Ce règlement n'est pas conforme aux orientations gouvernementales en matière d'aménagement, en particulier en ce qui concerne la protection du territoire et des activités agricoles. En effet, la disposition accordant une protection de dix mètres de largeur le long des cours d'eau importants du territoire contraint, de manière abusive et sans justification, la pratique des activités agricoles.¹⁰²

La ministre considéra donc qu'il y avait bel et bien des droits acquis pour les agriculteurs, puisqu'en leur absence la MRC pouvait de plein droit imposer la renaturalisation (c'est-à-dire l'interdiction de modifier le couvert végétal) d'une bande riveraine de dix mètres sans autre justification en vertu des articles 2.2 et 3.1 de la Politique. Toutefois, après avoir étudié le document

contre, tout ce qui n'est pas interdit est permis et ne peut être assimilé à la pollution au sens juridique.

101. Voir Municipalité de Comté de Nicolet-Yamaska, Règlement n° 2006-04, *Règlement de contrôle intérimaire de la MRC de Nicolet-Yamaska 2006-04*, art. 27. En fait, le Règlement de contrôle intérimaire (RCI) n'interdisait que les labours dans la bande riveraine de dix mètres, il permettait la pratique de l'agriculture comme les cultures pérennes, tel que le foin.

102. Louis-Gilles Francoeur, «Québec bloque la création de bandes riveraines» *Le Devoir* (22 juin 2006) A9.

justificatif préparé par la MRC¹⁰³, le gouvernement a permis, cinq mois plus tard, les bandes riveraines de dix mètres, mais sans préciser les fondements juridiques de sa décision.

Force est de constater que l'amalgame de dispositions, conjuguée à l'attitude cavalière du gouvernement, viennent souligner avec une grande acuité le manque de cohérence tant au niveau juridique qu'au niveau scientifique. Cette réalité rend difficile l'atteindre d'un objectif commun de protection de l'écosystème riverain. Il est également difficile de concilier ces dispositions avec le nouveau cadre de gestion instauré par la *Loi sur le développement durable*. Quoi qu'il en soit, il est important de noter que le décret de 1996 instaurant les mesures de protection particulières via le plan de gestion des rives par les MRC précise dans son texte introductif :

Attendu que les municipalités ont rencontré plusieurs irritants dans l'application de cette politique, notamment en ce qui concerne les droits acquis.¹⁰⁴

On peut alors facilement en déduire que l'instauration d'un mécanisme spécial permettant d'adopter des mesures de protections particulières (art. 5 de la Politique) visait «spécifiquement» à restreindre l'impact des droits acquis en offrant aux MRC la possibilité de justifier des normes de protection des rives différentes ou supérieures à celles de la Politique.

En résumé, il est donc impossible pour les municipalités d'abolir les droits acquis des riverains dans le but de protéger les rives. Seule une volonté claire du législateur à cet effet pourrait justifier l'atteinte aux droits acquis. Toutefois, dans les situations où la volonté du législateur est ambiguë quant au maintien ou non des droits acquis, les tribunaux sont alors appelés à se prononcer.

103. MRC de Nicolet-Yamaska, *Analyse et justifications de la MRC de Nicolet-Yamaska pour la mise en place d'une bande riveraine de dix mètres en zone agricole le long des rivières Bécancour, Nicolet et Saint-François*, Août 2006, 31 p.

104. D. 103-96, *supra* note 28.

3.2.2. L'interprétation jurisprudentielle des droits acquis en matière d'environnement

Comme nous le rappelle le juge Beetz dans l'arrêt *Venne*, les tribunaux ne sont appelés à se prononcer relativement à l'étendue des droits acquis que dans la mesure où la volonté du législateur n'est pas expresse ou, tout au moins, clairement définie :

L'intimé et Winzen font appel à deux règles d'interprétation que la jurisprudence a reconnu comme distinctes, à savoir la présomption voulant qu'on ne puisse porter atteinte aux droits acquis et la présomption à l'encontre de la rétroactivité des lois: *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732, aux pp. 741 et 744; et *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, aux pp. 279 et 282. [...] Je m'empresse toutefois de rappeler que ces règles ne sont que des règles d'interprétation. Elles ne peuvent donc être utilisées que dans la mesure où le texte législatif pertinent est ambigu.¹⁰⁵ (Nous soulignons)

Celui qui invoque un droit acquis devra en faire la preuve alors que l'autorité compétente, telle une municipalité, devra, elle, en démontrer l'absence ou l'extinction, le cas échéant¹⁰⁶. Bien que le concept des droits acquis ait été reconnu dans maintes décisions, son application reste néanmoins largement tributaire du pouvoir d'appréciation du juge¹⁰⁷. P.A. Côté souligne que :

Dans cet arsenal d'arguments, le chercheur trouve à boire et à manger; il rencontre tout, ou presque, et son contraire. Ainsi, certains arguments très usités portent en germe la négation du principe même que le juge est censé appliquer¹⁰⁸. (Nous soulignons)

105. *Venne*, *supra* note 78.

106. Marc-André LeChasseur, *Le zonage en droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006 à la p. 192 [LeChasseur].

107. Côté, «Droits acquis», *supra* note 70 à la p. 428.

108. *Ibid.*,

L'analyse des droits acquis par les juges n'améliore donc en rien l'«état de confusion» qui règne actuellement. La Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Huot*, donne cependant certains repères permettant de reconnaître les droits acquis :

- a) Les droits acquis n'existent que lorsque l'usage dérogatoire antérieur à l'entrée en vigueur des dispositions prohibant un tel usage était légal.
- b) L'usage existait en réalité puisque la seule intention du propriétaire ou de l'usager ne suffit pas.
- c) Le même usage existe toujours ayant été continué sans interruption significative.
- d) Les droits acquis avantagent l'immeuble qui en tire profit. De tels droits ne sont pas personnels mais cessibles, suivant l'immeuble dont ils sont l'accessoire.
- e) Ils ne peuvent être modifiés quant à leur nature et parfois quant à leur étendue bien que les activités dérogatoires peuvent être intensifiées en certains cas.
- f) La seule qualité de propriétaire ne suffit pas quant aux droits acquis.¹⁰⁹

Une fois un droit acquis prouvé, une présomption quant à son maintien s'applique à moins d'une disposition législative claire à l'effet contraire. Toutefois, les tribunaux ont quelquefois écarté des droits acquis dans des circonstances précises touchant à l'environnement. Par exemple, en matière de nuisance, la Cour supérieure, en 1990, déclare dans *Municipalité de Sainte-Sophie c. Les Entreprises Jaemar*¹¹⁰:

Comme on le sait, en matière de nuisance; il est bien reconnu qu'il n'y a pas de droits acquis. Une "nuisance" est une chose qui produit des inconvénients et est nuisible à quelqu'un. On ne peut le tolérer et l'accepter.

De tels propos, sans fondement précis ni justification, sont légion dans les jugements québécois. Cependant, en 2001, la Cour

109. *Huot*, *supra* note 76 à la p. 2410.

110. *Ibid.*

suprême, dans l'affaire *Ville de St-Romuald c. Olivier*, qui traitait de la validité constitutionnelle d'un règlement de zonage municipal, vient nuancer cette interprétation jurisprudentielle en légitimant, à tout le moins, un certain niveau de nuisance. En effet, selon le juge Binnie :

Dans les cas plus courants, il ne faut généralement pas pénaliser pour sa prospérité une entreprise qui se livre à un usage commercial dérogatoire dans un quartier résidentiel et dont les affaires deviennent plus florissantes, en lui faisant perdre son «droit acquis» d'exercer ses activités, même si son succès a pour effet indirect d'augmenter la circulation automobile et le bruit¹¹¹. (Nous soulignons)

Par ailleurs, les droits acquis qui paraissent généralement figés tant dans leur étendue que dans leur nature¹¹², peuvent cependant évoluer avec le temps. Ainsi, selon la Cour suprême, dans le cas de «modifications» ou «d'extensions» de droits acquis, il faut en déterminer les limites acceptables par le biais de critères précis, tels les suivants, qui pourraient également servir aux droits acquis sur l'usage des rives :

- (1) Il faut d'abord qualifier la fin visée par l'usage préexistant réellement exercé sur le site.
- (2) Lorsque l'usage actuel correspond simplement à une [...] intensification de l'activité préexistante, il pourra rarement être contesté, sauf si l'intensification est telle que l'usage est devenu complètement différent.
- (5) La partie qui invoque des effets sur le voisinage doit en faire la preuve, à moins que ceux-ci ne soient évidents.
- (6) La qualification résultante du droit acquis ne doit pas être générale au point de libérer le propriétaire des contraintes découlant de ce qu'il a fait réellement, ni être restrictive au point de le priver d'une certaine souplesse dans l'évolution raisonnable de ses activités antérieures.

111. *Ville de Saint-Romuald c. Olivier*, [2001] 2 R.C.S. 898 au par. 26 [Olivier].

112. LeChasseur, *supra* note 106 à la p. 196.

(7) Même si la définition des droits acquis comportera toujours un élément subjectif, les critères susmentionnés constituent une tentative d'asseoir la décision de notre Cour sur des faits objectifs. L'issue de l'analyse visant à qualifier l'usage ne doit pas reposer sur des jugements de valeur personnels¹¹³. (Nous soulignons)

La Cour suprême est claire : pour écarter des droits acquis, la nuisance devra être prouvée par celui qui l'invoque et les juges devront trancher sur des faits uniquement objectifs. La jurisprudence récente a ainsi retenu trois critères particuliers, soit l'intensification de l'usage dérogatoire, celui du degré de proximité des nouvelles activités avec l'usage dérogatoire et celui des nouveaux effets ou de l'aggravation des effets de l'usage dérogatoire sur le voisinage¹¹⁴. Selon LeChasseur, certains usages peuvent s'intensifier avec le temps en raison du marché, des technologies, de l'évolution des mœurs, etc.¹¹⁵. Une situation qui peut s'avérer fort différente en matière environnementale. En effet, sans qu'il n'y ait question de modification ou d'extension d'un usage dérogatoire, les effets de cet usage sur le voisinage peuvent néanmoins s'intensifier. Ainsi, un usage peut voir ses effets s'accroître par le seul changement des conditions exogènes, tel le réchauffement climatique. Par exemple, une augmentation dans la fréquence des pluies diluviennes estivales peut réduire le potentiel d'absorption du phosphore des bandes riveraines naturelles de trois mètres en milieu agricole. L'impact de l'usage dérogatoire, soit ici l'agriculture à l'intérieur de la rive, deviendra alors plus nuisible que par le passé. Les tribunaux devront, à l'avenir, non seulement analyser l'intensification des effets provoquée par tout changement induit par l'humain, mais également l'intensification en raison de causes naturelles. Le test, proposé par la Cour suprême, demeure toutefois pertinent puisqu'il permet une analyse factuelle et pragmatique des intérêts et des externalités en présence. Des impacts non significatifs sur l'environnement ou sur le voisinage justifieront donc le maintien des droits acquis.

113. *Olivier, supra* note 111 à la p. 2.

114. *LeChasseur, supra* note 106 à la p. 198.

115. *Ibid.*

Les droits acquis en environnement ne sont pas non plus éternels. En 1990, dans l'arrêt *Municipalité de Saint-Hippolyte c. Poirier*¹¹⁶, la Cour supérieure a considéré que, même si la municipalité lui reconnaissait un droit acquis concernant la réparation de son mur de soutènement situé sur la rive du lac Achigan, le défendeur avait cependant abandonné ce droit en s'abstenant d'entretenir le mur avant les faits en cause. Le défendeur se voyait dès lors assujéti à la nouvelle réglementation municipale lui interdisant ce genre de construction.

Quoiqu'il soit certainement possible pour les tribunaux d'abolir des droits acquis, la subjectivité de ces décisions peut parfois être véritablement déconcertante! Comme nous l'avons vu précédemment, les droits acquis ont été créés pour répondre à un souci de prévisibilité des normes; les restreindre sans juste cause ne fait qu'entraîner une insécurité juridique. Le concept des droits acquis empêche donc qu'il y ait expropriation déguisée ou «expropriation sans compensation». Pour illustrer notre propos, prenons comme exemple l'obligation de revégétaliser. Tel que mentionné précédemment, cette obligation pourrait être déclarée illégale par les tribunaux dans la mesure où les municipalités ne possèdent pas les compétences nécessaires pour l'édicter. Toutefois, rien n'empêche le législateur d'agir directement ou de leur déléguer les pouvoirs nécessaires, mais, avant d'opter pour une telle solution, ce dernier doit préalablement déterminer s'il s'agit d'un cas d'«expropriation déguisée». Nonobstant les droits acquis, une telle obligation aurait pour conséquence de priver le propriétaire de toute latitude décisionnelle quant à l'usage de sa bande riveraine. En 2002, la Cour d'appel, dans l'affaire *Municipalité de Frelighsburg c. Entreprises Sibeca inc.*, stipulait :

Or, de nos jours, le droit de propriété est soumis aux impératifs collectifs. Les tribunaux acceptent qu'un règlement d'urbanisme puisse, au nom de l'intérêt collectif, affecter défavorablement la valeur d'un

116. (10 septembre 1990), Terrebonne, 700-05-000076-905, REJB 1990-77058 (C.S.).

immeuble. Mais, toutefois, le règlement ne doit être tellement sévère qu'il constitue en fait une forme déguisée d'expropriation¹¹⁷. (Nous soulignons)

Si l'on considère l'obligation de revégétaliser, simplement en vertu du droit de propriété, non seulement peut-elle constituer une «expropriation sans compensation», mais elle va bien au-delà et représente, dans les faits, une «expropriation subventionnée par le propriétaire». En effet, plusieurs règlements municipaux exigent du propriétaire riverain qu'il stabilise, dans une première étape, sa rive, puis qu'il revégétalise sa bande riveraine, et ce, entièrement à ses frais¹¹⁸. Certains règlements vont même jusqu'à exiger l'achat d'un permis et la soumission d'un plan d'aménagement pour répondre à l'obligation de revégétaliser. D'une part, le propriétaire riverain soumis à de telles mesures voit son droit de propriété restreint et perd un accès privilégié à son plan d'eau, dont le coût a déjà été internalisé dans le prix d'achat de la propriété. D'autre part, il subventionne une revégétalisation artificielle (travaux de stabilisation des rives et implantation d'espèces «recommandées») sans aucune garantie de succès, tant au niveau de la végétation qu'au niveau de la stabilisation des berges. Il apparaît, à ce sujet, que les techniques de stabilisation des rives préconisées, il y a à peine 20 ans, se sont révélées souvent plus dommageables que le simple fait de ne pas agir¹¹⁹. D'un autre côté, la collectivité contribue-t-elle véritablement à une avancée, au plan écologique, relativement au processus de renaturalisation qui peut être réalisé à bien moins de frais? Une simple analyse des coûts engagés par les riverains, en contrepartie des bénéfices écologiques escomptés, suffit pour qualifier cette

117. *Municipalité de Frelighsburg c. Entreprises Sibeca inc.*, (27 novembre 2002), Montréal 500-09-010537-017, REJB 2002-35880 (C.A.) au par. 67.

118. Certaines organisations ou associations tels les organismes de bassin versant peuvent parfois fournir gratuitement certains végétaux. Une partie des frais est alors endossée par la société.

119. Certains propriétaires riverains qui avaient stabilisé leur rive avec des pierres tel que recommandé à l'époque ont vu leur terrain reculer de plusieurs pieds (jusqu'à 18 pieds) sous l'action des glaces et du vent dominant.

obligation d'«abusive». Les tribunaux pourraient être appelés à se demander si le législateur a à sa disposition d'autres alternatives permettant d'arriver à un résultat écologique similaire (voire supérieur) tout en affectant dans une moindre mesure le droit de propriété. L'interdiction d'engrais; les restrictions aux pratiques agricoles; une gestion dynamique du niveau de l'eau et de l'apport de nutriments par les tributaires, etc. sont des exemples de mesures alternatives (voir section 4).

Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que les municipalités ne peuvent zoner des propriétés privées à des fins publiques¹²⁰. Ces tentatives ont été qualifiées d'expropriation déguisée ou d'expropriation sans compensation et se sont vues rejeter par les tribunaux¹²¹. En imposant la revégétalisation des rives et, par conséquent, en réduisant de façon significative l'usage actuel des rives par leur propriétaire au bénéfice présumé de la collectivité, les municipalités ne tentent-elles pas de faire indirectement ce qu'elles ne peuvent faire directement, en envoyant, de surcroît, la facture aux riverains?

Il est à noter que le législateur a prévu, dans la *Loi sur les compétences municipales*, une disposition permettant aux MRC de créer un parc régional de manière à conserver des milieux naturels¹²². Si une MRC désire inclure dans ce parc des terres

120. *Sula c. Cité de Duvernay*, [1970] C.A. 234; *Landreville c. Boucherville (Ville de)*, [1978] 2 R.C.S. 801; *Maranda c. Montreal (Ville)*, (6 novembre 2002), Montréal 500-05-071562-027, REJB 2002-35525, J.E. 2003-61 (C.S.).

121. *Ibid.*

122. LCM, *supra* note 46, art. 112 : «Toute municipalité régionale de comté peut, par règlement, déterminer l'emplacement d'un parc régional, qu'elle soit propriétaire ou non de l'assiette de ce parc. La municipalité régionale de comté doit, avant l'adoption de ce règlement, donner et afficher un avis conformément au quatrième alinéa de l'article 445 du Code municipal du Québec (chapitre C- 7.1). [...] Le règlement prévu au premier alinéa est sans effet quant aux tiers tant que la municipalité régionale de comté n'est pas devenue propriétaire de l'assiette ou n'a pas conclu une entente lui permettant d'y exploiter le parc avec ce propriétaire ou, dans le cas d'une terre du domaine de l'État, avec celui qui a autorité sur cette terre [...]».

privées, elle devra préalablement conclure une entente avec le propriétaire du terrain pour lui permettre «d'y exploiter le parc» (vente du terrain, servitude de conservation, bail, etc.). Ce type d'intervention étatique vise avant tout à protéger un milieu naturel spécifique pour le bénéfice de la collectivité, sans pour autant pénaliser les propriétaires qui sont consentants et qui peuvent même recevoir une compensation¹²³. Loin d'être une expropriation déguisée, étant donné qu'un propriétaire ne peut y être contraint, cette solution apparaît constructive et efficiente. Elle démontre non seulement une véritable volonté de protection de l'environnement, mais elle applique également les fondements même de la gouvernance environnementale en intégrant les citoyens dans un projet de société¹²⁴.

Le juge Rochon de la Cour d'appel du Québec écrivait en 2003 :

La situation dérogatoire ne doit pas avoir pour effet de mettre en danger la santé ou la sécurité publique, l'environnement et le bien-être général de la municipalité¹²⁵. (Nous soulignons)

Bien que les propos précédents nous paraissent empreints de sagesse, la constatation ci-dessous de P.A. Côté ne nous rassure guère quant à l'objectivité et les fondements scientifiques de l'évaluation des dangers :

On peut croire que le juge qui décide de reconnaître ou de ne pas reconnaître des droits acquis procède, le plus souvent sans le dire, à une appréciation comparative des coûts individuels et sociaux de sa décision. Plus grands sont les coûts individuels et plus grave le préjudice causé

123. Voir également à ce sujet les pouvoirs accordés au gouvernement par la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*, L.R.Q. c. C-61.01.

124. Pour plus de détails sur l'implication des citoyens pour une gouvernance de l'eau efficace, voir Catherine Choquette, «Le contrat de bassin : un outil de gestion à géométrie variable» dans Catherine Choquette et Alain Létourneau, dir., *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, Québec, MultiMondes, 2008 à la p. 281.

125. *Montréal (Ville de) c. Chapdelaine*, [2003] R.J.Q. 1417 (C.A.).

à l'individu par l'application immédiate de la loi, plus grandes sont les chances que des droits acquis soient reconnus....Il est rare que la démarche de comparaison des coûts que l'on vient de décrire apparaisse ouvertement dans la jurisprudence.¹²⁶ (Nous soulignons)

Ceci nous amène donc à nous questionner sur l'atteinte d'un équilibre entre les intérêts collectifs et les droits individuels en matière de protection des rives ou de l'environnement en général.

4. La recherche d'une efficience environnementale et sociétale

Que ce soit pour le législateur, pour le gouvernement ou pour le juge, la recherche de l'efficience, tant au niveau de la société qu'au niveau de l'environnement, constitue certainement un idéal à atteindre, mais également un important défi à relever. En matière de protection des rives plus particulièrement, ces intervenants font face à deux valeurs fondamentales : le droit de propriété versus la protection de l'environnement.

Pour faire face à ce dilemme et être capable d'y répondre de manière satisfaisante et équitable, il faut, d'un côté, évaluer l'injustice potentielle subie par un propriétaire et, de l'autre, juger de la pertinence de la norme nouvelle pour l'environnement et, par conséquent, pour l'intérêt collectif. Dans la recherche d'une solution optimale, l'intérêt collectif (c'est-à-dire les bénéfices pour l'environnement et les services rendus à la collectivité par un environnement sain, notamment l'eau potable, la récréation, la chasse, la pêche, la valeur foncière) devra être maximisé tout en portant une atteinte minimale aux intérêts des particuliers. Il apparaît dès lors que le but des normes en matière de protection des rives doit être de minimiser l'atteinte aux droits des propriétaires tout en maximisant l'amélioration de l'environnement.

126. Côté, *Interprétation des lois*, supra note 57 à la p. 184.

Pour atteindre ce but, un test de «pertinence normative» est proposé. Il ne s'agit pas de juger de l'opportunité d'adopter ou non une norme, puisque le législateur demeure souverain en la matière, mais plutôt de questionner le choix de la norme utilisée en fonction de l'objectif poursuivi, dans un contexte où un droit fondamental est atteint ou risque de l'être. Il va sans dire que l'application d'un test de portée objective permettrait aux juges de réduire la part de subjectivité de leurs décisions et d'en accroître la transparence. Un tel test permettrait également au législateur, comme au gouvernement, de justifier scientifiquement les nouvelles normes qu'ils adoptent tout en réduisant l'influence du politique sur le juridique¹²⁷. Il est à noter que ce test peut servir à justifier les actions entreprises par quiconque possédant un pouvoir décisionnel (ministres, associations de riverains, etc.). À la lumière d'un tel test, l'on peut se demander si certaines normes, adoptées récemment par les municipalités, pourraient être permises de façon exceptionnelle par le gouvernement si elles étaient soumises à son approbation en vertu de l'article 5 de la Politique. Le test se résume donc comme suit :

- 1) *Quel est l'objectif de la norme proposée?*
- 2) *La norme proposée contribue-t-elle de façon significative à l'atteinte de cet objectif?*
- 3) *La norme proposée est-elle nécessaire, c'est-à-dire existe-t-il d'autres moyens aussi ou plus efficaces pour atteindre le même objectif?*
- 4) *S'il existe une norme alternative, la norme proposée est-elle la norme qui minimise le plus l'atteinte aux droits individuels pour atteindre l'objectif visé?*
- 5) *La norme proposée ou alternative impose-t-elle un fardeau économique déraisonnable par rapport à l'objectif visé?*

127. Ce genre de test est utilisé en droit constitutionnel canadien, voir par ex. le test dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Il se retrouve également en droit du commerce international, en matière environnementale, dans les décisions de l'OMC. Voir, par ex. OMC, *Rapport du groupe spécial sur les mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, OMC Déc. WT/DS332/R, Brésil, 12 juin 2007, 284 p.

Premièrement, *quel est l'objectif de la norme proposée?* Il est clair que, dans le contexte où la grande majorité des règlements municipaux a été adoptée, le but visé était de lutter contre la prolifération de cyanobactéries¹²⁸. À quelques exceptions près, les normes proposées par les municipalités visaient la réduction d'éléments nutritifs dans le milieu aquatique¹²⁹. Selon les scientifiques, la prolifération des cyanobactéries est favorisée par la présence d'éléments nutritifs dans les plans d'eau¹³⁰. Parmi ces derniers, le phosphore, qui provient essentiellement des eaux de ruissellement, est considéré comme l'élément essentiel¹³¹. Certains mécanismes viennent limiter l'entrée du phosphore dans les plans d'eau; par exemple, les végétaux captent le phosphore pour leur croissance et certains minéraux (oxydes de fer, aluminium, etc.) peuvent fixer le phosphore dans le sol¹³². Pour atteindre l'objectif de réduction des cyanobactéries, les municipalités ont majoritairement opté pour la diminution d'apports d'éléments nutritifs provenant des terrains situés à la lisière des plans d'eau. Avec l'instauration d'une bande riveraine renaturalisée ou revégétalisée, elles tentent d'établir une zone d'absorption des éléments nutritifs nécessaire au développement des cyanobactéries (la réduction de phosphore limitant la quantité de cyanobactéries).

128. Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (MDDEP), *Plan d'intervention sur les algues bleu-vert; prévenir, protéger et restaurer*, Québec, 2007, en ligne : MDDEP <[http : //www.mddep.gouv.qc.ca/eau/algues-bv/rendez-vous/plan_intervention_abv.pdf](http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/algues-bv/rendez-vous/plan_intervention_abv.pdf)> [*Plan d'intervention sur les algues bleu-vert*].

129. Par exemple, l'interdiction de construire un deuxième étage pour une habitation empiétant sur la bande riveraine est difficilement justifiable eu égard à la lutte contre les cyanobactéries.

130. GRIL, *supra* note 1 à la p. 3; Isabelle Lavoie, Isabelle Laurion et Warwick Vincent, *Les fleurs d'eau de cyanobactéries, document d'information vulgarisée*, INRS rapport n° 917, 2005, 25 p.

131. GRIL, *ibid.* à la p. 3. L'azote est un élément nutritif également important. Toutefois, certaines cyanobactéries, contrairement aux algues, peuvent fixer l'azote atmosphérique lorsque les concentrations d'azote inorganique dans l'eau sont insuffisantes.

132. *Ibid.* à la p. 4.

Deuxièmement, *la norme proposée contribue-t-elle de façon significative à l'atteinte de cet objectif?* Les normes municipales relatives aux bandes riveraines permettent-elles de réduire les teneurs en éléments nutritifs de manière significative, c'est-à-dire à des concentrations suffisamment faibles pour entraver les efflorescences de cyanobactéries? Selon la littérature contemporaine, une bande riveraine naturelle joue un rôle de prévention et de réduction de la pollution des plans d'eau, puisqu'elle permet :

- 1) la rétention des sédiments ainsi que des éléments nutritifs et des contaminants qui y sont liés (en réduisant la vitesse d'écoulement des eaux de ruissellement et en favorisant son infiltration dans le sol);
- 2) l'absorption des nutriments par la végétation;
- 3) l'élimination partielle des pesticides grâce à la sédimentation du sol qui absorbe une partie de ceux-ci;
- 4) la stabilisation des berges (réduisant ainsi l'érosion et les glissements de terrain);
- 5) le maintien de la biodiversité (en protégeant les espèces de poissons, de mollusques, d'algues et d'insectes qui n'existent qu'à proximité du rivage);
- 6) la diminution de la température de l'eau (en protégeant le plan d'eau contre les rayons du soleil si des arbres sont présents sur la rive)¹³³.

Différentes strates végétales (herbacées, arbustes et arbres) améliorent la prévention de l'érosion des rives¹³⁴, alors que les plantes herbacées prélèvent plus efficacement les nutriments de l'eau de ruissellement¹³⁵.

133. Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (MDDEP), *Efficacité des bandes riveraines : analyse de la documentation scientifique et perspectives* par Emilie Gagnon et Georges Gangbazo, Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (MDDEP), Direction des politiques de l'eau, 2007 [*Efficacité des bandes riveraines*].

134. *Ibid.*

135. Bernard Kovalchik et Rodrick Clausnitzer, *Classification and Management of Aquatic, Riparian, and Wetland Sites on the National Forests of Eastern Washington : Series Description*, United States Department of Agriculture, Forest Service, Pacific Northwest Research Station, General Technical Report PNW-GTR-593, 2004, 116 p.; Centre

La réhabilitation de la bande riveraine est une mesure présente dans tout programme de préservation des plans d'eau. Toutefois, son efficacité «significative» relativement à la réduction du nombre de cyanobactéries demeure sujette à l'expertise des spécialistes en limnologie, et leurs propos laissent cependant planer peu de doute sur le point suivant :

L'établissement de bandes riveraines apportera des améliorations mais les effets seront limités si les sources de phosphore persistent ou augmentent¹³⁶. (Nous soulignons)

De plus, selon l'avis même des scientifiques du MDDEP :

Ainsi, s'il s'agit de prévenir la contamination de l'eau ou de récupérer un de ses usages liés à des contaminants physicochimiques (fonction d'assainissement), la végétalisation de bandes riveraines ne peut être qu'une des composantes d'un plan d'action crédible, lequel doit comprendre d'autres mesures de réduction des charges de contaminants de sources ponctuelles et diffuses, s'il y a lieu.¹³⁷ (Nous soulignons)

Troisièmement, *la norme proposée est-elle nécessaire, c'est-à-dire existe-t-il d'autres moyens aussi ou plus efficaces pour atteindre le même objectif?* Pour diminuer les concentrations d'apports de phosphore dans les plans d'eau, trois possibilités s'offrent aux gestionnaires :

1) Traiter ou prélever le phosphore déjà présent dans les plans d'eau;

de conservation des sols et de l'eau de l'Est du Canada (CCSE), *Les bandes riveraines et la qualité de l'eau : une revue de littérature*, Grand-Sault, Nouveau-Brunswick, 8 p., en ligne : CCSE <<http://www.ccse-swcc.nb.ca/publications/francais/bandes.pdf>>.

136. GRIL, *supra* note 1 à la p. 10.

137. *Efficacité des bandes riveraines*, *supra* note 134 à la p. 14.

2) Bloquer les modes de transport du phosphore vers les plans d'eau, ou;

3) S'attaquer directement à la réduction des sources de phosphore dans le bassin versant. Cette dernière option est nettement privilégiée par les scientifiques, comme nous l'avons vu précédemment¹³⁸. Or, la croyance qui veut que ces sources soient principalement situées chez les riverains de première couronne est mal fondée. Il appert que ces sources sont réparties à la grandeur du bassin versant des plans d'eau touchés par une surabondance de cyanobactéries et que l'importance relative de chacune des sources (érosion des rives, eaux usées municipales et industrielles, activités agricoles, coupes forestières, etc.) varie fortement d'un bassin à l'autre, selon sa morphologie et le type d'activités humaines qui y ont lieu. La réduction des sources de phosphore de tout le bassin versant s'avère donc nécessaire, puisque les eaux de ruissellement de surface et du sous-sol convergent toutes vers les plans d'eau affectés¹³⁹. Selon le GRIL, les actions à prioriser pour réduire les cyanobactéries sont les suivantes :

Près des rives d'un lac ou d'un cours d'eau :

- S'assurer que les installations septiques soient conformes.
- Éviter l'épandage d'engrais à proximité du lac.
- Bannir l'utilisation de détergents phosphatés pour lave-vaisselle et de tout autre produit domestique contenant du phosphore.
- Éviter la construction d'entrées pavées et de terrassement imperméables.
- Bandes riveraines en milieu urbain ou de villégiature : Interdire la coupe des arbres en bordure des lacs pour avoir une meilleure vue sur le lac. Une vraie bande riveraine doit être rétablie sur les rives des lacs. [...] Des arbres ou arbustes habituellement trouvés sur le bord des cours d'eau québécois peuvent être plantés pour accélérer

138. GRIL, *supra* note 1 à la p. 10.

139. Voir Ferdinand Bonn et Olivier Thomas, «Le concept de bassin versant» dans Catherine Choquette et Alain Létourneau, dir., *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, Québec, MultiMondes, 2008 à la p. 9.

le processus, mais le simple laisser-aller de la pelouse permettra à la nature de prendre le dessus par elle-même et, cela, à moindre coût (à condition de laisser les nouveaux venus pousser sans les couper!).

- Bandes riveraines en milieu agricole : Les bandes riveraines sont impératives en bordure de tout plan d'eau, mais leur vertu purificatrice est actuellement très limitée en milieu agricole. Selon la réglementation actuelle, la bande riveraine en milieu agricole doit avoir une largeur de trois mètres autour des lacs et des cours d'eau et de 1 m le long des fossés. Cette largeur est souvent insuffisante, notamment dans les parcelles cultivées en pente et dans les zones ravinées et, en particulier, lors de la fonte des neiges où de grandes quantités de sols peuvent ruisseler au travers de la bande riveraine encore en dormance. Les bandes riveraines devraient donc être élargies dans les secteurs sensibles à l'érosion. À moyen terme, il faudra tendre vers une gestion du territoire axée sur l'agroforesterie. Ce type de gestion assure un équilibre entre les activités agricoles et le couvert forestier. Seule l'agroforesterie permettra de limiter suffisamment les apports en phosphore et de respecter la capacité de support des écosystèmes aquatiques d'un bassin versant.

Dans le bassin versant d'un lac ou d'un cours d'eau :

- Mettre à niveau les usines municipales de traitement des eaux usées tout en assurant la séparation des égouts sanitaires et des égouts pluviaux.

- Le bilan de phosphore de chacune des fermes d'un bassin versant devrait respecter la capacité de support des écosystèmes récepteurs (lacs et rivières en aval), et non seulement la capacité de support des sols.

- Au niveau local ou régional, les permis municipaux et les certificats d'autorisation du MDDEP octroyés pour les productions animales devraient être revus afin de tenir compte davantage de la capacité de support des écosystèmes aquatiques. Les effets cumulés de l'ensemble des charges en nutriments d'un bassin versant devraient être pris en compte. Selon une étude réalisée par le MDDEP en 2005, 83 % des cours d'eau agricoles (>20% du territoire consacré à l'agriculture) auraient déjà dépassé le critère d'eutrophisation. De plus, selon les calculs réalisés par le MDDEP, on devrait tendre à ne pas consacrer plus

de 5 % de la superficie totale d'un bassin versant aux cultures à grands et étroits interlignes (ex. : maïs, céréales). Il sera difficile de parvenir à un contrôle de la croissance des cyanobactéries dans les bassins versants agricoles si l'aménagement du territoire, notamment en ce qui concerne les productions animales et les cultures, ne tient pas compte des limites reliées à la capacité de support des écosystèmes aquatiques.¹⁴⁰

À cette liste viennent s'ajouter :

La modification de l'aménagement du territoire, la réduction des charges de certains contaminants à la source, la construction¹⁴¹ de stations d'épuration des eaux usées municipales, l'adoption de certaines pratiques de conservation des sols et d'aménagement forestier, l'entreposage étanche des fumiers, etc.¹⁴²

Plusieurs moyens pour atteindre le même objectif de réduction de cyanobactéries existent donc. À eux viennent également s'ajouter la gestion du niveau d'eau lorsqu'il y a présence d'un barrage et la gestion des ruisseaux intermittents dont l'importance s'accroît si l'on considère les pluies diluviennes subies par le sud du Québec au cours des dernières années. Parmi ces moyens, certains possèdent une efficacité nettement supérieure aux normes proposées par les municipalités pour diminuer les apports de phosphore vers les plans d'eau.

Quatrièmement, *s'il existe une norme alternative, la norme proposée est-elle la norme qui minimise le plus l'atteinte aux droits individuels pour atteindre l'objectif visé?* Une partie de la réponse à cette question se retrouve dans les propos du GRIL cités précédemment. Selon ces scientifiques, si l'on compare les options que sont la renaturalisation et la revégétalisation des rives, cette dernière apparaît comme n'étant pas nécessairement à privilégier

140. GRIL, *supra* note 1 à la p. 8.

141. On peut aussi penser à l'amélioration des procédés d'enlèvement du phosphore (traitement tertiaire).

142. *Plan d'intervention sur les algues bleu-vert*, *supra* note 129 à la p. 14.

dans la mesure où «le simple fait de laisser pousser la pelouse permettra à la nature de reprendre le dessus et, cela, à moindre coût». L'atteinte aux droits individuels est donc moins importante avec l'option de renaturalisation, avec des résultats comparables. Même si l'analyse exhaustive de cette question dépasse le but du présent article, il apparaît clairement que d'autres mesures ayant des potentialités de réduction de phosphore nettement supérieures aux normes proposées par les municipalités sont également moins intrusives à l'égard des droits individuels et devraient, par conséquent, être priorisées par l'action gouvernementale.

Finalement, *la norme proposée ou alternative impose-t-elle un fardeau économique déraisonnable par rapport à l'objectif visé?* Dans l'hypothèse où deux normes offriraient un rendement écologique comparable, l'on privilégierait, bien entendu, l'option la moins onéreuse. Toutefois, peu importe l'option choisie, on devra également se demander si le fardeau économique qu'elle impose aux individus est disproportionné par rapport à l'objectif visé qui se traduit ici en termes de gains environnementaux. Dans le cas où le fardeau est jugé déraisonnable, mais que l'adoption de la norme demeure nécessaire, c'est à la collectivité que reviendront alors les coûts à assumer pour la protection de l'environnement. La France illustre d'ailleurs ce cas d'espèce avec sa politique de rachat des rives et des rivages appartenant à des particuliers¹⁴³.

Conclusion

Cet article visait à démontrer que certaines dispositions réglementaires municipales applicables aux bandes riveraines sont questionnables au plan de leur légalité. C'est le cas, par exemple, de l'obligation de révégétaliser, qui ne trouve aucune assise législative habilitante. Cette obligation pourrait toutefois devenir légale si elle découlait de l'application de l'article 5 de la Politique et recevait l'approbation du gouvernement. Quant à la

143. Pour en savoir plus, voir en ligne : Conservatoire du littoral <<http://www.conservatoire-du-littoral.fr>>.

renaturalisation des rives, qui interdit la tonte du gazon, elle peut, selon nous, être validée en assimilant l'obligation «de ne pas altérer le couvert végétal» à une action future et non à un «usage en cours» grevé d'un droit acquis (au même titre que l'interdiction de mettre de l'engrais). La largeur de la bande riveraine en milieu agricole est également problématique et frustre tout effort véritable de réduction de la concentration de phosphore dans les plans d'eau du Québec. La norme des trois mètres n'est toutefois pas illégale, puisqu'elle est malheureusement définie par la Politique, mais elle accuse un net déficit de légitimité. En effet, sa justification ne peut être d'ordre scientifique. Elle est, par conséquent, uniquement d'ordre politique et économique.

Ces constatations nous amènent donc à l'essence même de la problématique, soit la recherche d'une efficience environnementale et sociétale, par des actions efficaces, objectives et équitables garantissant le respect des valeurs propres à une société libre et démocratique. Un plan d'intervention environnementale (étatique ou non étatique) ayant comme but une cause juste et conçu de façon rationnelle sera beaucoup plus acceptable pour les citoyens, même s'il engendre des restrictions de droits ou un coût économique plus élevé. Par exemple, un propriétaire riverain acceptera plus facilement d'obtempérer à une consigne s'il croit que son effort aura un impact sur la réduction du niveau de phosphore de son plan d'eau. Par contre, si le propriétaire riverain sait que sa contribution est marginale quant à la réduction du phosphore et qu'il lui en coûterait 1000 dollars pour satisfaire la réglementation municipale, il serait plus logique qu'il investisse ce montant directement à la source du problème (aménagement des tributaires, achat de bande riveraine en milieu agricole, etc.) pour contribuer de façon significative à une réduction de la teneur en phosphore de son plan d'eau. Cependant, cette solution, même si plus performante au niveau environnemental et au niveau économique, ne sera jamais utilisée pour différentes raisons dont 1) la pénalité associée au non-respect du règlement municipal, 2) l'ignorance du citoyen quant à l'impact réel de son action sur l'environnement, 3) le manque de cohésion sociale pour soutenir certaines solutions

environnementales et 4) la présence de contraintes légales et administratives qui nuisent à la réalisation de la solution alternative ou empêchent simplement d'atteindre la solution optimale.

Il revient donc à l'État de définir de nouvelles perspectives d'action, en conformité avec les réalités environnementales, les droits fondamentaux et le contexte démocratique qui sont les nôtres. Plus particulièrement, lorsqu'il s'agit de normes brimant un droit fondamental comme dans le cas présent des bandes riveraines qui ne sont plus à l'état naturel, les solutions proposées par l'État doivent, premièrement, être «réellement» efficaces sur le plan environnemental. Par exemple, la bande riveraine constitue seulement un type de mesure parmi un ensemble de mesures à prendre pour réduire les apports de phosphore. Elle doit être accompagnée d'autres actions. De plus, selon la morphologie et le type d'activités des bassins, l'instauration de bandes riveraines peut varier d'un effet négligeable à un impact très important. C'est donc au cas par cas qu'il faut analyser la situation. Deuxièmement, les solutions doivent être équitables collectivement, c'est-à-dire impliquer tous les usagers de l'eau qui ont un impact quelconque sur la teneur en phosphore des plans d'eau. Bien que les usagers de 2^e et de 3^e couronne participent à la dégradation des plans d'eau, ils n'ont actuellement aucun incitatif économique à les préserver, contrairement aux usagers de la 1^{re} couronne qui ont un intérêt à maintenir leur plan d'eau en santé pour éviter une chute de la valeur foncière de leur propriété. Par ailleurs, il est à noter que la nature est également un usager de l'eau et qu'elle contribue de façon parfois très importante à l'augmentation du phosphore dans les plans d'eau sous forme de terre meuble et de matières organiques. Ce phénomène s'observe souvent par la présence de plantes aquatiques à l'entrée des ruisseaux. Les pluies diluviennes, de plus en plus fréquentes l'été, accentuent ce phénomène.

Depuis 1996, l'État a instauré le «Plan de gestion des rives, du littoral et des plaines inondables» de la Politique qui permet, en

partie, aux MRC de mettre en place des solutions plus efficaces¹⁴⁴. Toutefois, la gestion intégrée de l'eau par bassin versant telle que prônée par la Politique nationale de l'eau de 2002 requiert la participation de l'ensemble des usagers de l'eau du bassin versant pour être réellement efficiente tant sur le plan environnemental que sur le plan sociétal. Certes, la réglementation n'est pas nécessairement l'unique avenue ni la réponse à tous les maux, mais comme le dit si bien la professeure Philips-Nootens :

... inciter, tant que l'on peut, éduquer et responsabiliser sans se lasser, obliger quand il faut et dans la mesure où il faut ...¹⁴⁵.

144. «En partie», seulement, puisque les pouvoirs alloués par la Politique ne couvrent pas toutes les sources de phosphore.

145. Suzanne Nootens, «La législation québécoise sur les maladies transmises sexuellement : un instrument bien imparfait?» (1990) 21 R.D.U.S. 293 à la p. 298. Cette citation réfère à la réglementation touchant à la santé mais elle s'applique, avec autant de sagesse, dans un contexte de protection de l'environnement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA VOIX DU CITOYEN PRÉOCCUPÉ PAR LES OGM PEUT-ELLE
TROUVER ÉCHO AU SEIN DES INSTITUTIONS? LES DÉBATS PUBLICS
COMME MÉCANISME DE PARTICIPATION CITOYENNE

Auteur(s) : Carolina MONARDES
Thérèse LEROUX

Revue : RDUS, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : 329-388

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11533>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11533>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA VOIX DU CITOYEN PRÉOCCUPÉ PAR LES OGM PEUT-ELLE TROUVER ÉCHO AU SEIN DES INSTITUTIONS? LES DÉBATS PUBLICS COMME MÉCANISME DE PARTICIPATION CITOYENNE

par Carolina MONARDES*
Thérèse LEROUX**

Dans le cadre d'un projet de recherche subventionné par la Fondation du Barreau du Québec, nous nous interrogeons sur la mise à disposition, pour les citoyens préoccupés par les enjeux scientifiques et socio-économiques associés à la culture et à la commercialisation d'organismes génétiquement modifiés (OGM), de tribunes leur permettant de faire entendre leurs avis auprès des instances responsables.

Dans cet article, différents mécanismes mis en place par les autorités pour favoriser la participation citoyenne au processus d'élaboration et de révision des politiques publiques dans ce domaine sont exposés. Nous présentons tour à tour les principaux objectifs recherchés par les autorités ayant élaboré ces expériences participatives, la portée politique et territoriale, les caractéristiques principales et l'impact de ces dernières sur la scène publique et sur les politiques gouvernementales. Enfin, nous identifions les enjeux démocratiques majeurs en matière de biotechnologies agricoles et la réponse préconisée par les autorités fédérales et provinciales à ces préoccupations.

*. Doctorante et assistante de recherche au Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

**, Professeure titulaire, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

As part of a research project subsidized by the Québec Bar Foundation, this paper focuses on the availability of forums which would enable citizens concerned with the scientific and socioeconomic impacts associated with the cultivation and marketing of genetically modified organisms (GMOs), to make their opinions known to governmental authorities.

In this article, the various processes set up by authorities to facilitate citizen participation in the elaboration and revision of public policies relating to these matters are presented. The primary objectives pursued by authorities who set up these participative events, the political repercussions and territorial range, the main characteristics as well as their public impact and their effect on governmental policies are identified. Finally, the major democratic challenges concerning agricultural biotechnology and the responses provided by the federal and provincial authorities to these concerns are examined.

(2008-09) 39 R.D.U.S.	<i>La voix du citoyen préoccupé par les OGM peut-elle trouver écho au sein des institutions?</i>	331
-----------------------	--	-----

SOMMAIRE

INTRODUCTION	333
1. La participation du public, élément nécessaire à la réalisation d'un développement durable	336
2. Les débats publics, mécanismes privilégiés pour la participation citoyenne par diverses instances canadiennes	340
A) Débats publics organisés par le Comité consultatif canadien de la biotechnologie.....	341
B) Débats publics organisés par des commissions parlementaires	344
1) Les audiences publiques sur les OGM organisées par le Comité permanent de l'agriculture, de la foresterie et de l'environnement.....	345
2) Les audiences publiques sur la sécurité alimentaire organisées par la Commission de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation (CAPA)	351
3) Les consultations publiques de la Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ)	354
C) Débats publics organisés à l'échelle locale : le colloque régional <i>Des OGM chez nous? Entre le champ et l'assiette</i>	369
3. L'analyse comparative des mécanismes de participation	372
4. La réponse des autorités aux enjeux démocratiques majeurs en matière de biotechnologies agricoles	376
CONCLUSION	383

INTRODUCTION

Les nouveaux développements qu'entraînent les biotechnologies du domaine agricole préoccupent les consommateurs et suscitent la contestation. Depuis les premières autorisations accordées en 1995¹, les mises en culture et la commercialisation d'organismes génétiquement modifiés (OGM) se sont accrues au Canada. Actuellement, bien qu'une dizaine d'espèces de plantes génétiquement modifiées (GM) aient été approuvées pour commercialisation par les autorités fédérales, trois seulement sont cultivées au Canada et au Québec : le maïs-grain, le soya et le canola². On ne trouve aucun fruit ni légume GM sur les tablettes des épicerie³. Seuls certains produits contenant des dérivés d'OGM, tels que l'huile de canola et la fécule de maïs, sont mis en vente dans les supermarchés. Les autorités

1. Commission de l'éthique de la science et de la technologie du Québec (CEST), *Pour une gestion éthique des OGM*, Québec, CEST, 2003 aux pp. xxi et 20 [CEST].
2. Les documents de décisions relatifs à la mise en marché et à la dissémination des OGM au Canada sont mis en ligne sur les sites web de Santé Canada et de l'Agence canadienne d'inspection des aliments (ACIA) : Canada, Santé Canada, Programme des aliments, *Aliment Nouveau / Biotechnologie alimentaire* (1^{er} juin 2009), en ligne : Santé Canada <<http://www.hc-sc.gc.ca/fn-an/gmf-agm/appro/index-fra.php>>; Canada, Agence canadienne d'inspection des aliments (ACIA), Bureau de la biosécurité végétale, *Document des décisions* (29 mai 2009), en ligne : Agence canadienne d'inspection des aliments <<http://www.inspection.gc.ca/francais/plaveg/bio/ddf.shtml>>. Voir également le site web d'information sur les OGM du gouvernement québécois : Québec, *Source d'information sur les organismes génétiquement modifiés*, en ligne : <<http://www.ogm.gouv.qc.ca/index.htm>>.
3. Il n'existe pas non plus d'animaux transgéniques destinés à la consommation humaine. Pour plus d'informations sur la commercialisation des aliments GM, consulter Québec, Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ), *Agriculture et agroalimentaire : assurer et bâtir l'avenir – Document de consultation*, Québec, CAAAQ, 2007 à la p. 34, en ligne : CAAAQ <http://www.caaaq.gouv.qc.ca/userfiles/File/Doc_consultation_CAAAQ.pdf> [CAAAQ, *Assurer et bâtir l'avenir – Document de consultation*].

fédérales ayant opté pour l'étiquetage volontaire⁴, les denrées composées d'OGM ne sont donc généralement pas identifiées comme telles.

Ainsi, des végétaux transgéniques sont cultivés dans les champs et des produits en contenant sont disponibles sur le marché, et ce, sans que le public ait été consulté à ce sujet et sans qu'il soit en mesure de les identifier. Le déficit démocratique dans lequel s'inscrivent les politiques gouvernementales régissant le développement et la commercialisation initiale de ces produits a d'ailleurs alimenté la polémique sur les OGM, justifiant de la sorte la méfiance des citoyens envers les autorités gouvernementales⁵. Cette méfiance est accentuée par le fait que la commercialisation de ces produits s'inscrit dans un contexte d'incertitude scientifique quant aux risques associés à leur culture et à leur consommation. Des oppositions radicales de nature socio-économique, philosophique (biocentrisme, écologie profonde, etc.) et religieuse⁶ entraînent également le rejet par certains des aliments produits grâce à la transgénèse.

4. À cet effet, consulter la norme nationale du Canada sur l'étiquetage volontaire : Canada, Office des normes générales du Canada (ONGC), *Étiquetage volontaire et publicité visant les aliments issus ou non du génie génétique*, Gatineau, Office des normes générales du Canada, 2004.

5. Le rapport d'Option consommateurs, un organisme de protection des consommateurs, constate d'ailleurs qu'une étude réalisée auprès de ces derniers relève leur manque de confiance à l'égard de la capacité des autorités à prendre des décisions au sujet des OGM. «Les sentiments évoqués sont la pauvreté des renseignements diffusés par le gouvernement, l'absence d'évaluation des effets à long terme.» : Mickaël Ricquart, *Assurer la participation des consommateurs au processus de réglementation des aliments et cultures issus du génie génétique au Canada*, Montréal, Option consommateurs, 2004 à la p. 42, en ligne : Option-consommateurs <http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/rapports/alimentation/oc_ogm_conso_reglementation04.pdf> [Ricquart].

6. Il semble cependant que la majorité des autorités religieuses ne se soient pas officiellement prononcées contre les OGM. Lindsey Fransen *et al.*, *Integrating socio-economic considerations into biosafety decisions*, Washington, World Resources Institute, 2005 à la p. 20 [Fransen *et al.*]; Voir aussi Commission de l'éthique de la science et de la technologie du

Consciente de ces enjeux, la Commission de l'éthique de la science et de la technologie (CEST) a abordé, dans son rapport, la question des biotechnologies agricoles sous l'angle de la démocratie. Elle souligne dans un premier temps que, dans le contexte de la commercialisation des OGM, le libre-choix des agriculteurs ainsi que celui des consommateurs, «valeur sans laquelle le vivre-ensemble et l'autonomie ne peuvent s'actualiser», sont actuellement largement remis en cause⁷. Des mises en garde sont alors formulées par la Commission qui s'inquiète des risques de dépendance des agriculteurs à l'égard des cultures transgéniques et de leur capacité à long terme à choisir le mode d'agriculture qui leur convient⁸. En ce qui concerne les consommateurs, elle constate qu'il leur est actuellement impossible de faire des choix éclairés en matière d'alimentation⁹.

S'appuyant sur une argumentation selon laquelle l'État ne peut imposer des risques – même minimes – à la collectivité à son insu, la Commission réclame le droit des consommateurs à l'information et recommande que le gouvernement provincial impose l'étiquetage obligatoire pour tout produit issu de la transgénèse¹⁰. De plus, elle souligne la nécessité d'une contribution de la population à la prise de décisions. Elle recommande à cette fin que le gouvernement du Québec, préalablement à toute prise de décision en matière d'OGM, tienne un débat public éclairé sur le sujet afin que la population puisse faire connaître son opinion, ses attentes et ses craintes sur ce sujet¹¹.

Québec (CEST), *Cuisine de Dieu – aliments profanes. Prohibitions alimentaires du judaïsme, organismes génétiquement modifiés et enjeux éthiques* par Mikhaël Elbaz et Ruth Murbach, Québec, CEST, 2002.

7. CEST, *supra* note 1 aux pp. xxviii, 70-72 et 80-81.

8. *Ibid.* aux pp. xxviii, xxxi et 70-72.

9. *Ibid.* aux pp. xxxi et 80-81.

10. Recommandation 8 : *ibid.* aux pp. xxxi et 81.

11. Recommandation 9 : *ibid.* à la p. xxxii et 83; Consulter aussi Recommandation 12 : Ricquart, *supra* note 5 aux pp. 119-120.

Ces recommandations de la Commission s'inscrivent dans un contexte de légitimation croissante par le droit international des revendications démocratiques visant à inclure le public aux décisions gouvernementales en cette matière. En effet, comme nous le constaterons en première partie, suite au Sommet de la Terre, la participation du public a été reconnue comme gage de succès d'un développement durable. Or, pour faire écho à cette prise de conscience, diverses expériences de débat public portant sur les OGM ont été réalisées au Canada; elles seront décrites en seconde partie. Enfin, nous terminerons en soulignant ce qui ressort de ces expériences.

1. LA PARTICIPATION DU PUBLIC, ÉLÉMENT NÉCESSAIRE À LA RÉALISATION D'UN DÉVELOPPEMENT DURABLE

Lors du *Sommet de la Terre à Rio* en 1992, la communauté internationale a reconnu le principe de la participation du public dans les prises de décisions comme l'un des éléments indispensables à la réalisation du développement durable¹². C'est la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, résultant de ces négociations, qui introduira ce principe en droit international de l'environnement et en précisera l'orientation¹³. Ainsi, en vertu du principe 10 de la *Déclaration*, les éléments favorisant le développement d'une nouvelle démocratie

12. Nations Unies, *Action 21*, c. 23, New York, NU, 1993 à la p. 191, au par. 2.

13. Le principe 10 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* (juin 1992) 96:4 R.G.D.I.P. 975, est formulé comme suit : «La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décisions. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré.»

environnementale sont le droit d'accès pour tout citoyen à l'information environnementale, la participation du public aux prises de décisions ainsi que l'accès à des actions judiciaires et administratives en cette matière¹⁴.

Le *Protocole de Carthagène*, plus spécifique à la gestion des risques associés aux OGM, recommande également aux États d'encourager la sensibilisation, l'éducation et l'accès à l'information du public aux questions de biosécurité ainsi que sa participation lors des prises de décisions relatives aux organismes vivants modifiés (OVM)¹⁵. Les États sont ainsi tenus de consulter le public lors des prises de décisions et de mettre à sa disposition l'issue de ces décisions¹⁶.

-
14. Ces trois éléments constituent également les composantes principales du développement d'une démocratie participative, telle que préconisée dans la *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*, 25 juin 1998, 2161 R.T.N.U. 473, art. 1, 3 (9) [*Convention d'Aarhus*]; La *Convention d'Aarhus* a été élaborée dans le cadre du prolongement des négociations de Rio au sein de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE-ONU). Bien que l'adhésion à la Convention soit ouverte aux États membres de l'Organisation des Nations Unies (ONU), cet instrument n'a présentement été adopté que par des nations européennes. Pour plus d'informations au sujet de la *Convention d'Aarhus*, consulter le site web de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE-ONU) : Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE-ONU), *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters*, en ligne : UNECE <<http://www.unece.org/env/pp/>>.
 15. *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, 2226 R.T.N.U. 279, art. 23 (1) [*Protocole de Carthagène*].
 16. *Ibid.*, art. 23 (2). La société civile a, selon le rapport du World Resources Institute, un rôle important à jouer dans l'application de l'article 23 du *Protocole*. En effet, elle pourrait développer des indicateurs afin d'évaluer la performance des autorités en ce qui concerne la mise en œuvre de cette disposition. Ainsi, la Access Initiative (www.accessinitiative.org), une coalition internationale d'organisations non gouvernementales (ONG) qui promeut l'accès du public à l'information, la participation et la justice dans le processus de prises de décisions environnementales, a développé une méthodologie pour évaluer la performance des autorités

Adopté par plus de 130 pays en janvier 2000 à Montréal, le *Protocole de Carthagène* n'a pas été signé par les États-Unis, ni ratifié par le Canada¹⁷. Par conséquent, les autorités fédérales ne sont pas tenues d'instaurer des mesures légales afin de le mettre en œuvre. Quant à la *Déclaration de Rio*, cette dernière n'est pas juridiquement contraignante. Ainsi, aucune norme légale internationale ne semble obliger le Canada à instaurer des mesures de participation du public aux prises de décisions reliées à la mise en culture et à la commercialisation des OGM. Pourtant, la nécessité de construire une démocratie environnementale se fait entendre au sein des négociations internationales¹⁸. En outre, de plus en plus de pays démontrent un intérêt particulier à l'élaboration de politiques sur les différents aspects de la transgénèse qui sont le fruit et la résultante d'une discussion entre les experts, les autorités gouvernementales et les citoyens¹⁹. C'est dans ce contexte que les autorités fédérales et provinciales ont expérimenté la mise en place d'expériences consultatives et participatives portant sur la production et la commercialisation de biotechnologies agricoles, et ce, bien qu'aucune législation ou réglementation canadienne les concernant²⁰ ne prévoie la

gouvernementales quant au respect de ces principes. Fransen *et al.*, *supra* note 6 aux pp. 5 et 30.

17. Pour plus d'informations à ce sujet, consulter la liste des parties au Protocole, disponible sur internet à l'adresse suivante : *Cartagena Protocol on Biosafety (Montreal 29 January 2000)*, en ligne : Convention on Biological Diversity <<http://www.cbd.int/biosafety/signinglist.shtml>>.
18. Soulignons à cet égard l'adoption le 25 juin 1998 de la *Convention d'Aarhus*, *supra* note 14, par plus de 30 États européens. Cette Convention propose des mécanismes permettant d'assurer une meilleure participation du public aux prises de décisions gouvernementales.
19. Carolina Monardes, *Pour une démocratisation des prises de décisions en matière environnementale : une étude de cas sur les OGM*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Faculté des études supérieures, 2004 à la p. 27, en ligne : PAPYRUS <<http://hdl.handle.net/1866/2432>> [Monardes].
20. Soulignons parmi les législations les plus importantes en cette matière : *Loi sur les semences*, L.R.C. 1985, c. S-8; *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27, ainsi que *Loi relative aux aliments du bétail*, L.R.C. 1985, c. F-9.

participation du public aux prises de décisions relatives à ces questions.

Néanmoins, le *Cadre fédéral de réglementation de la biotechnologie*²¹ reconnaissait dès 1993 la nécessité de veiller à ce que l'élaboration et l'application de la réglementation canadienne en matière de biotechnologie se fassent dans la transparence et à y inclure un processus de consultation du public. La participation du public constitue d'ailleurs un des piliers de la Stratégie canadienne en matière de biotechnologie agricole (SCB) élaborée en 1998²². Le Comité consultatif canadien de la biotechnologie (CCCB), instance consultative chargée de conseiller les autorités fédérales sur les enjeux liés aux biotechnologies, recommandait lui aussi, dans son rapport publié en 2002, que le public canadien et les spécialistes externes participent à l'élaboration des lois, règlements, politiques et programmes ayant trait au système canadien de réglementation des aliments GM²³. Il spécifiait, entre autres, qu'il fallait offrir au public l'occasion de participer non seulement aux questions scientifiques touchant la santé des humains et l'environnement, mais aussi au besoin aux questions touchant la politique officielle comme les considérations d'ordre social et éthique.

Cependant, un questionnement perdure à savoir si un consensus sur le développement futur des OGM est possible en raison du pluralisme des valeurs et de la polarisation des

21. Canada, Gouvernement du Canada, *Cadre fédéral de réglementation de la biotechnologie*, 1993, inclus dans l'annexe C de Canada, Industrie Canada, *La Stratégie canadienne en matière de biotechnologie (1998) : Un processus de renouvellement permanent*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1998 à la p. 25 [Canada, Industrie Canada].

22. *Ibid.*

23. Recommandation 2.2 : Canada, Comité consultatif canadien de la biotechnologie (CCCB), *Améliorer la réglementation des aliments génétiquement modifiés et des autres aliments nouveaux au Canada : rapport présenté au Comité de coordination ministérielle de la biotechnologie du gouvernement du Canada*, Ottawa, Comité consultatif canadien de la biotechnologie, 2002 aux pp. xv et 23 [CCCB, *Réglementation des aliments*].

positions sur les divers enjeux associés à ces biotechnologies agricoles. À cet égard, les autorités sont aux prises avec la nécessité d'élaborer des politiques qui, à la fois, concilient des positions contradictoires et offrent l'assurance que les droits des citoyens et les ententes commerciales internationales seront respectés. Devant cette situation, la tentation est forte pour les autorités de remettre ces importantes décisions entre les mains des experts et de la logique scientifique. D'ailleurs, ce réflexe prévaut au sein des instances décisionnelles internationales, lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'est un risque acceptable pour la société. C'est dans ce contexte que nous examinons si les citoyens canadiens disposent de tribunes pour faire valoir leurs droits et exposer leurs points de vue sur la culture et la commercialisation des OGM.

2. LES DÉBATS PUBLICS, MÉCANISMES PRIVILÉGIÉS POUR LA PARTICIPATION CITOYENNE PAR DIVERSES INSTANCES CANADIENNES

Cette partie, divisée en trois sections, présente les expériences participatives dont nous ferons une analyse dans la partie suivante. La première section traite des consultations organisées par le Comité consultatif canadien de la biotechnologie (CCCB) au niveau fédéral. La seconde expose les expériences participatives mises en place par des commissions parlementaires provinciales, l'une à l'Île-du-Prince-Édouard et les deux autres au Québec. Afin de compléter ce tour d'horizon, nous avons aussi considéré une discussion organisée par une association à l'échelle régionale au Québec.

Pour chacune de ces expériences participatives, nous décrivons les principaux buts recherchés par les instances les ayant élaborées, la portée politique et territoriale, les caractéristiques principales, et l'impact de ces dernières sur la scène publique et sur les politiques gouvernementales. Cette étape servira d'assise à l'analyse critique des processus de participation mis en place dans le cadre de l'élaboration et de la révision de

politiques gouvernementales en matière d'OGM, en soulevant les principales difficultés associées à leur mise en œuvre et à leur réappropriation par les autorités publiques.

A) Débats publics organisés par le Comité consultatif canadien de la biotechnologie

Le Comité consultatif canadien de la biotechnologie (CCCB) a été créé en septembre 1999 à titre d'élément central de la Stratégie canadienne en matière de biotechnologie²⁴. L'instauration de cet organisme faisait suite aux conclusions des processus de consultation ayant mené au développement de cette stratégie, où des intervenants gouvernementaux et externes avaient formulé un appui unanime à la création d'une entité chargée de conseiller les autorités, ainsi que de sensibiliser et de faire participer le public à des débats sur les enjeux de la biotechnologie dans notre société.

Le CCCB avait pour mandat de fournir des avis aux autorités sur les diverses préoccupations scientifiques, sanitaires, environnementales, sociales, juridiques, économiques, éthiques et philosophiques soulevées par les biotechnologies, dont les OGM²⁵. Il avait aussi pour tâche de sensibiliser le public en matière de biotechnologie et d'offrir un forum ouvert pour l'engagement et la participation citoyenne à divers débats s'inscrivant dans le mandat consultatif de l'organisme.

Le CCCB a ainsi mené une série de consultations portant sur les OGM, notamment celles concernant la réglementation des aliments GM ainsi que d'autres ayant trait aux enjeux relatifs à la brevetabilité des formes de vie supérieures²⁶. Dans le cadre de son

24. Canada, Industrie Canada, *supra* note 21 aux pp. 8-10.

25. Pour plus d'informations générales au sujet du CCCB, consulter Canada, BioStrategy, *Rapport sur la biotechnologie (1998-2003)*, Section 2, en ligne : BioStrategy <<http://www.biportal.gc.ca/francais/view.asp?x=540&mid=41>>.

26. *Ibid.*

projet d'étude sur l'amélioration de la réglementation des aliments GM, il s'est chargé de lancer un dialogue national sur la biotechnologie qui a eu lieu de mars à avril 2001. À cette fin, il a diffusé en mars 2001 un document de consultation²⁷ dans lequel il invitait les intervenants qui connaissaient ou s'intéressaient de façon particulière à ce dossier à soumettre leurs commentaires²⁸. Puis, du 2 au 10 avril 2001, il a tenu une série d'ateliers (tables rondes organisées sur divers thèmes) qui s'appuyaient sur le document de consultation, avec des intervenants multiples, dans cinq villes à travers le Canada²⁹. Dans le contexte de ces consultations, il a tiré avantage d'instruments variés : site internet, opinions envoyées par courriel, par télécopieur ou par la poste, ligne téléphonique sans frais, etc.

Cependant, la légitimité de ces exercices fut contestée par diverses organisations non gouvernementales (ONG). Le rapport final du CCCB, publié en 2002, note d'ailleurs qu'environ 50 ONG canadiennes (surtout environnementales) n'ont pas participé aux ateliers et ont plutôt choisi de remettre une pétition au gouvernement du Canada pour exprimer leurs préoccupations³⁰. Ces dernières «ont trait en grande partie au manque perçu

27. Canada, Comité consultatif canadien de la biotechnologie (CCCB), *Réglementation des aliments génétiquement modifiés : document de consultation*, Ottawa, Comité consultatif canadien de la biotechnologie, 2001.

28. Au total, 36 réponses furent transmises au CCCB, reflétant plusieurs perspectives : consommateurs (7), représentants de l'industrie (13), représentants d'ONG (5), milieu académique ou scientifique (3), autres (8). Canada, Comité consultatif canadien de la biotechnologie (CCCB), *Summary Consultation Report - Written Input on Genetically Modified Food*, Ottawa, Comité consultatif canadien de la biotechnologie, 2001 à la p. 8 [CCCB, *Summary Consultation Report*].

29. Vancouver (2 avril 2001), Saskatoon (4 avril 2001), Toronto (6 avril 2001), Halifax (9 avril 2001) et Montréal (10 avril 2001). Monardes, *supra* note 19 à la p. 167.

30. CCCB, *Réglementation des aliments*, *supra* note 23 à la p. 84; Voir aussi «Les ONG refusent de participer aux consultations bidons sur les OGM» *Le Bulletin des agriculteurs* (16 au 22 avril 2001), en ligne : *Le Bulletin des agriculteurs* <http://www.lebulletin.com/informations/actualite/article.jsp?content=20010416_actualite_010416t>.

d'autonomie du CCCB et de son processus de consultation, et au fait que ce dernier n'aurait pas réellement d'incidences sur la politique officielle³¹. Certains intervenants considéraient en effet que le mandat du comité consistait surtout à favoriser la commercialisation de la biotechnologie, étant donné que ce dernier était établi au sein d'Industrie Canada³². Ils en critiquaient la composition et soulevaient que de nombreux membres affiliés à l'industrie des biotechnologies faisaient partie de l'organisme, alors que des intervenants importants de la société civile en étaient exclus³³.

Le CCCB constituait jusqu'alors le seul forum de discussion à l'échelle nationale sur les biotechnologies agricoles. Son mandat a toutefois pris fin le 17 mai 2007 au moment de la publication de la stratégie des sciences et de la technologie du gouvernement du Canada, intitulée *Réaliser le potentiel des sciences et de la technologie au profit du Canada*. Dans ce document, il est prévu de consolider les rôles et responsabilités du Conseil consultatif des sciences et de la technologie, du Conseil d'experts en sciences et en technologie et du Comité consultatif canadien de la biotechnologie au sein d'un nouveau conseil mis en place en octobre 2007, le Conseil des sciences, de la technologie et de l'innovation³⁴.

31. CCCB, *Réglementation des aliments*, *ibid.*

32. CCCB, *Summary Consultation Report*, *supra* note 28 à la p. 24.

33. *Ibid.* : Soulignons que le CCCB était composé d'un président et de 12 à 20 membres possédant des connaissances diverses, nommés en fonction de leurs qualités individuelles, pas en tant que représentants d'intérêts particuliers.

34. En effet, les autorités considèrent que la pertinence d'attribuer la responsabilité de conseiller le gouvernement sur ces enjeux à des organismes distincts est aujourd'hui moins pertinente. «Un seul comité externe pourrait offrir des conseils mieux intégrés, et ce, d'une voix plus forte». Le Conseil consultatif des sciences et de la technologie a été mis sur pied pour conseiller le gouvernement sur la façon de créer une économie plus innovatrice alors que le Conseil d'experts en sciences et en technologie a été créé pour conseiller le gouvernement sur la façon de renforcer l'action fédérale en matière de sciences : Canada, Industrie Canada, *Réaliser le potentiel des sciences et de la technologie au profit du*

La mission de cette nouvelle instance consiste essentiellement à conseiller le gouvernement sur les enjeux en sciences et technologies³⁵. Entre autres, elle fera participer les entreprises, universités, collèges et autorités provinciales à un dialogue sur des questions qui lui auront été adressées par le gouvernement³⁶. Soulignons que dans cette énumération, aucune mention n'est faite du public. Par ailleurs, à la différence du CCCB qui relevait plus spécifiquement du Comité de coordination ministérielle de la biotechnologie³⁷, le Conseil des sciences, de la technologie et de l'innovation relève exclusivement du ministère de l'Industrie.

B) DÉBATS PUBLICS ORGANISÉS PAR DES COMMISSIONS PARLEMENTAIRES

À l'échelle provinciale, des débats publics ont aussi été organisés par des commissions parlementaires, deux au Québec et une autre à l'Île-du-Prince-Édouard. Nous présentons d'abord cette dernière : elle nous intéresse tout particulièrement, puisqu'on a explicitement contemplé, dans ce cas, l'option d'interdire les biotechnologies agricoles sur le territoire provincial.

Canada, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2007 aux pp. 15, 91-92 et 104 [Industrie Canada, *Potentiel des sciences*].

35. Pour plus d'informations sur le mandat, la composition et l'organisation du Conseil des sciences, de la technologie, et de l'innovation, consulter le site web de l'organisme, à l'adresse suivante : <<http://www.stic-csti.ca/epic/site/stic-csti.nsf/fr/accueil>>.
36. Le Conseil produira aussi périodiquement des rapports sur l'état du rendement de la nation en matière de sciences et technologies. Il comprendra des représentants des conseils consultatifs scientifiques fédéraux, des universités, des collèges et en particulier du secteur privé : Industrie Canada, *Potentiel des sciences*, *supra* note 34 aux pp. 91 et 104.
37. Ce dernier est composé des ministres fédéraux des Affaires étrangères et du Commerce international, de l'Industrie, de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire, de la Santé, de l'Environnement, des Pêches et des Océans, et des Ressources naturelles : CCCB, *Summary Consultation Report*, *supra* note 28.

1) Les audiences publiques sur les OGM organisées par le Comité permanent de l'agriculture, de la foresterie et de l'environnement

Le 16 décembre 2004, l'Assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard (Î.-P.-É.) a adopté une motion référant la question des cultures génétiquement modifiées au Comité permanent de l'agriculture, de la foresterie et de l'environnement³⁸. À cette occasion, le Comité s'est vu attribuer la mission de consulter le public de l'Î.-P.-É. sur ce sujet³⁹. C'est essentiellement par la mise en place d'audiences publiques qui se sont déroulées au cours de l'année 2005 que ce dernier a exécuté le mandat qui lui avait été confié⁴⁰.

Dès sa première rencontre en janvier 2005, le Comité décida d'entreprendre ses consultations en publiant une annonce sollicitant la participation du public à une discussion portant sur la commercialisation et la culture des organismes génétiquement

-
38. Cette motion peut être consultée dans les rapports subséquents du Comité permanent de l'agriculture, de la foresterie et de l'environnement déposés en mai et en décembre 2005. Pour plus d'informations sur le mandat et les activités du Comité permanent dans le cadre de cette expérience, le lecteur peut consulter Île-du-Prince-Édouard, Standing Committee on Agriculture, Forestry and Environment, *First Report of the Second Session of the 62nd General Assembly - Genetically Modified Organisms*, mai 2005 aux pp. 1-2, en ligne : Assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard <<http://www.assembly.pe.ca/reports/1-2-62GMOs.pdf>>; Île-du-Prince-Édouard, Standing Committee on Agriculture, Forestry and Environment, *First Report of the Third Session of the 62nd General Assembly - Genetically Modified Organisms*, décembre 2005 aux pp. 1-2, en ligne : Assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard <<http://www.assembly.pe.ca/reports/1-3-62GMOs.pdf>> [Île-du-Prince-Édouard, *First Report*].
39. Bien que certains intervenants participant à ces audiences provenaient d'horizons, d'intérêts et de régions géographiques diversifiés, il faut souligner que cette expérience avait essentiellement pour objectif de rejoindre les citoyens de la province.
40. Durant cette période, le Comité a tenu 15 réunions ou audiences publiques sur les OGM à l'Île-du-Prince-Édouard : Île-du-Prince-Édouard, *First Report*, *supra* note 38 à la p. 3.

modifiés. Des données sur les travaux du Comité ainsi que des ressources additionnelles d'informations furent aussi mises en ligne sur le site web de l'Assemblée législative⁴¹. La réponse du public à l'appel du Comité a été immédiate et intense. Des commentaires provenant de sources provinciales, nationales et internationales ont été colligés⁴². Ainsi, l'organisme a accueilli les mémoires et entendu les présentations de 138 groupes ou individus provenant de tous les horizons. Il a également reçu de nombreux courriels et appels téléphoniques.

Cette consultation a, dès ses débuts, été partie prenante d'une importante controverse politique et juridique, soit celle relative à la pertinence de bannir la culture des OGM sur l'Î.-P.-É. Cette éventualité avait déjà été envisagée par les instances gouvernementales, avant l'attribution du mandat au Comité. Déjà, en mars 2004, Patrick Binns, premier ministre de la province, avait, lors d'un symposium sur l'agriculture, souligné que le reclassement de l'île en zone non transgénique lui offrirait la possibilité de se positionner de manière originale sur le marché mondial⁴³. Il affirmait également que cette prise de position justifiait la tenue d'un débat sur la question.

Pour sa part, à la fin de sa sixième audience publique, le 9 mars 2005, le Comité a reconnu le besoin de solliciter un avis juridique pour circonscrire l'étendue des pouvoirs des autorités provinciales et plus spécifiquement, pour déterminer si ces dernières pourraient bannir la production d'aliments génétiquement modifiés sur le territoire, par législation⁴⁴. L'opinion, transmise le 15 mars 2005 par Judy Haldemann, conseillère juridique du Bureau du procureur général, envisage la

41. *Ibid.* : Cette information n'est plus disponible sur le site web de l'Assemblée. Seuls les rapports du Comité sont maintenant accessibles.

42. *Ibid.*

43. Carole Duffrechou, «Au Canada, une île se rêve sans OGM» *Libération* 10 7534 (1er janvier 2005), en ligne : [Libération <http://www.liberation.fr/terre/0101514159-au-canada-une-ile-se-reve-sans-ogm>](http://www.liberation.fr/terre/0101514159-au-canada-une-ile-se-reve-sans-ogm).

44. Île-du-Prince-Édouard, *First Report*, *supra* note 38 à la p. 6.

constitutionnalité d'une telle mesure⁴⁵. La conseillère est d'avis qu'aucune législation fédérale portant sur les plantes génétiquement modifiées ne semble exclure présentement la possibilité de bannir légalement les OGM d'une province⁴⁶. Elle souligne cependant que le Parlement fédéral pourrait toujours édicter une loi rendant inopérante une législation provinciale interdisant ou restreignant la production d'OGM sur son territoire.

Fort de cet avis, en décembre 2005, le Comité permanent de l'agriculture, de la foresterie et de l'environnement a déposé son rapport final à l'Assemblée législative. Le Comité constate dans ce rapport que le débat lors des audiences publiques était polarisé, parfois enflammé, et relève qu'il y eut des moments où chaque partie a tenté de discréditer les valeurs, tactiques et preuves de l'autre⁴⁷. Il souligne cependant son acceptation de ces opinions contraires et sa volonté de maintenir un forum neutre pour la discussion.

Il est donc peu surprenant de constater que les huit recommandations contenues dans le rapport final reflètent une culture de consensualisme, opposée à l'adoption de solutions politiques plus tranchantes. Ainsi, bien que le débat avait pour objectif de s'interroger sur la possibilité de bannir les OGM de la province, le Comité, dans sa dernière recommandation, préconise

-
45. En effet, se référant plus spécifiquement à l'article 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5, l'opinion juridique relève que l'agriculture constitue un domaine de compétences partagées entre les autorités provinciales et fédérales, la législation fédérale ayant préséance sur la législation provinciale en cas de conflit. Ce document est disponible sur le site web du Conseil des Canadiens. Île-du-Prince-Édouard, Office of the Attorney General, Legislative Counsel, *Whether GMOs may be banned in Prince Edward Island* (Legal opinion) par Judy Haldemann, Île-du-Prince-Édouard, 2005, en ligne : Conseil des Canadiens <http://www.canadians.org/food/documents/Legal_opinion_PEI.pdf>.
46. Elle se réfère nommément à la *Loi sur les semences*, *supra* note 20, à la *Loi sur la protection des végétaux*, L.C. 1990, c. 22, et à la *Loi sur les aliments et drogues*, *supra* note 20.
47. Île-du-Prince-Édouard, *First Report*, *supra* note 38 à la p. 3.

plutôt la coexistence des cultures GM, conventionnelles et biologiques⁴⁸. Il justifie sa décision en invoquant le libre-choix des agriculteurs, préoccupation qui a été peu soulevée lors des débats publics :

The decision to grow a particular crop should be made at the local farm level, and not by government. Farmers should be allowed to continue to select the method of agricultural production that best suits their needs and markets.⁴⁹

Le Comité considère qu'un modèle de coexistence des cultures GM et non GM peut être établi. Il fonde sa position sur la situation ayant cours pour les cultures non GM et biologiques dans la province. Il envisage trois avenues pouvant être considérées pour atteindre cet objectif : a) aucune initiative spéciale n'est prise pour assurer la coexistence; b) des ententes volontaires sont négociées pour résoudre les problèmes potentiels; c) la mise en œuvre d'une réglementation à cet effet. Le Comité opte pour la deuxième option, mais suggère au ministère provincial chargé de l'agriculture et des pêches, le *Department of Agriculture, Fisheries, and Aquaculture*, d'intervenir en développant des lignes directrices sur la coexistence, en consultation avec les producteurs. De plus, il encourage le ministère à surveiller le développement d'initiatives législatives et réglementaires concernant ce sujet dans d'autres pays.

On peut donc affirmer que les intentions initiales des autorités de l'Île-du-Prince-Édouard ont été tempérées par les conclusions du Comité. D'une part, ce dernier affirme en effet appuyer fortement à la fois les secteurs de l'agriculture biologique

48. Recommandation 8, dont le libellé se lit comme suit : «Your Committee supports the development of new crop technology, as well as existing production methods of both conventional and organic producers. Therefore, your Committee recommends a co-existence model be adopted» : *ibid.* à la p. 16.

49. *Ibid.* à la p. 17.

et des biosciences⁵⁰. D'autre part, il ne partage pas les préoccupations de nombreux membres du public sur l'innocuité des aliments et des végétaux transgéniques. À cet égard, il rappelle qu'en onze ans d'études sur la sécurité sanitaire des aliments par Santé Canada, aucun indice selon lequel les denrées composées d'OGM présenteraient des risques plus importants que leurs contreparties traditionnelles n'a été trouvé⁵¹. Le Comité réitère sa confiance dans le système réglementaire canadien, qu'il considère comme étant l'un des plus sécuritaires au monde. Il invite d'ailleurs les autorités à maintenir la rigueur de ces standards scientifiques au sein des processus d'autorisation de mise en culture et de mise en marché de ces aliments⁵².

Une autre recommandation qui démontre la modération des positions du Comité a trait à l'étiquetage de ces produits. En effet, le Comité ne préconise pas explicitement l'instauration d'une norme d'étiquetage obligatoire⁵³, comme l'avait fait cinq mois auparavant la CAPA au Québec⁵⁴. Il se contente simplement d'«appuyer» la pratique d'étiquetage des aliments GM et non GM, sans se prononcer sur la politique officielle des autorités fédérales en cette matière⁵⁵.

Enfin, il faut souligner que le Comité est en faveur d'une continuation du débat sur les OGM. Il suggère en effet que soit tenu à l'Île-du-Prince-Édouard un symposium international sur le

50. Recommandation 5 : *ibid.* aux pp. 13-14.

51. *Ibid.* à la p. 10.

52. Recommandation 1 : *ibid.* à la p. 9.

53. Il est suggéré que le gouvernement provincial, et nous citons, «support the use of labeling of food products, produced or sold within Canada, indicating they contain, or do not contain, GM ingredients». Recommandation 2 : *ibid.* à la p. 11.

54. Nous examinerons cette recommandation dans la prochaine section traitant des audiences publiques sur la sécurité alimentaire organisées par la Commission de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation.

55. Il recommande également que le gouvernement du Canada continue son travail dans les forums internationaux pour développer un standard international harmonisé pour l'étiquetage d'aliments GM. Recommandation 3 : *ibid.* à la p. 11.

thème de la bioéthique et des choix sociaux⁵⁶. Bien qu'intéressante, une telle recommandation nous laisse perplexe, d'autant plus que les objectifs qui la motivent nous semblent ambitieux. On peut tout d'abord se demander si cette éventuelle expérience est conçue comme une plate-forme pour la participation du public. Il convient à cet égard de s'interroger sur l'apport d'un symposium traitant d'enjeux d'échelle internationale, au regard des préoccupations locales déjà soulevées lors des débats sous l'égide du Comité.

Peut-on anticiper qu'un symposium international sur ces questions puisse contribuer à la fois à une plus grande compréhension entre les acteurs œuvrant dans ce secteur et au développement d'une structure permettant la mise en œuvre d'actions positives dans ce domaine complexe des politiques publiques?⁵⁷ Si le Comité envisage l'instauration d'une discussion entre les différents acteurs, ayant pour objectif de promouvoir l'élaboration d'ententes sur la coexistence des cultures plutôt que

56. Recommandation 6 : *ibid.* à la p. 14.

57. «Bioethics attempt to identify the social and cultural implications of breakthroughs in life sciences, to anticipate its applications, and to ensure that such progress benefits humanity. Your Committee feels that it would [be] appropriate for the government of Prince Edward Island to organize and host an independent conference to foster dialogue among academic institutions, scientific experts, industry representatives, consumer groups, agricultural producers, government departments, faith-based groups, and other interested parties.

To date, consultations have provided opportunities for individuals, and representative of academia, government, industry and public interest groups to identify and consider major issues in agricultural biotechnology. Your Committee believes it is crucial to continue the dialogue sparked by its public hearings in an expanded format.

The symposium should feature a who's who of business and industry leaders, scientists, government representatives, advocates and activists from across North America and abroad. It must offer world class speakers, and a unique forum of networking and social opportunities. The goal is to facilitate an inclusive and deep conversation among stakeholders, to build greater understanding and establish a foundation for positive actions in this complex area of public policy.» : *ibid.* aux pp. 14-15.

d'identifier des préoccupations éthiques, cette recommandation pourrait alors s'avérer hautement novatrice et favoriser le développement de nouveaux modèles de politiques publiques dans ce domaine.

L'Île-du-Prince-Édouard n'est pas la seule province à avoir tenu des débats publics sur les OGM. Les autorités gouvernementales québécoises ont aussi sollicité les citoyens pour connaître leurs opinions sur les biotechnologies agricoles. Les travaux de la Commission de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation (CAPA) à cet égard font l'objet de la prochaine section.

2) Les audiences publiques sur la sécurité alimentaire organisées par la Commission de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation (CAPA)

La Commission de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation (CAPA) est l'une des onze commissions parlementaires de l'Assemblée nationale du Québec. Composée de dix députés, elle a compétence dans tous les secteurs associés aux domaines de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation⁵⁸. Le 16 juillet 2003, cette Commission a adopté à l'unanimité un mandat d'initiative en vertu duquel elle s'engageait à «examiner les nouveaux enjeux du secteur agroalimentaire, de la ferme à la table, notamment au chapitre des OGM, de la traçabilité et de l'étiquetage, afin d'améliorer le niveau de la sécurité alimentaire au Québec»⁵⁹. Pour remplir son mandat, la CAPA a décidé de tenir

58. Pour plus d'informations au sujet de la Commission et de la consultation organisée par cette dernière, consulter la section suivante du site web de l'Assemblée Nationale : Commission de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation du Québec (CAPA), *Mandat d'initiative sur les nouveaux enjeux de la sécurité alimentaire*, Québec, en ligne : Assemblée Nationale du Québec <<http://www.assnat.qc.ca/fra/37legislature1/commissions/capa/aliment/index.html>>.

59. Commission de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation du Québec (CAPA), *La sécurité alimentaire: Un enjeu de société, une responsabilité de tous les intervenants de la chaîne alimentaire*, Québec,

une consultation auprès des groupes et du public qui s'intéressent au sujet.

La CAPA a amorcé son expérience en recueillant des renseignements de base, lors de séances d'information et de collecte de données avec des experts-conseils, tenues en octobre 2003. Par la suite, elle a préparé un document de consultation intitulé *Les nouveaux enjeux de la sécurité alimentaire au Québec*, publié le 9 décembre 2003⁶⁰, entamant de la sorte la phase principale de ses travaux, soit celle de la consultation publique. La consultation générale eut lieu du 3 au 12 février 2004, parallèlement à une consultation en ligne à laquelle ont participé 112 citoyens ayant répondu à une vingtaine de questions.

Malgré la limite de temps imposée, la CAPA a réussi à entendre en audiences publiques 50 organismes et individus sur un ensemble de 80 mémoires qui lui avaient été soumis⁶¹. Ces derniers provenaient de tous les secteurs de la chaîne alimentaire, «des consommateurs aux producteurs, en passant par les transformateurs, les distributeurs, les professionnels, les institutions de recherche, les experts-conseils et les groupes sociaux»⁶².

Secrétariat des commissions, 2004 à la p. 2, en ligne : Assemblée nationale du Québec <<http://www.assnat.qc.ca/fra/37legislature1/commissions/capa/aliment/rapalimentaire.html>> [CAPA, *Sécurité alimentaire*].

60. Commission de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation du Québec (CAPA), *Les nouveaux enjeux de la sécurité alimentaire au Québec – Document de consultation*, Québec, Secrétariat des commissions, 2003, en ligne : Assemblée nationale du Québec <<http://www.assnat.qc.ca/fra/37legislature1/commissions/capa/aliment/docalimentaire.html>>.

61. Les organismes et individus invités à participer aux audiences avaient tous déposé un mémoire. Soulignons notamment les mémoires d'organismes tels : Greenpeace, Option consommateurs, l'Union des consommateurs, l'Union des producteurs agricoles et la Commission d'éthique de la science et de la technologie.

62. CAPA, *Sécurité alimentaire*, *supra* note 59 à la p. 3.

Le 11 juin 2004, le rapport final de la CAPA a été déposé à l'Assemblée nationale⁶³. Sept thèmes concernant la sécurité alimentaire y font l'objet de recommandations, ceux de la traçabilité et de l'étiquetage y étant traités comme des enjeux prioritaires⁶⁴. Ainsi, la Commission recommande l'adoption d'une norme d'étiquetage obligatoire des aliments GM⁶⁵. Elle suggère que le gouvernement québécois exerce des pressions sur les autorités fédérales afin de faire adopter cette norme plutôt que la norme volontaire⁶⁶. La Commission souligne, à l'appui de ses recommandations, qu'une forte majorité d'intervenants réclame l'étiquetage obligatoire⁶⁷. Elle fait également référence à un sondage mené par la firme Léger Marketing, pour le compte de Greenpeace, Option consommateurs et l'Union des consommateurs, révélant que 87 % des Québécois appuient cette norme⁶⁸. De même, elle signale que la consultation en ligne menée dans le cadre de cette expérience indique que 97 % des 112 répondants sont en faveur de l'étiquetage obligatoire.

63. *Ibid.*

64. Il s'agit plus spécifiquement de l'inspection, de la traçabilité, et de l'étiquetage des aliments, des aliments biologiques, des OGM, de l'éducation à l'hygiène alimentaire et de la médecine vétérinaire.

65. Recommandation 18 : CAPA, *Sécurité alimentaire*, *supra* note 59 à la p. 37.

66. Recommandation 19 : *ibid.* à la p. 38.

67. *Ibid.* aux pp. 37-38.

68. Ce sondage mené et publié en avril 2004, alors que la Commission poursuivait sa réflexion, visait à connaître les perceptions des Canadiens et des Québécois à l'égard de l'étiquetage obligatoire des OGM. Cette étude effectuée par Léger Marketing a été réalisée au moyen d'entrevues téléphoniques auprès de 1003 Québécoises et Québécois et de 1500 Canadiens et Canadiennes. Il révèle que plus de 8 Canadiens interrogés sur 10 (83 %) et près de 9 Québécois interrogés sur 10 (87%) sont en accord avec l'étiquetage obligatoire des organismes génétiquement modifiés utilisés dans l'alimentation : Greenpeace *et al.*, «Étude quantitative sur les perceptions des Canadiens et des Québécois au sujet de l'étiquetage obligatoire des OGM» (30 avril 2004), Montréal, Léger Marketing, en ligne : Greenpeace.org <<http://www.greenpeace.org/raw/content/canada/fr/documents-et-liens/documents/etude-quantitative-sur-les-per.pdf>> [Greenpeace *et al.*].

Il semble donc que les positions du public ainsi que l'argument démocratique aient influencé l'orientation des recommandations de la Commission portant sur les cultures transgéniques. En effet, on peut constater que les attentes et les revendications des citoyens ont non seulement été prises en compte dans le processus délibératif, mais ont aussi été reprises et canalisées dans un cadre plus formel par l'instance consultative.

Cependant, le débat sur la commercialisation des biotechnologies agricoles sur le territoire québécois ne s'arrêtera pas avec cette expérience, puisque la Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ) viendra relancer la discussion sur la scène publique et proposer des solutions novatrices aux préoccupations soulevées par le développement de ces produits.

3) *Les consultations publiques de la Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ)*

La création de la Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ), le 20 juin 2006, constituait la première étape d'une démarche politique de réflexion sur la situation du secteur agricole et agroalimentaire québécois⁶⁹.

69. La CAAAQ a été constituée en vertu du *Décret n° 570-2006 concernant la constitution de la Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois et la nomination de ses membres*, disponible sur le site web de la CAAAQ : Constitution de la Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois et nomination de ses membres, G.O.Q. 2006.II.3165, en ligne : CAAAQ <<http://www.caaaq.gouv.qc.ca/userfiles/File/Decret.PDF>>. Selon le décret 570-2006, la Commission a pour mandat :

- a) de dresser un état de situation sur les enjeux et les défis de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois;
- b) d'examiner l'efficacité des interventions publiques actuellement en place dans différents domaines qui touchent ce secteur d'activité;

La Commission s'est vue attribuer le mandat d'établir un bilan sur la situation de l'agriculture au Québec et de fournir des commentaires et des recommandations sur une nouvelle vision du développement de ce secteur d'activités. Dans cette optique, il fut d'emblée prévu que la Commission devrait, pour remplir son mandat, consulter la population québécoise afin de dégager les principaux enjeux et défis dans ce domaine⁷⁰.

Le rapport de la Commission intitulé *Agriculture et agroalimentaire : assurer et bâtir l'avenir* a été rendu public le 12 février 2008⁷¹. Il repose notamment sur des consultations tenues de février à juin 2007 dans 15 régions et 27 municipalités au Québec (audiences régionales) ainsi qu'à Québec du 27 au 31 août 2007 et à Montréal du 4 au 7 septembre 2007 (audiences nationales)⁷². La Commission a, lors de ces audiences nationales et régionales, sollicité les avis et les commentaires des citoyens sur de nombreux sujets à partir d'un document de consultation

c) d'établir un diagnostic et de formuler des recommandations sur les adaptations à faire, compte tenu des défis de la compétitivité et des revenus agricoles, des attentes sociétales et de la mise en valeur des potentiels régionaux.

70. Il est prévu dans le décret de création de la Commission que cette dernière doit tenir des consultations dans la Capitale-Nationale et dans les régions, à partir d'un document de consultation qu'elle aura préparé. Dans le cadre de son mandat, la Commission est aussi tenue de recevoir les commentaires écrits et d'organiser des séances publiques afin d'entendre les personnes et les organismes concernés. Enfin, elle doit analyser les mémoires de toute personne ou organisation soucieuse de faire valoir son point de vue sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire au Québec et recourir à tout expert utile à la réalisation de ses travaux : *ibid.*

71. Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ), *Agriculture et agroalimentaire : assurer et bâtir l'avenir*, par Jean François Aubin, Jean Pronovost et Chantal Tremblay, Québec, CAAAQ, 2008 [CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire*].

72. Les audiences publiques nationales et régionales ont été enregistrées en formats audio et vidéo et sont disponibles sur le site web de la Commission. Pour plus d'informations au sujet du mandat et des activités de la CAAAQ, consulter son site web à : <<http://www.caaq.gouv.qc.ca/>>.

qu'elle avait préparé⁷³. Elle a également organisé six tables rondes pour discuter d'enjeux spécifiques liés à son mandat d'étude⁷⁴.

Pour faire connaître ses activités et favoriser la participation, la Commission a utilisé un ensemble de moyens de communication (communiqués de presse, encarts publicitaires, envois de lettres d'information par le web, invitations aux organismes et tables de concertation). Elle a également conçu un site internet à partir duquel les citoyens pouvaient notamment télécharger son document de consultation, prendre connaissance des documents déposés dans le contexte des audiences (mémoires, documents de référence, etc.), écouter et visionner les activités de consultation de la Commission et faire part aux commissaires de commentaires sur leurs travaux⁷⁵.

Les audiences publiques de la Commission lui ont permis de recevoir quelque 770 présentations, dont 720 étaient soutenues par un mémoire⁷⁶. Bien que certains se soient prononcés en leur

73. CAAAQ, *Assurer et bâtir l'avenir – Document de consultation*, supra note 3.

74. Plus d'informations sur les thèmes et les contenus des tables rondes sont disponibles sur le site web de la Commission. On peut aussi écouter en différé les discussions des participants sur internet. Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ), *Tables rondes*, en ligne : CAAAQ <<http://www.caaaq.gouv.qc.ca/consultations/tables-rondes.fr.html#>>.

75. Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ), *Mise en ligne du site* (30 octobre 2006), en ligne : CAAAQ <<http://www.caaaq.gouv.qc.ca/presse/communiqués/communiqué2.fr.html>>.

76. Les organismes et les individus invités à participer aux audiences nationales avaient tous déposé un mémoire, mais ce n'était pas toujours le cas pour les audiences régionales. Ceux qui déposaient un mémoire dans le cadre des audiences régionales étaient invités à le présenter aux commissaires; une période de temps était aussi réservée aux interventions non soutenues par mémoire. Parmi les mémoires présentés, soulignons notamment ceux de Greenpeace, de Nature Québec, de Crop Life Canada, d'Option consommateurs, du Regroupement québécois contre les OGM, de l'Union des consommateurs et de l'Union des producteurs agricoles.

nom personnel, la plupart des présentations s'effectuaient au nom d'un organisme, généralement issu du milieu associatif (syndicats, fédérations de producteurs, organismes de protection de l'environnement, etc.). La Commission a rencontré des agriculteurs, des transformateurs, des distributeurs, des organismes de développement, des écologistes, des élus municipaux, des professionnels de la production agricole, des fournisseurs d'intrants et d'équipement, des exportateurs, des chercheurs, des formateurs, des citoyens et des consommateurs. Elle a été vivement impressionnée par l'importance et la remarquable qualité de cette participation et par l'espoir placé par les participants dans les travaux qu'elle menait⁷⁷.

Outre les expériences consultatives et les mémoires déposés, les conclusions du rapport de la Commission s'appuient sur plusieurs mandats d'études externes et sur toute une série de réunions avec divers interlocuteurs. Au cours de ses travaux, la Commission a en effet entrepris des rencontres exploratoires qui avaient pour objectif d'identifier les enjeux et les problématiques liés aux secteurs de l'agriculture et de l'agroalimentaire auprès d'individus, de groupes et d'organismes. Elle a aussi effectué une revue de la documentation existante, consulté son comité consultatif sur des sujets d'intérêt stratégiques, puis lu et analysé tous les mémoires qui lui ont été soumis⁷⁸. En complément aux

Les présentations faites lors des audiences nationales et régionales étaient suivies d'une période d'échanges avec les commissaires. Quelque 660 mémoires et témoignages ont été présentés durant les audiences régionales qui se sont déroulées dans toutes les régions, sauf celle du Nord-du-Québec. Durant les deux semaines d'audiences publiques nationales, la Commission a reçu 110 mémoires présentés essentiellement par des organisations établies dans plusieurs régions ou dans l'ensemble du Québec. La liste des mémoires déposés est disponible sur le site web de la Commission : Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ), *Mémoires*, en ligne : CAAAQ <<http://www.caaaq.gouv.qc.ca/consultations/memoires.fr.html>>.

77. CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire*, *supra* note 71 à la p. 14.

78. Des registres des propositions avancées par les participants aux commissaires dans le cadre des audiences sont d'ailleurs disponibles sur

audiences publiques, la Commission a également jugé bon de faire appel à divers experts afin d'évaluer plus finement les mérites et les lacunes des grands instruments de la politique agricole du Québec⁷⁹.

Son premier constat indique que les témoignages rendus dans le cadre des audiences publiques confirment largement les interrogations et les préoccupations actuelles du secteur agricole et agroalimentaire. Elle dit ainsi avoir rencontré «des gens passionnés, fiers de leurs réalisations, mais inquiets de leur avenir»⁸⁰. On s'inquiète notamment que, dans un monde en mutation profonde, la simple poursuite des politiques qui ont fait le succès de ce secteur jusqu'ici ne conduise à une amplification de la crise et à une sorte d'impasse.

Du coup, ils ont été nombreux à souhaiter et même à réclamer une nouvelle vision de l'agriculture et de l'agroalimentaire qui prendrait appui sur les acquis et qui s'adapterait aux grands courants d'une société qui, toute urbaine qu'elle soit, veut redéfinir ses rapports avec l'agriculture.⁸¹

Les audiences ont aussi fait ressortir de profondes divisions entre les acteurs du monde agricole et les citoyens, notamment en raison de l'urbanisation de la population québécoise qui «a brisé les liens de proximité qui existaient naguère entre les consommateurs et les producteurs»⁸². Les agriculteurs ont

le site web de la Commission : Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ), *Registres de propositions*, en ligne : CAAAQ <<http://www.caaaq.gouv.qc.ca/consultations/registre.fr.html>>.

79. CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire*, *supra* note 71 à la p. 15.

80. *Ibid.* à la p. 14.

81. *Ibid.*

82. Et ce, d'autant plus que «la distribution des produits alimentaires est une opération fort complexe qui est maintenant prise en charge par de grandes organisations à partir d'entrepôts centralisés et en application des stratégies de mise en marché où se mêlent des produits qui arrivent de partout. L'image qu'une majorité de citoyens ont de l'agriculture est

d'ailleurs témoigné de leur sentiment de manque de reconnaissance, en soulignant l'absence de perspective des consommateurs, qui semblent «avoir perdu le sens de la mission alimentaire de l'agriculture et de son rôle dans la société»⁸³.

Pour la Commission, c'est essentiellement l'ignorance de la population des enjeux et des réalités du secteur agricole qui explique son manque d'appréciation des diverses fonctions de l'agriculture dans notre société⁸⁴. La Commission note également que les crises dans le domaine de la sécurité alimentaire ainsi que le débat sur les OGM ont suscité un climat de méfiance généralisée au sein de la population sur la qualité et l'innocuité des aliments⁸⁵.

Il y a eu à travers ce questionnement fort légitime des excès, des surenchères, des gestes déplorables de la part de divers protagonistes, mais ces phénomènes ont fait en sorte que les rapports entre l'agriculture et ce que l'on appelle la société civile ne sont plus tout à fait les mêmes.⁸⁶

La Commission et les producteurs agricoles s'entendent donc pour dire qu'une des priorités et qu'un des enjeux d'avenir du secteur agricole et agroalimentaire québécois sera de rétablir les ponts entre les principaux acteurs du milieu agricole et les consommateurs⁸⁷.

En ce qui concerne le thème plus particulier des organismes génétiquement modifiés, lors des audiences publiques qu'elle a tenues, la CAAAQ a entendu de nombreux témoignages de mise en garde contre les risques des OGM et d'opposition à ces

floue et correspond davantage à une vision bucolique qu'à la réalité agricole d'aujourd'hui» : *Ibid.* aux pp. 27 et 33.

83. *Ibid.* à la p. 27.

84. *Ibid.* à la p. 33.

85. *Ibid.* à la p. 32.

86. *Ibid.*

87. *Ibid.* aux pp. 27 et 33.

aliments⁸⁸. Elle constate qu'une très grande méfiance s'exprime à l'égard de ces produits. Les citoyens réclament également que les processus d'autorisation de mise en culture et de mise en marché de ces derniers s'appuient sur des approches scientifiques plus rigoureuses, notamment en exigeant une application plus stricte du principe de précaution⁸⁹.

La CAAAQ partage les inquiétudes et les préoccupations des participants aux audiences, entre autres en ce qui concerne l'impact de la dissémination de ces cultures sur la biodiversité⁹⁰. Pour elle, les propos des groupes préoccupés par ces biotechnologies agricoles reflètent les attentes des citoyens du Québec⁹¹. De plus, elle reconnaît les déficiences du processus d'autorisation des OGM au regard des enjeux en cause, notamment en ce qui a trait à l'application de la précaution dans le contexte de l'évaluation des risques des cultures GM⁹².

88. *Ibid.* à la p. 179; Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ), *Agriculture et agroalimentaire : assurer et bâtir l'avenir – Ce qu'on nous a dit*, par Jean Dionne, Jean Pronovost et Chantal Tremblay, Québec, CAAAQ, 2008 aux pp. 9, 34, 104 et 120-121 [CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire – Ce qu'on nous a dit*].

89. L'application du principe de précaution entraîne la prise en compte, dans le contexte de l'évaluation des risques, des risques potentiels – ou risques non avérés – associés à la dissémination et à la consommation de ces produits : CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire*, *supra* note 71 à la p. 179.

90. *Ibid.* aux pp. 171 et 177.

91. CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire – Ce qu'on nous a dit*, *supra* note 88 à la p. 9.

92. Elle suggère ainsi, comme le fait la CEST, que le gouvernement prenne des dispositions pour favoriser le renforcement du processus d'homologation afin que ces produits soient assujettis à une évaluation scientifique rigoureuse des incidences potentielles de ces organismes sur l'environnement et la santé humaine. Dans cette même perspective, elle recommande également que le gouvernement prenne des moyens pour encourager le financement des recherches portant sur les impacts des cultures GM sur l'environnement et la santé et pour mettre en place un programme de recherche sur les effets à long terme de chaque OGM homologué. Recommandations 39 et 41 : CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire*, *supra* note 71 aux pp. 179-180, 184 et 198.

Bien qu'elle considère que les décisions concernant les cultures génétiquement modifiées devraient être prises essentiellement sur la base de connaissances scientifiques, la Commission met en garde contre l'appropriation de ces enjeux par les experts scientifiques et préconise une démocratisation des processus décisionnels dans ce domaine.

L'utilisation des résultats de la science et le recours au génie génétique ne peuvent être laissés, sans gouverne publique, aux seules initiatives des scientifiques et de ceux qui veulent utiliser leurs découvertes pour soutenir et favoriser des intérêts personnels ou privés. C'est un enjeu de société.⁹³

Dans la perspective de démocratisation scientifique éclairée qu'elle soutient, il devient nécessaire d'informer la population sur les avancées de la science et sur les enjeux qui y sont associés. La Commission recommande ainsi de favoriser la divulgation des études qui appuient les demandes d'homologation, afin de les ouvrir à l'examen et à la critique de la communauté scientifique intéressée⁹⁴. Elle suggère également de mettre en place un comité multidisciplinaire qui relèverait du Conseil de la science et de la technologie et qui serait chargé d'examiner non seulement les aspects scientifiques des OGM, mais aussi les enjeux économiques, sociaux et éthiques qu'ils soulèvent. Son mandat consisterait à conseiller le gouvernement et à informer la population sur les divers aspects du développement et de l'utilisation des OGM actuels et à venir⁹⁵.

La Commission félicite aussi l'initiative des autorités provinciales de créer un site internet sur les OGM

93. *Ibid.* à la p. 178.

94. «Cette information ne saurait être traitée de manière confidentielle. Des organismes comme la Commission de l'éthique de la science et de la technologie doivent contribuer à éclairer les citoyens et les gouvernements à l'égard des enjeux de la transgénèse.» Voir aussi Recommandation 39 : *ibid.* aux pp. 180 et 184.

95. Recommandation 40 : *ibid.*

(ogm.gouv.qc.ca), mais croit qu'il faudrait aller plus loin. Elle considère essentiel dans cette perspective : 1) d'ouvrir le système au dialogue au sein du secteur agricole et agroalimentaire, mais aussi avec la société civile; 2) d'encourager l'expression des attentes des consommateurs; et 3) de favoriser une attitude proactive afin de répondre à leurs besoins. La Commission promeut et soutient de la sorte une vision partagée de l'agriculture et de l'agroalimentaire, qu'elle qualifie de projet collectif⁹⁶. Le rapport de la CAAAQ souligne plus particulièrement l'importance et la nécessité de prendre en compte les attentes des consommateurs dans le développement de cette vision d'avenir ainsi que dans le contexte des débats sur les enjeux de ce secteur⁹⁷. Cette position influencera non seulement la teneur des recommandations élaborées par la Commission, mais aussi l'orientation de sa réflexion sur la vision d'avenir qu'elle préconise.

En ce qui concerne le cas plus particulier des aliments contenant des OGM, cela se traduira dans un premier temps par une reconnaissance de la légitimité des revendications citoyennes sur l'étiquetage obligatoire de ces produits, puis par l'invitation de la Commission aux agriculteurs et aux autorités d'encourager le développement d'une agriculture plurielle et de modes de production alternatifs, telle que la production biologique.

En effet, plusieurs participants aux audiences de la Commission avaient plaidé en faveur de l'étiquetage des produits contenant des OGM⁹⁸. La CAAAQ reconnaît la légitimité de cette revendication et entrevoit dans un avenir prévisible, «une généralisation de l'étiquetage des OGM, comme celui de biens d'autres ingrédients»⁹⁹. Reprenant une étude menée par le MAPAQ, elle souligne cependant que l'étiquetage de ces denrées sur le seul territoire québécois est une opération complexe et

96. *Ibid.* à la p. 243.

97. CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire*, *supra* note 71 à la p. 23.

98. *Ibid.* à la p. 181; CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire – Ce qu'on nous a dit*, *supra* note 88 aux pp. 120 et 128.

99. CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire*, *supra* note 71 à la p. 182.

coûteuse, d'où la nécessité d'envisager cet étiquetage à l'échelle canadienne. De plus, pour permettre cet étiquetage, elle recommande de mettre au point des techniques permettant de retracer la présence d'ingrédients GM, afin de pouvoir les détecter dans toute la chaîne agroalimentaire¹⁰⁰.

Par ailleurs, la Commission considère qu'en raison de la demande des consommateurs, les acteurs du secteur agricole devraient porter un plus grand intérêt au mode de production biologique¹⁰¹. Elle suggère à cet effet de mettre en place une série de mesures spécifiques pour encourager le développement de ce créneau¹⁰². Elle constate qu'il y a effectivement un marché, non seulement pour les produits issus de l'agriculture biologique, mais aussi pour des aliments «sans OGM» ainsi que pour une gamme de produits distinctifs, notamment les produits de niche et du terroir, sur lesquels elle recommande de miser¹⁰³.

Ainsi, la Commission envisage essentiellement une vision de l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire au Québec où des méthodes agricoles variées cohabitent dans le contexte d'une agriculture plurielle, c'est-à-dire «une agriculture diversifiée par la taille de ses installations, par ses méthodes de production et par

100 La Commission recommande également l'adoption d'une réglementation appropriée en la matière faisant l'objet d'un suivi adéquat. Recommandation 39 : *ibid.* aux pp. 181-182 et 184.

101. «Au Québec et au Canada, selon Agriculture et Agroalimentaire Canada, les importations comptent pour 85 % des ventes de produits biologiques.» : *ibid.* aux pp. 23, 52 et 103-104.

102. Notamment 1) une aide à la transition pour les agriculteurs désirant se convertir à la production biologique; 2) la mise en œuvre d'une stratégie provinciale de soutien à la production biologique; et 3) l'intervention du gouvernement pour préciser les paramètres qui permettent de protéger la production biologique contre la contamination par les organismes génétiquement modifiés, dans le respect des lois en vigueur au Québec. Recommandations 7, 13 et 40 : *ibid.* aux pp. 73-74 et 184.

103. «De toute évidence, un produit qui, de manière crédible, porterait l'étiquette *Sans OGM*, présenterait un indiscutable avantage commercial. Dans un univers où le consommateur est roi, peut-on ne pas tenir compte de ses attentes?» : *ibid.* aux pp. 23, 26, 103-104 et 188.

la gamme de ses produits»¹⁰⁴. La CAAAQ, dans la même perspective que la Commission de l'éthique de la science et de la technologie et le Comité permanent de l'agriculture, de la foresterie et de l'environnement, considère essentiel de préserver non seulement le libre-choix du consommateur, mais aussi et surtout celui de l'agriculteur à l'égard des semences transgéniques¹⁰⁵. En proposant des mesures dont l'objectif consiste à encourager une agriculture plurielle, la Commission pose également les premiers jalons d'une nouvelle politique de protection des cultures biologiques contre la contamination par des semences GM, sujet qui a fait l'objet de nombreux débats lors des audiences publiques.

La Commission constate à cet effet que peu d'agriculteurs faisant usage des nouvelles biotechnologies agricoles se soumettent aux exigences de gestion du risque qui font partie des conditions d'utilisation des semences transgéniques, telles que la mise en place de zones refuges sans OGM représentant 20 % de la superficie cultivée¹⁰⁶. De plus, le manque actuel de clarté des règles relatives à la protection des cultures biologiques nuit aux producteurs pratiquant ce mode d'agriculture. C'est en effet à ces derniers que finissent par incomber les initiatives d'accommodement et les actions qui s'ensuivent. La Commission considère donc essentiel que le MAPAQ précise les règles relatives à la protection des productions biologiques, et ce, dans un contexte juridique complexe «qui touche aux privilèges associés à la propriété privée, aux droits acquis et aux règles de bon voisinage»¹⁰⁷.

104. *Ibid.* à la p. 37.

105. On recommande à cet effet la conclusion d'ententes entre le gouvernement et les producteurs québécois et canadiens de semences permettant d'offrir aux agriculteurs une sélection de variétés au sein desquelles ils pourraient choisir sans contrainte des cultures génétiquement modifiées ou des cultures non génétiquement modifiées. Recommandation 39 : *ibid.* aux pp. 180 et 184.

106. *Ibid.* à la p. 181.

107. *Ibid.* aux pp. 180-181.

À cet égard, le rapport de la Commission innove par rapport aux travaux gouvernementaux précédents en proposant une solution inédite, reprise du mémoire soumis par l'organisme Nature Québec¹⁰⁸. Ce dernier avait en effet recommandé, afin de préserver des portions de territoire ou des sites écologiques contre les effets éventuels d'une dissémination involontaire d'espèces GM, qu'on offre aux responsables municipaux et aux agriculteurs la possibilité de désigner des aires agricoles non transgéniques, «soit en raison d'écosystèmes à protéger, soit vouées à des productions sensibles aux dérives de pesticides et de plantes transgéniques»¹⁰⁹. Dans le premier cas, on suggère d'utiliser la procédure servant à désigner une réserve écologique pour instaurer des zones de contrôle ou zones témoins sans OGM. Dans le second cas, l'établissement d'une zone sans OGM pourrait aussi être envisagé dans le cadre d'un processus de différenciation des produits fondé sur la désignation d'une appellation d'origine pour des produits typiques.

Un aliment produit sur la base d'un cahier des charges qui comporterait des exigences à l'égard d'intrants non OGM justifierait amplement, tant sur le plan commercial que sur le plan juridique, la délimitation d'une zone non OGM si tel est le désir des citoyens et des agriculteurs de cette zone agricole.¹¹⁰

108. Recommandation 40 : CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire*, *supra* note 71 à la p. 184.

109. À ce sujet, consulter *ibid.* à la p. 181. Voir aussi le rapport de Nature Québec : Nature Québec, UQCN, *Pour une agriculture respectueuse de ses ressources*, mémoire présenté dans le cadre des consultations de la Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ), Québec, Nature Québec, UQCN, 2007 à la p. 14, au par. 8.3; à la p. 20, au par. 13.4 et à la p. 24, en ligne : CAAAQ <http://www.caaaq.gouv.qc.ca/userfiles/File/Memoires%20nationales%20Montreal/05-M-Nature_Quebec.pdf>.

110. Notons que la proposition ayant trait à la mise en œuvre de mesures de zonage dans le contexte d'un processus de différenciation des produits est renforcée par une autre recommandation de la Commission qui souligne la nécessité pour les autorités provinciales d'inclure dans leur stratégie pour le secteur agricole et agroalimentaire un plus grand soutien au développement des appellations réservées. Ce soutien

Enfin, signalons que la Commission propose au gouvernement, en complément de son rapport, un plan de mise en œuvre de ses principales recommandations¹¹¹. Ce plan se décline en quatre phases soit, dans un premier temps, l'appropriation du rapport de la Commission par les autorités, puis, dans une seconde phase, la réalisation des études techniques et la consultation des acteurs intéressés ou touchés par les changements envisagés¹¹². Après cette étape d'analyse et de consultations, il appartiendra aux instances gouvernementales de prendre des décisions et d'arrêter des choix définitifs. En dernier lieu, la Commission a prévu une phase d'implantation des mesures, programmes et stratégies.

En ce qui concerne le mécanisme de suivi des recommandations de son rapport, la Commission suggère que ce dernier se déroule en deux temps¹¹³. La première étape consiste pour les autorités provinciales à rassembler les décideurs du secteur agricole et agroalimentaire afin d'établir le plan d'action de l'après-commission, de convenir de la séquence des travaux à mener et du processus d'examen dans son ensemble¹¹⁴. Cette étape cruciale de concertation devrait permettre aux autorités de

implique la mise en œuvre de la *Loi sur les appellations réservées* et les termes valorisants ainsi que la mise à jour du Programme d'appui au développement des appellations réservées dans une optique de partage des coûts entre le gouvernement, les producteurs et les transformateurs intéressés. Recommandation 15 : CAAAQ, *Agriculture et agroalimentaire*, *supra* note 71 à la p. 257.

111. *Ibid.* aux pp. 245-250.

112. Durant cette seconde phase d'analyse, deux grands chantiers devraient être réalisés, l'un financier, l'autre législatif. En matière législative, soulignons notamment la préparation des modifications à apporter à la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles* et, par concordance, à la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* et à certaines lois municipales (activités prévues au printemps et à l'été 2008) : *ibid.* à la p. 248.

113. *Ibid.* à la p. 244.

114. « Cette table des décideurs devrait également être composée, en plus des représentants des diverses filières agricoles et agroalimentaires, des représentants du secteur de la santé, des consommateurs, des organismes environnementaux et des municipalités » : *ibid.*

rassembler les principaux éléments de la future politique agricole sur la base des recommandations de la Commission. Dans un deuxième temps, il faudrait étendre la discussion au-delà des partenaires du secteur agricole et agroalimentaire. Les partenaires économiques, sociaux, environnementaux et politiques devraient prendre part à ces délibérations.

Il s'agit de favoriser le ralliement de la plus grande majorité possible de Québécois autour d'une vision partagée de l'agriculture. La Commission jugerait appropriée la tenue, tous les deux ans, d'un exercice ouvert de suivi des recommandations de la Commission.¹¹⁵

En conclusion, soulignons que la particularité de l'expérience consultative menée par la CAAAQ est de dresser non seulement un portrait global de la situation agricole et agroalimentaire au Québec, mais aussi des préoccupations, des attentes et des perspectives futures des organisations et des acteurs impliqués dans ce secteur ainsi que celles des citoyens. La vision d'avenir dégagée par la Commission met l'accent sur la nécessité d'envisager le secteur agricole et agroalimentaire non plus seulement comme un domaine soumis aux conceptions, orientations, objectifs et principes directeurs d'une stratégie politique établie d'avance par les autorités gouvernementales, mais plutôt comme un réel projet collectif qui implique la nécessité de prendre en compte et d'accommoder les inquiétudes et les attentes de tous. L'accent est plus particulièrement mis sur celles des producteurs agricoles et des consommateurs, dont il faut garantir la liberté de choix quant aux modes d'agriculture pratiqués et quant aux produits de consommation privilégiés, notamment par la mise en œuvre de mesures de protection des cultures biologiques.

La Commission affirme à cet égard que l'acceptabilité sociale est devenue «une condition incontournable de réalisation

115. *Ibid.*

des projets industriels, commerciaux ou agroalimentaires les plus sensibles»¹¹⁶. À titre d'exemple, elle note que cette question a déjà été soulevée en matière agricole, notamment à l'égard du développement de la production porcine. À son avis, on peut aisément prévoir que la population portera une attention tout aussi grande aux autres projets, notamment celui de la culture et de la commercialisation des organismes génétiquement modifiés, qui peuvent interférer avec la vie de la communauté rurale ou qui soulèvent des questionnements au regard des valeurs associées à la conception que se font les citoyens de l'agriculture et de l'agroalimentaire¹¹⁷. L'intérêt du public pour ces projets a tendance à croître et posera, de l'avis de la Commission, un défi grandissant pour la gestion et la réglementation des usages dans les zones agricoles¹¹⁸.

Grâce à l'expertise sollicitée et à ses activités de consultation du public, la Commission a réussi à fournir aux autorités provinciales les principales balises d'une vision d'avenir du secteur agricole et agroalimentaire québécois. Bien qu'elle constituait essentiellement une expérience de réflexion sur la réalité québécoise agricole dans son ensemble, les conclusions et les recommandations de la Commission portant sur le zonage sans OGM ont néanmoins eu pour effet de reléguer une grande partie de la discussion sur les biotechnologies agricoles et sur le soutien à une agriculture plurielle et diversifiée à des débats futurs qui devraient avoir lieu à une échelle territoriale régionale.

Après avoir décrit les principales expériences participatives portant sur la commercialisation des OGM organisées par des instances gouvernementales aux niveaux national et provincial, nous examinerons une consultation publique réalisée à l'échelle régionale au Québec.

116. *Ibid.* aux pp. 22-23.

117. *Ibid.*

118. *Ibid.*

C) Débats publics organisés à l'échelle locale : le colloque régional *Des OGM chez nous? Entre le champ et l'assiette*

Un débat public sur les OGM a été organisé à l'échelle régionale par l'Association coopérative d'économie familiale (ACEF) dans le cadre d'un projet de recherche portant sur ce thème¹¹⁹. Ce projet se divisait essentiellement en trois phases¹²⁰ : 1) un sondage téléphonique réalisé en mars et avril 2002 auprès des agriculteurs lanaudois concernant leurs activités, notamment en ce qui a trait à la culture d'aliments transgéniques sur leur territoire¹²¹; 2) une série de sept groupes de discussion organisés un mois plus tard avec une quarantaine de producteurs agricoles s'étant portés volontaires pour y participer lors du sondage téléphonique; et 3) un colloque régional qui s'est tenu le 29 mars 2003.

Les deux premières phases de recherche, soutenues par le ministère de la Santé et des Services sociaux, avaient non seulement pour objectif de recueillir des informations sur l'état de la situation agricole dans cette région, mais aussi d'encourager le débat et d'inciter les agriculteurs à participer au colloque régional. Ce dernier devait en effet constituer une opportunité «pour que

119. Pour plus d'informations au sujet de cette expérience, consulter les documents suivants : Céline Poissant, *Les OGM dans Lanaudière : qu'est-ce que les producteurs agricoles produisent et utilisent chez nous et comment expliquent-ils leurs choix?*, Joliette, ACEF Lanaudière, 2003 [Poissant]; Hubert Coutu et Céline Poissant, *Actes colloque régional : des OGM chez nous?*, Joliette, ACEF Lanaudière, 2003 [Coutu et Poissant].

120. Poissant, *ibid.* aux pp. 24-26.

121. Ce sondage effectué entre le 19 mars et le 17 avril 2002 a rejoint 958 agriculteurs lanaudois. Les questions posées portaient essentiellement sur leurs principaux secteurs d'activités et cultures, le type d'agriculture pratiquée, leur situation professionnelle, leurs représentations et points de vue sur les OGM ainsi que des questions additionnelles concernant les caractéristiques particulières de ces biotechnologies agricoles (ex. type de plantes cultivées, usages auxquels elles étaient destinées, proportion et superficie des terres utilisées, nombre d'années consacrées à ces cultures, avantages et inconvénients qui y sont associés, degré de satisfaction, ségrégation des cultures et méthodes utilisées, raisons pour le choix de ne pas cultiver d'OGM, etc.) : *ibid.* à la p. 30 et s.

s'amorce un véritable débat social sur les OGM entre producteurs agricoles, citoyens-consommateurs et intervenants de divers secteurs d'activités»¹²².

Le colloque régional a réuni 139 participants, dont la majorité venait à titre de consommateurs-citoyens intéressés par la question¹²³. La journée s'est déroulée en trois temps¹²⁴; tout d'abord, la chercheuse ayant réalisé l'étude régionale est venue présenter les résultats de sa recherche, puis trois autres experts ont exposé les aspects techniques, socio-sanitaires et socio-éthiques de la production et de la commercialisation d'OGM ainsi que les préoccupations associées à l'environnement et à la consommation. Ensuite, des ateliers ont permis aux participants, agriculteurs, consommateurs et intervenants d'échanger sur différents thèmes¹²⁵. Enfin, les participants, réunis en plénière, ont pu questionner les conférenciers et conférencières et discuter avec eux.

Le rapport final de l'ACEF, achevé en octobre 2003, présente plusieurs pistes d'actions dégagées lors du colloque. Ces dernières sont classées essentiellement en trois ordres: 1) actions de représentation auprès des gouvernements du Québec et du Canada; 2) actions susceptibles d'être mises en œuvres par les organisateurs du colloque; et 3) actions individuelles¹²⁶. En ce qui concerne les actions de représentation auprès des instances gouvernementales, il fut suggéré de réclamer aux autorités :

122. *Ibid.* à la p. 113.

123. Certaines personnes inscrites ayant une formation particulière se sont vues attribuer le statut d'intervenants (62 citoyens, 20 producteurs agricoles, 26 intervenants, 2 médias, 4 conférenciers, 10 politiciens, 15 personnes à l'organisation et au soutien technique). Coutu et Poissant, *supra* note 119 à la p. 61.

124. *Ibid.* aux pp. 13, 21, 27, 37 et 51-56.

125. Les thèmes abordés étaient les suivants : OGM et production agricole, OGM et environnement, OGM et santé, OGM et consommation, OGM et société civile : *ibid.* aux pp. 51-56.

126. *Ibid.* aux pp. 30-33.

- a) un moratoire sur les OGM;
- b) l'application du principe de précaution;
- c) l'étiquetage obligatoire de tout produit destiné à la consommation humaine qui contient des OGM;
- d) l'exercice d'une plus grande vigilance sur la crédibilité des recherches sur les OGM;
- e) que le BAPE tienne des audiences publiques sur les OGM.

Parmi les actions susceptibles d'être mises en œuvre par les organisateurs du colloque, l'une visait la transmission de ces recommandations aux instances gouvernementales concernées. De plus, il fut proposé d'étudier la possibilité de maintenir une structure ayant pour tâche d'assurer un suivi à ces actions et d'organiser éventuellement d'autres activités régionales. Enfin, les suggestions relatives aux actions individuelles allaient de l'achat de produits biologiques à l'envoi de courrier au premier ministre pour le sensibiliser à la question des OGM¹²⁷.

En somme, le rapport s'appuie sur les positions des participants au débat pour identifier des pistes d'actions, même si les revendications citoyennes nous paraissent refléter une position plutôt méfiante par rapport aux OGM. Par ailleurs, le rapport final de l'ACEF reconnaît que la plupart des conférenciers conviés à participer à l'expérience se sont montrés eux aussi critiques à l'égard de ces produits, plus spécifiquement envers le mode de gestion actuel de ces derniers par les autorités gouvernementales¹²⁸. Cette expérience nous démontre ainsi la

127. *Ibid.* : Les participants avaient plus spécifiquement suggéré :

- a) de privilégier l'achat d'aliments biologiques;
- b) de se procurer le guide de Greenpeace sur les aliments contenant et ne contenant pas d'OGM;
- c) d'intensifier les liens entre producteurs et consommateurs;
- d) d'acheter plus de produits locaux;
- e) de s'informer de l'origine et de la nature de nos achats;
- f) de poster un épi de maïs au premier ministre du Canada afin de le sensibiliser à la question des OGM.

128. Les processus d'autorisation de mise en culture et de mise en marché des OGM ont notamment été mis en cause : *ibid.* aux pp. 13-20 et 30.

nécessité d'anticiper, avant la tenue de débats publics, l'influence que peuvent avoir les attitudes adoptées par les experts invités sur la prise de position des citoyens y participant.

Il importe de souligner qu'à aucun moment une discussion sur l'à-propos d'un bannissement des cultures GM sur le territoire régional n'a eu lieu, et ce, malgré le fait que la généralisation du phénomène de contamination ait maintes fois été soulevée lors des débats. On semble reléguer cette question à un débat ultérieur à l'échelle provinciale, orchestré par le BAPE. Il faut en effet rappeler que cette expérience participative régionale avait essentiellement pour objectif de contribuer à l'amorce d'un débat sur les OGM et n'envisageait pas d'épuiser la diversité des enjeux associés aux cultures génétiquement modifiées ni de répondre à une question particulière concernant ce sujet. Dans ce contexte, l'expérience de Lanaudière est concluante. Les citoyens sont certes intéressés par le sujet et disponibles pour partager leurs points de vue et aussi pour émettre des suggestions.

3. L'ANALYSE COMPARATIVE DES MÉCANISMES DE PARTICIPATION

Après avoir fait ce tour d'horizon des diverses expériences participatives menées dans le cadre de l'élaboration de politiques fédérales et provinciales sur les biotechnologies agricoles, il convient de relever les similitudes et les différences entre ces dernières. Nous mettrons ainsi en lumière leurs principales caractéristiques, soit les instruments de participation utilisés, les objectifs recherchés par les autorités les ayant élaborées, leur portée politique et territoriale, ainsi que leur impact sur la scène publique et sur les politiques gouvernementales.

Hormis l'expérience de Lanaudière qui, contrairement aux autres débats, ne fut pas organisée par des instances publiques, mais par un organisme de la société civile, les mêmes instruments de participation sont généralement utilisés. Les instances publiques recourent notamment à l'élaboration d'un document de

consultation exposant les principaux thèmes abordés, à l'instauration d'un site internet consacré à l'expérience, et à la tenue d'audiences publiques, lesquelles donnent lieu au dépôt de mémoires provenant de la majorité des participants.

Nous devons néanmoins rappeler que dans le cas du CCCB, ce dernier n'a pas tenu d'audiences publiques, les discussions ayant plutôt eu lieu lors de tables rondes auxquelles participaient des experts et des représentants de la société civile. Par conséquent, les expériences consultatives du CCCB, bien qu'incluant la participation du grand public par le biais d'opinions envoyées par courriel, intégraient principalement les préoccupations et les considérations évoquées par les représentants d'intérêts qu'il avait lui-même conviés aux discussions. Il en est de même pour la consultation organisée par la CAPA, dont les audiences publiques impliquaient surtout des intervenants provenant de divers milieux associatifs; l'opinion des citoyens a été plus spécifiquement sollicitée par l'appel à la soumission de mémoires ainsi que par une consultation en ligne.

Contrairement aux discussions organisées par le CCCB et par la CAPA, les débats publics organisés à l'Île-du-Prince-Édouard et au Québec par la CAAAQ ont pour mérite de constituer des expériences participatives fonctionnant selon une logique véritablement démocratique. Ces audiences publiques, ouvertes à tous les citoyens, ont en effet permis de prendre le pouls général de la population, pas seulement celui des experts, des porte-paroles ou des représentants d'intérêts, sur des questions relatives à la mise en culture et à la mise en marché des OGM.

Une autre méthode permettant d'intégrer les préoccupations et les opinions du grand public sur les OGM, dans le contexte de ces débats citoyens, consiste à se référer aux résultats de sondages menés auprès du public à l'occasion de ces

expériences¹²⁹. À titre d'exemple, le rapport de la CAPA se fonde sur un sondage pour justifier sa position en faveur de l'étiquetage obligatoire, illustrant ainsi le poids de l'argument démocratique sur les recommandations de l'organisme.

Par contre, à l'Île-du-Prince-Édouard, la publication des résultats d'un sondage ne semble pas avoir influencé outre mesure les conclusions du Comité permanent de l'agriculture, de la foresterie et de l'environnement. Greenpeace avait en effet, à l'occasion de ce débat, demandé à Léger Marketing de réaliser un sondage sur l'enjeu principal des discussions, soit la possibilité de bannir la culture d'OGM sur le territoire de l'Î.-P.-É. Ce sondage mené en février 2005, soit durant la période de consultation du Comité, avait révélé que 53 % des répondants souhaitaient que leur province devienne une zone sans OGM¹³⁰. On peut donc se demander si la recommandation du Comité concernant la coexistence des cultures ne va pas à l'encontre d'une opinion majoritaire au sein de la province.

129. Notons par ailleurs que les sondages font partie intégrante de la stratégie des autorités fédérales sur les biotechnologies. Le gouvernement, depuis 1999, par l'entremise du Secrétariat canadien de la biotechnologie, a mis sur pied un programme de sondages sur l'opinion publique.

130. Un premier volet de l'étude avait révélé que cette proportion s'élevait à 43 % dans les autres provinces canadiennes. Cette étude effectuée par Léger Marketing a été menée au moyen d'entrevues téléphoniques réalisées du 15 au 20 février 2005 auprès d'un échantillon représentatif de 1497 Canadiennes et Canadiens. Le second volet a quant à lui été mené par CRA grâce à des entrevues téléphoniques réalisées du 14 février au 3 mars 2005 auprès d'un échantillon représentatif de 300 résidents de l'Île-du-Prince-Édouard. Pour des résultats plus détaillés concernant le pourcentage de répondants en faveur d'une telle interdiction des OGM sur leur territoire particulier, consulter Greenpeace et Léger Marketing, «Étude quantitative sur les perceptions des Canadiens au sujet de la possibilité de déclarer l'Île-du-Prince-Édouard zone sans OGM» (18 mars 2005) à la p. 5, en ligne : Greenpeace.org < [http:// www.greenpeace.org/raw/content/canada/fr/documents-et-liens/documents/etude-quantitative-sur-les-per-4.pdf](http://www.greenpeace.org/raw/content/canada/fr/documents-et-liens/documents/etude-quantitative-sur-les-per-4.pdf) > [Greenpeace et Léger Marketing].

D'un autre côté, il est aussi possible que la publication des résultats du sondage ait, au contraire, influencé de manière négative les conclusions des responsables du débat. Ces derniers auraient pu percevoir ce geste comme une tentative de manipuler l'opinion publique et les participants aux audiences, ou encore comme un moyen de façonner les conclusions finales de l'expérience participative. Cette hypothèse pourrait en partie expliquer la position modérée du Comité au sujet de l'option de bannir les OGM sur le territoire de la province. Il faut donc se questionner sur la pertinence d'utiliser les résultats des sondages d'opinion publique non sollicités dans le contexte de ces débats¹³¹.

Le rapport final de la Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois ne fait quant à lui aucunement mention du sondage commandé par Greenpeace, démontrant que les citoyens du Québec sont, parmi ceux de toutes les provinces (à l'exclusion de l'Île-du-Prince-Édouard), ceux qui sont les plus en faveur d'une mesure permettant de déclarer leur province zone sans OGM¹³². Néanmoins, le rapport propose une solution intéressante en matière de coexistence des cultures, soit l'établissement de zones sans OGM, par l'utilisation de procédures permettant l'implication directe des responsables municipaux et des agriculteurs dans ces prises de décisions.

En ce qui concerne l'impact des expériences participatives sur la scène publique, soulignons que les débats tenus à l'échelle provinciale à l'Île-du-Prince-Édouard et au Québec ont fait l'objet

-
131. Soulignons néanmoins que dans l'expérience de Lanaudière, le sondage constituait une phase préliminaire essentielle à la poursuite du débat, permettant de cerner les attitudes des agriculteurs de la région à l'égard des OGM et d'identifier les participants aux étapes ultérieures de consultation.
132. En effet, les résultats du sondage démontrent qu'une majorité de 53 % des citoyens québécois (ce qui représente la même proportion qu'à l'Île-du-Prince-Édouard) sont en faveur de la transformation de leur province en zone sans OGM : Greenpeace et Léger Marketing, *supra* note 130.

d'une couverture médiatique importante¹³³. Dans ces cas, les discussions étaient menées par des commissions parlementaires. De plus, deux expériences participatives, celle de l'Île-du-Prince-Édouard et celle de la CAAAQ au Québec, ont traité de l'ensemble des questions cruciales pour le secteur des biotechnologies et de l'agriculture en général. En effet, les thèmes fondamentaux abordés lors de ces discussions provinciales portaient d'une part, sur les préoccupations relatives à l'innocuité des aliments contenant des OGM et à la sécurité des systèmes de réglementation, d'autre part, sur les enjeux relatifs à la coexistence des cultures GM et non GM, et finalement, sur l'étiquetage de ces produits. Ces thèmes constituent des enjeux démocratiques majeurs en matière de culture et de commercialisation des biotechnologies agricoles.

Dans la prochaine section, nous verrons comment ces enjeux se présentent sur la scène publique et examinerons la réponse des autorités aux préoccupations démocratiques les plus urgentes du débat concernant la culture et la commercialisation des OGM dans le domaine agricole.

4. LA RÉPONSE DES AUTORITÉS AUX ENJEUX DÉMOCRATIQUES MAJEURS EN MATIÈRE DE BIOTECHNOLOGIES AGRICOLES

L'utilisation de la transgénèse dans le secteur agricole préoccupe les citoyens et suscite la controverse. Alors que les consommateurs s'inquiètent essentiellement des risques pour la santé et pour l'environnement associés à la commercialisation des végétaux génétiquement modifiés, les activistes sont guidés par une opposition farouche et idéologique à l'égard des

133. Ces débats sont d'ailleurs ceux dont la durée fut la plus longue (entre huit mois et un an pour la CAAAQ et la CAPA et un an pour celui de l'Île-du-Prince-Édouard), alors que ceux du CCCB ne durèrent que deux mois. Dans ces cas, la couverture des événements a été soutenue alors que pour le CCCB ce sont surtout les conclusions de leur rapport qui ont été reprises par les médias.

multinationales, des biotechnologies qu'elles commercialisent et du processus de mondialisation économique¹³⁴. Adoptée essentiellement par des organismes de protection de l'environnement (Greenpeace, Sierra Club, etc.) et des regroupements d'agriculteurs (Union paysanne, etc.), cette prise de position anti-OGM s'inscrit dans la progression croissante d'un vaste mouvement anti-mondialisation et favorise plutôt l'agriculture biologique qui rejette les végétaux transgéniques dans ses cultures.

Les agriculteurs biologiques s'inquiètent des conséquences d'une dissémination accidentelle du matériel génétique des organismes transgéniques sur leurs terres¹³⁵. On a d'ailleurs déjà rapporté des contaminations fortuites de cultures conventionnelles et biologiques, par pollinisation de matériel GM provenant de champs voisins ainsi que par mélange de semences¹³⁶. Or, les producteurs s'exposent à des poursuites pour violation de brevet, dans les cas où des végétaux génétiquement modifiés seraient retrouvés dans leurs champs¹³⁷. D'autre part, les fermiers pratiquant l'agriculture biologique peuvent subir des pertes financières importantes en cas de dissémination accidentelle de matériel GM sur leurs terres. En Saskatchewan, certains d'entre eux ont d'ailleurs entamé des poursuites - sans succès - contre la multinationale Monsanto pour avoir contaminé leurs cultures¹³⁸.

134. Fabien Deglise, «OGM : activistes et consommateurs ne sont pas au même diapason» *Le Devoir* (19 septembre 2005) A4.

135. Le développement de cultures Bt génétiquement modifiées laisse en effet craindre une généralisation du phénomène de résistance au biopesticide Bt, qui pourrait rendre inefficace ce produit communément utilisé en agriculture biologique.

136. Fransen *et al.*, *supra* note 6 à la p. 17.

137. Soulignons à cet effet l'arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902 [Schmeiser], où la Cour suprême du Canada a maintenu un jugement condamnant un agriculteur accusé par la multinationale Monsanto pour avoir fait pousser du canola résistant au Roundup dont la séquence d'ADN était protégée par un brevet.

138. Leur demande de recours collectif a été refusée par la Cour d'appel de la Saskatchewan et leur requête en appel devant la Cour suprême du

«Il y a ainsi lieu de s'interroger sur les conditions de faisabilité d'un projet de coexistence des cultures GM et non GM sur un seul et même territoire»¹³⁹. Soulignons à ce titre qu'en Europe et en Amérique du Nord, de nombreuses régions et municipalités s'affichent publiquement comme zones sans OGM¹⁴⁰. Au Canada, la ville de Powell River en Colombie-Britannique est devenue en 2004, la première zone sans OGM au pays¹⁴¹. Les enjeux associés à la coexistence des cultures seront cruciaux au débat futur sur les biotechnologies agricoles et

Canada rejetée le 13 décembre 2007. À cet effet, consulter *Hoffman v. Monsanto Canada Inc.*, [2007] 283 D.L.R. (4^e) 190 (Sask. C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2007] CanLII 55334 (13 décembre 2007).

139. Selon certains auteurs, la coexistence des cultures GM et conventionnelles est impossible en raison de la permanence du risque de contamination. Québec, Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois (CAAAQ), *Agriculture et agroalimentaire : assurer et bâtir l'avenir – Études complémentaires*, Québec, CAAAQ, 2008 à la p. 6_54.

140. En effet, plus de 260 régions et 4500 municipalités européennes s'affichent comme zones sans OGM. En janvier 2005, le mouvement en faveur des zones sans OGM a adopté le *Manifeste de Berlin pour les régions sans OGM et la biodiversité en Europe*. Pour plus d'informations à ce sujet, consulter le site web de la *European Conference on GMO-free Regions, Biodiversity and Rural Development* à <<http://www.gmo-free-regions.org/>>. En France, les campagnes des organisations impliquées dans le mouvement anti-OGM ont connu un succès considérable et de nombreux arrêtés municipaux d'interdiction des OGM sur le territoire ont été émis par des autorités locales. Ces arrêtés sont maintenant contestés devant les tribunaux : Gaëlle Dupont, «Les mille maires qui veulent interdire les OGM» *Le Monde* (24 janvier 2003) 13; Marie Verdier, «Comment les régions tentent de s'opposer aux OGM» *La Croix* (9 octobre 2007) 6. Aux États-Unis, des «counties» se sont aussi déclarés zones sans OGM, notamment au Maine, en Californie, au Vermont et à Hawaï. Pour plus d'informations à ce sujet, consulter «United States», en ligne : European Conference on GMO-free Region <<http://www.gmo-free-regions.org/gmo-free-regions/united-states.html>>.

141. En Colombie-Britannique, les villes de Salt Spring Island en 2004, Nelson et Kasslo en 2008, ainsi que Rossland en 2009 ont suivi cette tendance. Pour plus d'informations, consulter «Deconstructing Dinner - G.E. Free Zones», en ligne : CJLY <<http://www.cjly.net/deconstructingdinner/gefreezones.htm>>.

permettront d'identifier les stratégies politiques qui devraient être privilégiées par les autorités gouvernementales. Ils constituent également un des points névralgiques des questions démocratiques associées à la mise en culture des végétaux transgéniques, puisqu'ils ont trait à la liberté des producteurs de choisir le mode d'agriculture qui leur convient.

Le second enjeu démocratique central en matière de commercialisation des OGM est au cœur des revendications citoyennes les plus vigoureuses dans ce domaine. Il s'agit des exigences d'instauration d'un système d'étiquetage obligatoire des denrées contenant des organismes génétiquement modifiés. Soulignons à cet égard que, hormis le cas du Comité consultatif canadien sur la biotechnologie (CCCB) qui recommande l'adoption d'une norme d'étiquetage volontaire¹⁴², toutes les autres instances chargées d'organiser les expériences participatives exposées dans le présent article se sont plutôt prononcées en faveur de l'étiquetage obligatoire. Cette revendication citoyenne est non seulement appuyée par une vaste proportion des participants aux débats, mais aussi par des sondages qui révèlent qu'une part significative et majoritaire de la population canadienne favorise une telle norme¹⁴³.

Bien que le CCCB ait fait la sourde oreille aux revendications relatives à l'étiquetage obligatoire, nous déplorons

142. En effet, seul un membre dissident du Comité préconisait le passage direct à l'étiquetage obligatoire. À l'appui de sa revendication, ce dernier soulevait que les consultations menées par l'organisme démontraient un soutien généralisé en faveur de l'étiquetage obligatoire des denrées contenant des produits génétiquement modifiés. Recommandation 7.1 : CCCB, *Réglementation des aliments*, *supra* note 23 aux pp. xi, xix-xx, 41-43 et 46-47.

143. Greenpeace et *al.*, *supra* note 68; Greenpeace et Léger marketing, «Étude quantitative sur les perceptions des Québécois au sujet de l'étiquetage obligatoire des OGM» (4 mai 2007), Montréal, Léger Marketing, en ligne : Greenpeace.org <http://www.greenpeace.org/raw/content/canada/fr/documents-et-liens/documents/sondage_etiquetage2007.pdf>; Fabien Deglise, «Les Québécois sont favorables à l'étiquetage obligatoire» *Le Devoir* (8 novembre 2005) A4.

sa disparition et son remplacement par le Conseil des sciences, de la technologie et de l'innovation. Il est vrai que des changements concernant sa structure et son fonctionnement s'avéraient urgents et nécessaires, non seulement en raison des nombreuses critiques sur l'impartialité de l'organisme consultatif, mais aussi à cause du manque de réceptivité du gouvernement aux rapports diffusés par ce dernier¹⁴⁴. Il y a toutefois lieu de se demander si le remplacement de l'instance chargée d'examiner les principales questions portant sur les biotechnologies, par un organisme dont on aura élargi le mandat à l'examen des enjeux plus généraux que soulèvent les sciences et les technologies, permettra de répondre adéquatement aux nombreux défis politiques et démocratiques futurs que présente la commercialisation des produits issus de la biotechnologie agricole.

D'autre part, quand le gouvernement canadien lançait sa Stratégie nationale en matière de biotechnologie en 1983, il axait surtout sa politique sur la nécessité de favoriser la croissance de

144. Dans son rapport de 2005 sur le fonctionnement des «programmes horizontaux», le Bureau du vérificateur général note : «En avril 2005, le Comité de coordination ministérielle n'avait toujours pas répondu officiellement à un certain nombre de rapports du Comité consultatif, qui exigeaient une intervention rapide.» : Canada, Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2005 à la p. 10. Cette situation contraste d'ailleurs avec le suivi accordé par les autorités fédérales au rapport du Groupe d'experts sur la biotechnologie alimentaire de la Société royale du Canada. Ce rapport, rendu public en 2001, énonce des recommandations spécifiques sur les grands paramètres de la gestion du risque et de la réglementation des biotechnologies alimentaires. En matière de participation du public, on y traite plus spécifiquement des enjeux de démocratisation des processus d'approbation de la culture et de la commercialisation des OGM, sujet que nous n'abordons pas dans le présent article. Pour plus d'informations sur l'approche et la procédure suivie par le Groupe d'experts, consulter Canada, Société royale du Canada, Groupe d'experts sur l'avenir de la biotechnologie alimentaire, *Éléments de précaution : recommandations pour la réglementation de la biotechnologie alimentaire au Canada*, Ottawa, Société royale du Canada, 2001 aux pp. 1-4 et 10-11.

cette industrie et de faciliter le développement des ressources humaines connexes¹⁴⁵. La stratégie de 1998 qui a reconnu l'impératif de la participation du public ne constitue pas une véritable réforme, mais plutôt un élargissement de la stratégie initiale en matière de biotechnologie. Sa mission participative ne s'étend ainsi qu'aux strictes limites des perspectives et des objectifs initiaux d'encouragement au développement, à la commercialisation et à la promotion des biotechnologies. Ainsi, on peut se questionner sur la portée et l'influence des débats tenus dans ce contexte, tel que l'ont été les consultations publiques menées par le CCCB¹⁴⁶. Ces reproches au sujet de l'intégrité et de l'indépendance du CCCB devraient également valoir pour le nouveau Conseil, d'autant plus que ce dernier relève exclusivement du ministère chargé de promouvoir et de favoriser le développement ainsi que la mise en marché des biotechnologies agricoles.

Outre les débats organisés par le CCCB, nous pouvons constater que les expériences participatives organisées au niveau provincial, exposées dans le présent article, se sont multipliées depuis le début des années 2000. Les deux préoccupations les plus importantes en matière démocratique, soit les questions relatives à la coexistence des cultures GM et non GM et à l'étiquetage des aliments contenant des OGM, se sont révélées être des thèmes centraux de ces débats. De plus, ces consultations ont généralement permis de constater que les citoyens répondent à l'appel quand ils sont sollicités pour participer à des débats

145. Canada, Comité consultatif canadien de la biotechnologie (CCCB), *Vers un programme d'action canadien pour la biotechnologie – Un rapport du Comité consultatif canadien de la biotechnologie*, Ottawa, CCCB, 2006 à la p. 9 : «La stratégie canadienne initiale en matière de biotechnologie (1983) était essentiellement une stratégie de développement industriel sous l'égide du ministère de l'Industrie.»

146. Les reproches des divers représentants d'intérêts au sein de la société civile qui ont remis en cause l'impartialité de l'organisme consultatif paraissent donc, dans un tel contexte, légitimes. Au sujet de ces critiques, consulter CCCB, *Summary Consultation Report*, *supra* note 28 à la p. 24.

publics portant sur la question des biotechnologies agricoles. Les rapports des organismes chargés de formuler des recommandations reprennent d'ailleurs les opinions, préoccupations et suggestions des citoyens.

Néanmoins, on doit reconnaître que les autorités fédérales n'envisagent aucunement une réforme de la norme d'étiquetage volontaire des aliments contenant des produits issus du génie génétique. Sur cet aspect crucial du débat sur les OGM, la voix du citoyen n'est donc pas entendue. Par ailleurs, en ce qui concerne les enjeux relatifs à la coexistence des cultures GM et non GM, il faut rappeler que ces derniers s'inscrivent dans un cadre politique, juridique et réglementaire national et international qui restreint d'emblée la portée des décisions gouvernementales pouvant être prises sur ce sujet. Il semble qu'en ce qui concerne ces deux thèmes d'intérêt en matière démocratique, il y ait peu d'ouverture à effectuer des réformes au niveau des politiques gouvernementales. La difficulté réside essentiellement dans le fait que les matières abordées dans le cadre de ces consultations, même si elles sont de nature locale, sont associées à des problématiques d'envergure nationale sur lesquelles les provinces n'ont pas véritablement de pouvoir.

Néanmoins, les expériences réalisées tant par la Commission sur l'avenir de l'agriculture et l'agroalimentaire au Québec que par le Comité permanent de l'agriculture, de la foresterie et de l'environnement à l'Île-du-Prince-Édouard nous démontrent que, malgré les orientations commerciales stratégiques des autorités fédérales en matière de biotechnologie, il y a tout de même place, au sein des provinces, à débattre la pertinence d'élaborer des politiques d'interdiction des organismes génétiquement modifiés, particulièrement sur des territoires plus restreints. À ce propos, l'opinion juridique sollicitée dans le cadre de la consultation publique ayant eu cours à l'Île-du-Prince-Édouard confirme qu'il n'y aurait actuellement aucune contrainte légale qui empêcherait une province d'adopter une telle position stratégique. Même si à l'Île-du-Prince-Édouard, on semble avoir coupé court à la discussion sur le bannissement des organismes

transgéniques¹⁴⁷, il est possible qu'au Québec, elle se poursuive dans le contexte du processus de suivi des recommandations du rapport de la CAAAQ.

CONCLUSION

La multiplication des débats menés sur les territoires provinciaux ne semble pas avoir conduit à l'adoption de politiques décisives en ce qui concerne les revendications démocratiques les plus importantes en matière de commercialisation d'OGM, soit celles relatives à la protection de la liberté de choix des agriculteurs et des consommateurs. Ces questions mettent en cause de multiples droits qui parfois s'opposent. Pensons, entre autres, au droit pour les fermiers de choisir leurs pratiques commerciales et de réutiliser les semences issues de leur récolte, à la liberté d'expression commerciale des compagnies semencières, ainsi qu'au droit des consommateurs à l'information.

Jusqu'à maintenant, les tribunaux canadiens n'ont en aucun cas tranché ces questions, malgré leurs caractéristiques juridiques. La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Schmeiser*¹⁴⁸, a donné priorité aux schémas de propriété intellectuelle qui protègent les intérêts des corporations semencières, sans véritablement se pencher sur les préoccupations associées aux droits des agriculteurs conventionnels et biologiques. Dans les cas de dissémination accidentelle d'OGM, la multinationale Monsanto s'est limitée à adopter une politique visant à assumer les coûts de

147. Soulignons en effet que non seulement le débat sur les OGM dans cette province s'est estompé, mais l'utilisation d'OGM en agriculture a également augmenté sur le territoire alors qu'à l'origine, les autorités allaient jusqu'à envisager le bannissement de ces biotechnologies agricoles. Une des cultures GM les plus répandues maintenant est celle de betteraves à sucre utilisées pour la production d'éthanol, un carburant pour les voitures : «GMO crop use expanding on P.E.I.» (24 janvier 2008), en ligne : CBC.CA <<http://www.cbc.ca/canada/prince-edward-island/story/2008/01/24/gmo-pe.html>>.

148. *Schmeiser*, *supra* note 137.

décontamination des terrains¹⁴⁹. Néanmoins, peut-on anticiper que dans un avenir prochain, on assistera à une intervention croissante du système judiciaire sur les questions relatives à la dissémination accidentelle d'OGM? À cet égard, une décision récente de la Cour d'appel de San Francisco s'avère intéressante.

En juillet 2009, cette cour a rejeté l'appel de Monsanto qui demandait de renverser une décision interdisant de planter de la luzerne GM, et ce, jusqu'à ce que le *U.S. Department of Agriculture* complète un énoncé des incidences environnementales¹⁵⁰. Les risques de contamination des cultures de luzerne conventionnelles et biologiques étaient plus spécifiquement invoqués. La perte de biodiversité agricole et la contamination des cultures représentent en effet des enjeux de taille. Ils ont pour particularité de soulever des préoccupations mixtes, à la fois scientifiques, sociales et économiques. Or, ces dernières ne sont pas prises en compte dans le processus actuel d'évaluation des biotechnologies agricoles, lequel adhère inéluctablement à une logique scientifique. Peut-on

149. Percy Schmeiser a d'ailleurs intenté une poursuite contre Monsanto en 2006 pour les frais qu'il avait dû encourir pour faire nettoyer ses champs, à la suite d'une dissémination de canola Round Up Ready sur son terrain en 2005. La poursuite a été abandonnée après un règlement à l'amiable prévoyant le remboursement des frais d'une valeur de 660\$. À l'origine, Monsanto refusait de payer ces frais, à moins que l'agriculteur ne s'engage formellement à garder le silence sur cette affaire, offre que Percy Schmeiser rejeta. Monsanto reconnaît qu'elle a adopté une politique visant à dédommager les agriculteurs pour les disséminations de matériel GM sur leurs terrains, indemnisant de la sorte 6 agriculteurs en 2005 et 16 agriculteurs en 2007 pour le nettoyage de leurs champs : «Percy Schmeiser Settles Small Claims court Issue with Monsanto Canada» (19 mars 2008), en ligne : Monsanto Canada <http://www.monsanto.ca/about/news/2008/03_19_08.asp>; David Adam, «Canadian farmer forces GM giant back to court» (22 janvier 2008), en ligne : The Guardian <<http://www.guardian.co.uk/environment/2008/jan/22/pollution.gmcrops>>.

150. En anglais, on utilise le terme «*Environmental Impact Statement*». Nous faisons ici référence à l'affaire *Geertson Seed Farms v. Johannis*, 541 F.3d 938 (9th Cir. 2008); Voir aussi «Affaire judiciaire de la luzerne Roundup Ready», en ligne : Monsanto France <http://www.monsanto.fr/idees_recues4.asp>.

imaginer que l'interventionnisme des cours américaines et leurs préoccupations à l'égard des risques que posent les cultures GM à la diversité agricole traversent la frontière et influencent les tribunaux et les instances réglementaires canadiens?

Ce questionnement est d'autant plus pertinent qu'à l'heure actuelle, la vision future de l'agriculture québécoise s'oriente, à l'instar du modèle européen, vers une politique de coexistence des cultures conventionnelle, génétiquement modifiée et biologique. Le mode de gouvernance associé à la mise en place de cette politique de coexistence a été désigné par la doctrine comme étant celui du «pluralisme technologique»¹⁵¹. En Europe, ce modèle a pour paradoxe qu'il offre à la fois plus de liberté aux agriculteurs quant au choix du type de culture qu'ils pratiquent, tout en leur imposant des contraintes. Ces dernières se traduisent par des obligations particulières concernant les mesures de gestion agricoles qu'ils appliquent, ainsi qu'un régime de responsabilité permettant de régir les rapports entre fermiers en cas de dissémination accidentelle¹⁵². Cependant, le citoyen n'a pas nécessairement de garantie de pouvoir se procurer le produit qu'il souhaite consommer¹⁵³, pas plus qu'il n'est assuré d'être informé de la provenance et de la nature des produits qu'il achète.

151. Pour plus d'informations sur les implications du mode de gouvernance favorisant le pluralisme technologique en agriculture, consulter CNRS-Paris 1, «The Juridical Nature of Co-existence Policy between GM and non-GM Supply Chains Technological Pluralism», en ligne : Co-Extra <<http://www.coextra.eu/deliverables/deliverable1219.pdf>> [CNRS-Paris 1].

152. Sur ce sujet, consulter *ibid.* à la p. 10. Notons également que le rapport de la CAAAQ soulève la complexité du contexte juridique qui touche aux privilèges associés à la propriété privée, aux droits acquis ainsi qu'aux règles de bon voisinage, mais sans faire de recommandations spécifiques quant à la nécessité d'élaborer des règles de responsabilité civile afin de protéger les agriculteurs des phénomènes de contamination par du matériel GM, ce que déplore le document d'analyse du rapport de la CAAAQ de Greenpeace. À ce sujet, consulter la page 26 de notre travail ainsi que Éric Darier, *Analyse du rapport de la Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire au Québec*, Montréal, Greenpeace, 2008 à la p. 13.

153. CNRS-Paris 1, *supra* note 151 à la p. 9.

Le rapport de la Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire suggère, comme le modèle européen, la mise en place d'une agriculture durable et diversifiée¹⁵⁴. Toutefois, pour atteindre cet objectif, il est plutôt proposé de faire une place plus grande aux intervenants municipaux dans la gestion du territoire agricole, et de repositionner l'agriculture en fonction des exigences environnementales et du marché, de l'occupation du territoire et de la demande des consommateurs¹⁵⁵. Ces changements s'inscrivent dans le cadre d'un suivi intensif par les autorités provinciales québécoises du rapport de la CAAAQ¹⁵⁶.

154. Les mesures proposées afin de réorienter la politique agricole québécoise dans cette optique devraient bénéficier considérablement aux fermes de petite taille pratiquant des modes d'agriculture non industrielle, ainsi qu'aux entrepreneurs exerçant des activités associées à la promotion et à la revalorisation de l'agriculture dans les milieux ruraux (ex. tables champêtres). Ces acteurs étaient en effet, généralement désavantagés par les politiques d'aménagement du territoire et de soutien public aux agriculteurs mises en place par les autorités provinciales. Nous tenons à remercier monsieur Roméo Bouchard, fondateur de l'*Union Paysanne*, qui lors d'un entretien téléphonique nous a fourni de précieuses informations nous permettant de poursuivre notre réflexion sur ce sujet.

155. Greenpeace Canada, «Coalition SOS-Pronovost. Une nouvelle coalition d'agriculteurs et de citoyens prend la défense du rapport Pronovost» (8 mai 2009), en ligne : Greenpeace.org <<http://www.greenpeace.org/canada/fr/presse/communiques/coalition-sos-pronovost>>; Pour plus d'informations sur les changements associés à la gestion du territoire agricole, consulter Bernard Ouimet, *Protection du territoire agricole et développement régional. Une nouvelle dynamique mobilisatrice pour nos communautés*, rapport remis au Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec, 2009.

156. En effet, lors de son conseil général tenu à Laval du 22 au 24 mai 2009, le gouvernement libéral a adopté une résolution selon laquelle il s'engage à moderniser la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles* et appelle la Commission de protection du territoire agricole à établir une liste d'activités admissibles à certaines conditions dans la zone verte et qui ne nécessiteraient plus son accord préalable : Conseil Général du Parti Libéral du Québec, *Cahier des résolutions telles qu'adoptées*, mai 2009 à la p. 3, en ligne : <http://www.plq.org/pdf/PLQ_CahResAdoptees.pdf>; En ce qui concerne le cas plus particulier des OGM, le Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec (MAPAQ) s'est aussi engagé à réaliser pour 2010 un bilan de l'utilisation des OGM au Québec ainsi qu'une étude sur la coexistence des filières

La vision démocratique de l'agriculture préconisée au Québec s'appuie sur une perspective décentralisée qui favorise la diversité régionale dans le cadre de décisions collectivement négociées, au détriment des droits individuels. Le Québec a opté pour une politique de pluralisme technologique qui s'exprime à travers une pluralité de sources de normativité. Ainsi, les normes s'appliquant dans le milieu agricole pourraient différer d'une région à une autre, sur le territoire provincial, avec l'établissement de zones sans ou avec OGM. Dans le contexte québécois, la liberté de choix des agriculteurs, de même que celle des consommateurs, pourrait ainsi se voir entamée.

L'Europe a plutôt adopté une approche favorisant les droits individuels des agriculteurs et des consommateurs, par l'établissement de politiques de coexistence et la mise en place d'un système d'étiquetage obligatoire des denrées contenant des OGM. Cette approche, qui restreint la liberté d'expression des corporations semencières, est fondée sur une vision moderne du droit, où l'État impose une législation uniforme sur le territoire afin de réglementer le pluralisme technologique.

L'approche québécoise, qu'on peut qualifier de post-moderne¹⁵⁷, décentralise le processus décisionnel ayant trait à la gestion du territoire agricole. Ce faisant, elle pourrait offrir une structure décisionnelle intéressante menant à l'élaboration de

OGM et non-OGM. Pour plus d'informations sur les activités de suivi du MAPAQ, consulter : Québec, Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec (MAPAQ), *Les suites au rapport de la CAAAQ* (mai 2009), en ligne : MAPAQ <<http://www.mapaq.gouv.qc.ca/Fr/Ministere/md/Publications/realisations.htm>>; Québec, Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec (MAPAQ), *Les suites au rapport Pronovost -Réalizations 2008-2009* (mai 2009), en ligne : MAPAQ <<http://www.mapaq.gouv.qc.ca/Fr/Ministere/md/Publications/realisations.htm>>; Québec, Commission de Protection du Territoire Agricole du Québec (CPTA), *Plan stratégique 2008-2011*, Québec, 2009.

157. À ce sujet, nous suggérons au lecteur Jacques Chevallier, «Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique» (1998) 3 Rev. D.P. & S.P. 660.

choix collectifs régionaux sur la production agricole. Elle pourrait se traduire par la mise en place de tribunes démocratiques offertes aux individus désireux d'exprimer leurs opinions et leurs préoccupations sur la culture et la commercialisation des végétaux génétiquement modifiés. Rendre accessibles ces processus à d'autres acteurs que les autorités municipales et les agriculteurs favoriserait une réelle considération des opinions des citoyens des territoires concernés par ces décisions. De plus, on peut croire que ces initiatives serviront à rétablir les ponts entre agriculteurs et consommateurs. Dans ce contexte, il faut préconiser que la voix du citoyen soit certes entendue, mais, au surplus, véritablement prise en compte par des autorités réceptives et déterminées à y faire écho¹⁵⁸.

158 . Dans la poursuite de cet objectif et l'atteinte de cet idéal de démocratie participative, nous suggérons notamment les travaux réalisés par les auteurs suivants : Stéphane Bernatchez, Bernard Manin, Luc Tremblay et Guy Rocher.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'AFFAIRE DES SPÉLÉOLOGUES : DEVANT LA COUR SUPRÊME DE
NEWGARTH, 4300

Auteur(s) : François CHEVRETTE

Revue : RDUS, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : 389-427

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11534>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11534>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'AFFAIRE DES SPÉLÉOLOGUES^{*}

DEVANT LA COUR SUPRÊME DE NEWGARTH, 4300

par François CHEVRETTE^{**}

SOMMAIRE

Le juge en chef Truepenny	391
Le juge Foster	395
Le juge Tatting	403
Le juge Keen	410
Le juge Handy	417
Le juge Tatting	426
Épilogue	427

*. Traduction française, par François Chevette, de l'article de Lon L. Fuller, «The Case of the Speluncean Explorers», (1949) 62 *Harv. L. Rev.* 616 à 645. Ce texte fut mis à jour en 1999 : «The Case of the Speluncean Explorers : Revisited», (1999) 112 *Harv. L. Rev.* 1876, avec un avant-propos de David L. Shapiro «The Case of Speluncean Explorers : A Fiftieth Anniversary – Foreword : A Cave Drawing for the Ages», (1999) 112 *Harv. L. Rev.* 1834.

** . Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Accusés de meurtre, les défendeurs ont été reconnus coupables de ce crime et condamnés à mourir par pendaison par la Cour des instances générales du comté de Stowfield. Ils logent un pourvoi devant cette Cour. Les faits du litige sont bien résumés aux notes du juge en chef.

Le juge en chef Truepenny

Les quatre défendeurs sont membres de la Société de spéléologie, une association d'amateurs s'intéressant à l'exploration des cavernes. Au début de mai 4299, ils se sont rendus, en compagnie de Roger Whetmore, lui aussi alors membre de la Société, dans une caverne ceinturée de pierre calcaire comme on en trouve dans le plateau central de ce Commonwealth. Alors qu'ils se trouvaient assez loin à l'intérieur de la caverne, un éboulis se produisit et des blocs de pierre bloquèrent complètement la seule entrée connue de celle-ci. Quand les cinq hommes se rendirent compte de l'impasse dans laquelle ils se trouvaient, ils s'installèrent près de l'entrée obstruée dans l'espoir qu'une équipe de sauveteurs vienne enlever les débris de roches qui les empêchaient de sortir de leur prison souterraine. Voyant que Whetmore et les défendeurs ne rentraient pas chez eux, leurs familles en avisèrent le secrétaire de la Société. Il semble que les explorateurs avaient laissé aux locaux de la Société des indications relatives à la localisation de la caverne qu'ils se proposaient de visiter. Une équipe de sauveteurs fut rapidement envoyée sur place.

L'entreprise de sauvetage s'avéra d'une difficulté extrême. À l'équipe de départ il fallut ajouter du renfort en hommes et aussi en matériel qu'il n'était pas facile d'expédier dans la région éloignée et isolée où la caverne se situait. Un grand campement fut temporairement érigé, abritant ouvriers, ingénieurs, géologues et autres experts. Le travail de déblayage fut plusieurs fois ralenti par de nouveaux éboulis. L'un d'eux fit perdre la vie à dix ouvriers. Les ressources financières affectées au sauvetage par la Société de spéléologie furent vite épuisées et quand enfin les prisonniers furent rescapés il en avait coûté 800 000 frelars additionnels, en

partie recueillis auprès de la population et en partie émanant du trésor public. L'opération de sauvetage fut achevée 32 jours après l'entrée des explorateurs dans la caverne.

Les explorateurs n'avaient avec eux que très peu de provisions et il ne se trouvait dans la caverne aucune substance animale ou végétale qui aurait pu les nourrir. On comprendra dès lors aisément qu'ils devinrent très vite anxieux à l'idée de mourir de faim avant qu'on les rescap. Ce n'est qu'après vingt jours d'emprisonnement qu'on apprit au campement qu'ils avaient en leur possession dans la caverne un portable sans fil capable d'envoyer et de recevoir des messages. Les sauveteurs se munirent tout de suite d'un appareil semblable et ils entrèrent en communication avec les infortunés dans la montagne. Ces derniers demandèrent combien de temps l'on mettrait pour les libérer et les ingénieurs répondirent qu'au moins dix jours seraient encore nécessaires, à condition que d'autres éboulis ne se produisent pas. Les explorateurs demandèrent alors si des médecins étaient présents et on les mit en communication avec une équipe médicale. Les prisonniers firent état de leur condition ainsi que des rations qu'ils avaient apportées et demandèrent si médicalement ils pourraient vraisemblablement survivre encore dix jours sans nourriture. Le chef de l'équipe médicale leur dit que cela était peu probable. La communication fut alors interrompue pendant huit heures et quand elle fut rétablie les hommes demandèrent à parler de nouveau aux médecins. Le chef de l'équipe médicale prit l'appareil et Whetmore, en son nom et en celui des défenseurs, demanda s'ils pourraient survivre encore dix jours s'ils mangeaient la chair de l'un d'entre eux. Non sans hésitation et comme à regret le médecin répondit que oui. Whetmore demanda s'il conviendrait qu'ils tirent au sort pour déterminer lequel serait mangé et aucun des médecins présents ne voulut répondre à la question. Whetmore demanda alors s'il se trouvait dans le groupe un juge ou autre officier du gouvernement disposé à répondre à la question. Aucun de ceux faisant partie du campement de sauvetage ne voulut agir comme conseiller en la matière. Alors il demanda si un ministre du culte ou un prêtre accepterait de répondre à la question des prisonniers et on n'en

trouva aucun. À partir de ce moment, aucun nouveau message ne fut reçu de la caverne et les sauveteurs tinrent pour acquis (à tort, comme la suite le démontra) que les piles du portable des explorateurs étaient mortes. Quand les prisonniers furent enfin libérés, on apprit que le 23^{ème} jour après leur entrée dans la caverne, Whetmore avait été tué et mangé par ses compagnons.

D'après le témoignage des défendeurs, qui fut accepté par le jury, il semble que c'est Whetmore qui, le premier, suggéra que la chair de l'un d'entre eux serve à maintenir les autres en vie. C'est aussi Whetmore qui, le premier, proposa qu'on fasse usage d'une forme de tirage au sort; il montra d'ailleurs aux défendeurs une paire de dés qu'il se trouvait à avoir sur lui. D'abord hésitants à accepter une façon de faire si désespérée, ces derniers, après les conversations téléphoniques relatées plus haut, tombèrent finalement d'accord avec la proposition de Whetmore. Après de longues discussions mathématiques, on convint de décider de la question en ayant recours aux dés.

Cependant, Whetmore, avant que les dés ne soient jetés, déclara qu'il se retirait de l'entente, puisqu'à la réflexion il avait décidé d'attendre encore une semaine avant de s'en remettre à un expédient aussi terrifiant et odieux. Les autres l'accusèrent de manquer à sa parole et commencèrent à lancer les dés. Quand vint le tour de Whetmore, c'est l'un des défendeurs qui lança les dés pour lui et, prié par ses compagnons de dire s'il s'opposait à cette façon de faire et la trouvait inéquitable, il répondit que non. Le lancement des dés le donna perdant : ses compagnons le mirent à mort et le mangèrent.

Après leur sauvetage, les défendeurs séjournèrent dans un hôpital où ils furent traités pour malnutrition et choc nerveux. Après quoi ils furent accusés du meurtre de Roger Whetmore. Au procès, après la fin de l'audition des témoignages, le président du jury (un avocat, de profession) demanda à la Cour si le jury ne pourrait pas rendre un verdict spécial, laissant à celle-ci le soin de décider si, au vu des faits prouvés, les défendeurs étaient coupables. Après discussion, l'avocat de la poursuite et celui des

défendeurs déclarèrent qu'ils acceptaient cette procédure, et la Cour opta pour elle. Dans un long verdict spécial, le jury établit les faits, tels que je les ai relatés plus haut, et précisa ensuite que si, sur la base de ces faits, les défendeurs étaient coupables du crime dont ils étaient accusés, alors le jury les déclarait coupables. Sur la base de ce verdict, le juge du procès décida que les défendeurs étaient coupables du meurtre de Roger Whetmore. Le juge leur imposa alors la sentence de la pendaison, la loi de notre Commonwealth ne lui laissant aucune discrétion à ce sujet. Après leur remise en liberté, les jurés adressèrent un message conjoint au Chef de l'exécutif lui demandant de commuer la sentence en un emprisonnement de six mois et le juge ayant présidé le procès fit de même. À ce jour, il n'y a eu aucune réaction à ces requêtes, le Chef de l'exécutif attendant selon toute apparence notre jugement.

Il me semble que dans leur façon de traiter de cette extraordinaire affaire, le jury et le juge du procès ont suivi une procédure qui fut non seulement équitable et sage, mais qui était la seule que la loi leur dictait. Le libellé de la loi pertinente est bien connu: «Quiconque enlèvera intentionnellement la vie à une autre personne sera puni de mort», N.C.S.A. (N.S.) § 12-A. Cette loi ne prévoit aucune exception applicable au présent cas, peu importe que la sympathie que nous éprouvons pour des hommes ayant vécu pareille tragédie nous incite à faire preuve d'indulgence à leur endroit.

Dans une affaire comme celle-ci, le principe de la clémence exécutive semble admirablement approprié pour atténuer les rigueurs de la loi, et je propose à mes collègues que nous suivions l'exemple du jury et du juge du procès en souscrivant aux messages qu'ils ont envoyés au Chef de l'exécutif. On a toute raison de croire que ces appels à la clémence seront pris en considération puisqu'ils émanent des personnes qui ont étudié l'affaire et ont eu l'opportunité de se familiariser avec tous ses tenants et aboutissants. Il est hautement improbable que le Chef de l'exécutif refuse d'y donner suite à moins qu'il tienne lui-même des auditions aussi approfondies que celles du procès, qui a duré

trois mois. La tenue de telles auditions (qui équivaldrait en pratique à refaire le procès) serait assez peu compatible avec la fonction de l'exécutif telle qu'elle est d'habitude conçue. Je pense que nous pouvons donc présumer qu'une forme de clémence va profiter aux défendeurs. Si cela arrive, alors justice sera rendue sans que soient compromis ni la lettre ni l'esprit de nos lois et sans que la violation de la loi ne soit encouragée.

Le juge Foster

Je suis choqué par le fait que le juge en chef, dans un effort pour esquiver les difficultés que lui cause cette tragique affaire, ait choisi et proposé à ses collègues un expédient aussi sordide et aussi patent. Je pense qu'est en cause dans la présente affaire quelque chose de plus que le sort de ces explorateurs infortunés : c'est la loi de notre Commonwealth. Si cette Cour déclare que, selon notre droit, ces hommes ont commis un crime, alors notre droit est lui-même condamné devant le tribunal du bon sens, peu importe ce qui arrivera aux individus impliqués dans la présente procédure. Affirmer que la loi que nous avons mission de faire observer et d'interpréter nous oblige à adopter une conclusion dont nous avons honte et que nous ne pouvons écarter qu'en faisant appel à une exemption relevant du caprice personnel de l'exécutif, cela, il me semble, équivaut à admettre que le droit de notre Commonwealth ne peut plus prétendre assurer la justice.

Pour ma part, je ne crois pas que notre droit impose la conclusion odieuse que ces hommes sont des meurtriers. Au contraire, je crois qu'il les blanchit de tout crime. Cette conclusion, je la fais reposer sur deux fondements indépendants l'un de l'autre, un des deux étant à lui seul suffisant pour justifier l'acquittement des défendeurs.

Le premier de ces fondements repose sur une prémisse à laquelle on peut s'opposer tant qu'on ne l'a pas analysée en toute sincérité. Ma position est que la loi ou le droit positif de ce Commonwealth, y compris toute sa législation et ses précédents, est inapplicable à la présente affaire et que celle-ci relève plutôt de

ce que les auteurs anciens d'Europe et d'Amérique appelaient «le droit naturel».

Cette conclusion repose sur la proposition selon laquelle notre droit positif a comme présupposé que les êtres humains puissent coexister en société. S'il arrive que cette coexistence devienne impossible, alors le présupposé de tous nos précédents et de tous nos textes de loi disparaît. Quand cela se produit, selon moi, le caractère coercitif de notre droit positif disparaît du même coup. Nous n'avons pas coutume d'appliquer la maxime *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex* à l'ensemble de notre droit, mais je pense que la présente affaire en est une où la maxime devrait être appliquée de cette façon.

La proposition selon laquelle tout droit positif repose sur la possibilité que les êtres humains coexistent paraît étonnante, non pas parce que la vérité qu'elle contient est étonnante, mais simplement parce que c'est une vérité si évidente et si répandue que nous avons rarement l'occasion de la verbaliser. Comme l'air que nous respirons, elle est partout présente dans notre environnement au point que nous en oublions l'existence tant que nous n'en sommes pas soudainement privés. Peu importe les objets particuliers poursuivis par les divers secteurs du droit, il est clair à la réflexion que tous ont pour mission de faciliter et d'améliorer la coexistence des êtres humains et de régler avec justice et équité les relations qu'ils entretiennent dans leur vie en commun. Quand le présupposé que les êtres humains peuvent vivre ensemble ne se vérifie plus, comme cela s'est de toute évidence produit dans cette situation extraordinaire où la vie ne devint possible qu'en enlevant la vie, alors les prémisses sous-tendant l'ensemble de notre ordre juridique ont perdu leur sens et leur force.

Si les tragiques événements de la présente affaire s'étaient produits un mille au-delà des limites territoriales de notre Commonwealth, personne ne prétendrait que notre droit leur serait applicable. Nous reconnaissons que notre juridiction a un caractère territorial. Les fondements de ce principe ne sont pas du

tout évidents et sont rarement examinés. Je crois pour ma part que ce principe découle du présupposé selon lequel il n'est possible de soumettre un groupe de personnes à un ordre juridique unique que si ces personnes vivent ensemble à l'intérieur d'un territoire donné. Ainsi donc, c'est la prémisse que des personnes vont coexister au sein d'un groupe qui est sous-jacente au principe de territorialité, comme d'ailleurs au droit dans son ensemble. Or je prétends qu'une affaire peut être moralement soustraite de l'emprise d'un ordre juridique tout comme elle peut l'être géographiquement. Si nous prenons en compte les objectifs du droit et du gouvernement ainsi que les prémisses sous-tendant notre droit positif, il nous faut conclure que, quand ils ont pris leur décision fatidique, ces hommes étaient tout autant soustraits à notre ordre juridique que s'ils s'étaient trouvés à mille milles au-delà de nos frontières. Même au sens purement physique, un solide mur de roc, qui n'a pu être enlevé qu'au prix de dépenses extraordinaires en temps et en efforts, s'interposait entre leur prison souterraine et nos cours de justice et leur système d'assignation.

J'en conclus donc qu'au moment où les défendeurs ont enlevé la vie à Roger Whetmore, ils se trouvaient, pour faire usage d'expressions un peu vieillottes d'auteurs du 19^e siècle, non pas dans un «état de société civile», mais bien dans un «état de nature». Il en résulte que le droit qui leur est applicable n'est pas le droit édicté et établi de ce Commonwealth, mais bien le droit découlant de principes appropriés à leur condition. Je n'hésite pas à dire qu'au vu de ces principes ils ne sont coupables d'aucun crime.

Ce que ces hommes ont fait, ils l'ont fait conformément à une entente acceptée par eux tous et d'abord suggérée par Whetmore lui-même. Puisqu'à l'évidence la situation extraordinairement difficile où ils se trouvaient rendait inapplicables les principes régissant d'habitude les relations entre les êtres humains, il leur était nécessaire d'établir un nouveau mode de gouvernement approprié à cette situation.

Depuis les temps les plus reculés, il est reconnu que le principe le plus fondamental de droit ou de gouvernement réside dans la notion de contrat ou d'entente. Les penseurs anciens, en particulier entre 1600 et 1900, avaient coutume de faire découler le gouvernement lui-même d'un supposé contrat social originel. Les esprits sceptiques faisaient remarquer que cette théorie allait à l'encontre de données historiques établies et qu'aucune preuve scientifique ne démontrait qu'un gouvernement ait déjà été mis en place de la façon proposée par celle-ci. À cela les moralistes répliquaient que, même si le contrat était une fiction au point de vue historique, la notion de contrat ou d'entente fournissait la seule justification éthique possible des pouvoirs du gouvernement, y compris celui d'enlever la vie. Les pouvoirs du gouvernement ne peuvent se justifier moralement qu'en tant que pouvoirs sur lesquels des personnes raisonnables s'entendraient et qu'elles accepteraient si elles étaient confrontées à la nécessité d'établir un nouvel ordre rendant possible leur vie commune.

Heureusement, notre Commonwealth est délivré de ces interrogations qui angoissaient les anciens. C'est maintenant une vérité historiquement démontrée que notre gouvernement fut mis en place par un contrat ou libre entente entre les futurs gouvernés. Les preuves archéologiques sont concluantes à ce sujet: dans la première période qui a suivi la Grande Spirale, les survivants de cet holocauste se sont volontairement mis ensemble et ont rédigé une charte gouvernementale. Des auteurs savants ont formulé certaines interrogations relativement au pouvoir de ces cocontractants d'un passé lointain de lier les générations futures. Mais le fait demeure : notre gouvernement est la création directe et sans brisure de cette charte originelle.

Si donc nos bourreaux ont le pouvoir d'enlever la vie, si nos shérifs ont le pouvoir de déloger les locataires en défaut, si nos policiers ont le pouvoir d'incarcérer le fêtard bruyant et ivre, ces pouvoirs tirent leur justification morale du contrat originel de nos ancêtres. Notre ordre juridique n'ayant pas d'autre source plus élevée que celle-là, comment pourrait-on en demander plus dans

le cas de l'ordre juridique que des malheureux mourant de faim ont adopté pour eux?

Je ne crois pas qu'il soit possible de réfuter de façon rationnelle l'argumentation que je viens d'exposer. Je me rends compte qu'elle créera probablement un certain sentiment de malaise chez plusieurs lecteurs des notes que je rédige ici, lecteurs qui seront portés à craindre que quelque sophisme ne se dissimule sous une démonstration menant à tant de conclusions qui ne leur sont pas familières. Ce malaise, il est cependant facile d'en identifier la source. Les conditions habituelles de l'existence humaine nous incitent à penser que la vie humaine a une valeur absolue, qu'on ne peut sacrifier en aucune circonstance. Or, pareille conception relève largement de la fiction, même appliquée aux relations sociales ordinaires. La présente affaire en est une illustration. Dix ouvriers furent tués en tentant de dégager l'entrée de la caverne. Les ingénieurs et les officiers gouvernementaux qui dirigeaient l'opération de sauvetage ne savaient-ils pas que celle-ci présentait des dangers et impliquait des risques pour la vie des ouvriers qui l'exécutaient? S'il était acceptable que ces dix vies soient sacrifiées pour sauver la vie des cinq explorateurs emprisonnés, pourquoi nous dit-on qu'il était inacceptable que ces derniers concluent une entente pour que quatre vies soient sauvées au prix d'une?

Toute autoroute, tout tunnel, tout édifice dont nous projetons la construction impliquent un risque pour la vie humaine. Mettant ensemble tous ces projets, nous pouvons calculer avec une certaine précision combien de décès ils entraîneront; les statisticiens pourront vous dire le coût moyen en vies humaines de mille milles d'autoroute bétonnée à quatre voies. Délibérément et en toute connaissance de cause, nous acceptons et payons ce coût, présumant que les avantages obtenus pour ceux qui survivent l'emportent sur les pertes. Si l'on peut dire tout cela d'une société qui fonctionne d'une manière normale et ordinaire, et à la surface de la terre, que dirons-nous de la prétendue valeur absolue de la vie humaine dans la situation

désespérée où les défenseurs et leur compagnon Whetmore se sont retrouvés?

Cela termine l'exposé du premier motif de ma décision. Mon second motif suppose que, par hypothèse, nous rejetons toutes les prémisses sur lesquelles je me suis appuyé jusqu'à maintenant. À des fins d'argumentation, je concède que c'est à tort que j'ai conclu qu'en raison de leur situation ces hommes étaient soustraits à l'autorité de notre droit positif et je présume maintenant que les Statuts Consolidés peuvent passer au travers de 500 pieds de roc et s'imposer à ces hommes mourant de faim et blottis dans leur prison souterraine.

Bien sûr, dans cette perspective, il est parfaitement clair que ces hommes ont posé un geste qui viole la lettre de cette loi qui prévoit que la personne qui «enlèvera intentionnellement la vie d'une autre personne» est un meurtrier. Mais un des plus anciens éléments de sagesse juridique est cette maxime qui dit qu'on peut enfreindre la lettre de la loi sans enfreindre la loi elle-même. Tout énoncé de droit positif, qu'il se trouve dans une loi ou dans un précédent judiciaire, doit être interprété de façon raisonnable, à la lumière de l'objectif que de toute évidence il poursuit. C'est là une vérité si élémentaire qu'il est à peine nécessaire d'élaborer à son sujet. Les exemples de son application sont innombrables et se retrouvent dans tous les secteurs du droit. Dans *Commonwealth c. Staymore* le défendeur fut condamné en vertu d'une loi qui faisait une infraction de laisser sa voiture stationnée dans certaines zones plus de deux heures. Celui-ci avait tenté de déplacer sa voiture, mais avait été empêché de le faire à cause d'une manifestation politique qui obstruait les rues, à laquelle il ne prenait aucune part et dont il n'avait pu d'aucune façon prévoir la tenue. Cette Cour a annulé sa condamnation, même si ce qu'il avait fait était bel et bien ce que le libellé de la loi prohibait. Autre exemple : dans *Fehler c. Neegas*, cette Cour avait à interpréter une loi dans laquelle les mots «ne pas» avaient tout simplement été déplacés de la partie où ils devaient se trouver vers la partie finale et la plus importante de la loi. Ce déplacement, qu'on retrouvait aussi dans toutes les versions successives de la loi avant son

adoption, avait selon toute apparence échappé à l'attention des rédacteurs et des initiateurs de la loi. Personne ne pouvait dire comment l'erreur s'était produite, mais il était évident qu'eu égard à l'ensemble du contenu de la loi une erreur avait été commise; car une interprétation littérale de la disposition finale de la loi rendait celle-ci incompatible avec tout ce qui précédait et avec l'objet de la loi tel que décrit dans son préambule. Cette Cour refusa d'adopter une interprétation littérale de la loi et en rectifia le libellé en remplaçant les mots «ne pas» là où de toute évidence l'on avait voulu qu'ils se trouvent.

La loi que nous avons à interpréter ne l'a jamais été littéralement. Il est établi depuis des siècles que tuer en état de légitime défense n'est pas un crime bien qu'il n'y ait rien dans le libellé de la loi qui suggère cette exception. On a tenté de différentes façons de concilier le statut juridique de la légitime défense avec le libellé de la loi, mais il s'agit là, à mon avis, d'ingénieux sophismes dans tous les cas. La vérité est que l'exception de la légitime défense n'est pas conciliable avec le libellé de la loi, mais l'est uniquement avec son *objectif*.

La véritable conciliation entre la légitime défense et la loi qui fait un crime de tuer une autre personne découle du raisonnement suivant. Un des principaux objets de la législation criminelle est la dissuasion du crime. Cela dit, si la loi était plutôt à l'effet que tuer en état de légitime défense constitue un meurtre, il est évident que cette règle n'aurait pas d'effet dissuasif. Une personne dont la vie est menacée va repousser son agresseur, peu importe ce que dit la loi. Dès lors, considérant les objectifs généraux de la législation criminelle, on peut à coup sûr conclure que le texte de loi dont il s'agit ici n'est pas fait pour s'appliquer en contexte de légitime défense.

Quand on justifie de la façon dont je viens de le faire la légitime défense, il devient évident que cette même justification s'applique en l'espèce. Si, dans le futur, un groupe de personnes se retrouvent dans la même situation tragique que les défenseurs, nous pouvons être certains que leur décision de vivre ou de

mourir ne sera pas dictée par le contenu de notre code criminel. En conséquence, une lecture intelligente de notre loi amène à conclure qu'elle ne s'applique de toute évidence pas à la présente affaire. Soustraire cette dernière à l'emprise de notre loi se justifie exactement par les mêmes motifs que ceux retenus il y a des siècles par nos prédécesseurs-juges dans le cas de la légitime défense.

Il y en a qui crient à usurpation judiciaire à chaque fois qu'une cour de justice, après avoir analysé l'objectif d'un texte de loi, donne à son libellé un sens qui n'apparaît pas évident au commun des lecteurs n'ayant pas étudié de près ce texte ni examiné les objectifs qu'il cherche à atteindre. Qu'on me permette d'insister sur le fait que j'accepte sans réserve l'idée que cette Cour est liée par les lois de notre Commonwealth, et qu'elle exerce ses pouvoirs dans le plus grand respect de la volonté dûment exprimée de la Chambre des représentants. Le raisonnement que j'ai exposé plus haut ne met aucunement en doute la fidélité à la législation, bien qu'il suggère peut-être une distinction à faire entre une fidélité intelligente et une fidélité inintelligente. Personne ne veut des services d'un domestique incapable de lire entre les lignes. La servante la moins douée sait bien que si sa patronne lui donne l'ordre de «peler la soupe et d'écumer les pommes de terre», c'est un lapsus, et cette dernière ne veut pas dire ce qu'elle a dit. Elle sait bien aussi que quand son patron dit : «Laissez tout tomber et venez vite», il n'a tout simplement pas envisagé qu'elle puisse être à ce moment en train de sortir le bébé du tonneau d'eau de pluie où il serait tombé par accident. Nous sommes assurément en droit de nous attendre au même minimum d'intelligence chez les juges. Corriger des erreurs ou omissions législatives évidentes, ce n'est pas usurper la volonté du législateur, mais c'est plutôt rendre cette volonté effective.

J'en conclus donc que, sous n'importe quel angle où cette affaire puisse être analysée, les défendeurs sont innocents du crime de meurtre de Roger Whetmore et leur condamnation doit être annulée.

Le juge Tatting

Dans l'accomplissement de mes devoirs en tant que juge de cette Cour, je suis d'habitude capable de dissocier les aspects émotionnels et intellectuels de mes réactions et de trancher l'affaire dont je suis saisi sur la seule base de ces derniers. Confronté à cette tragique affaire, je constate que mes ressources habituelles me font défaut. Au point de vue émotionnel, je me sens déchiré entre la sympathie envers ces hommes et un sentiment d'horreur et de dégoût pour l'acte monstrueux qu'ils ont posé. J'aurais espéré être capable de mettre de côté ces émotions contradictoires et de décider de l'affaire sur la base d'une démonstration convaincante et logique de ce que notre droit impose comme solution. Malheureusement, il ne m'a pas été possible de parvenir à une telle attitude dégagée.

Analysant l'opinion rendue par mon collègue Foster, je constate qu'elle est pleine de contradictions et d'erreurs. Commençons par sa première proposition: ces hommes n'étaient pas soumis à notre droit parce qu'ils n'étaient pas dans un «état de société civile», mais dans un «état de nature». Je ne vois pas clairement la cause de ce changement d'état : est-ce en raison de l'épaisseur du roc qui les emprisonnait, ou parce qu'ils avaient faim, ou parce qu'ils avaient adopté une «nouvelle charte gouvernementale» en vertu de laquelle les règles de droit habituelles devaient être remplacées par le lancement des dés? D'autres difficultés surgissent d'elles-mêmes. Si ces hommes sont passés de la compétence de notre droit à celle du «droit naturel», quand cela s'est-il produit exactement: quand l'entrée de la caverne fut obstruée, ou quand l'état d'inanition a atteint un certain degré par ailleurs indéterminé, ou quand l'entente pour le lancement des dés fut conclue? Ces incertitudes que présente la théorie proposée par mon collègue sont susceptibles d'engendrer des difficultés véritables. Supposons par exemple que ce fut l'anniversaire d'un de ces hommes et qu'il ait eu 21 ans pendant qu'il était emprisonné dans la montagne. À quelle date devrions-nous considérer qu'il est devenu majeur: quand il a eu 21 ans, moment où, par hypothèse, il était soustrait à l'emprise de notre

droit, ou quand il fut libéré de la caverne et qu'il est redevenu sujet de ce que mon collègue appelle notre «droit positif»? Ces difficultés peuvent sembler fantaisistes, mais j'en fais état uniquement pour montrer la nature fantaisiste de la théorie dont elles découlent.

Mais il n'est pas nécessaire de pousser plus loin l'analyse de ces subtilités pour démontrer l'absurdité de la position de mon collègue. Monsieur le juge Foster et moi-même sommes des juges nommés à une cour du Commonwealth de Newgarth, assermentés et habilités à administrer la justice de ce dernier. Qu'est-ce qui nous permet de nous transformer en une Cour de la nature? S'il est vrai que ces hommes étaient régis par le droit naturel, d'où nous vient l'autorité d'exposer et d'appliquer ce droit? Nous ne sommes certainement pas, nous, dans un état de nature.

Regardons le contenu de ce code de la nature que mon collègue propose que nous fassions nôtre et que nous appliquions à la présente affaire. Quel code sens dessus dessous et odieux! C'est un code dans lequel le droit des contrats est plus important que le droit qui prohibe le meurtre. C'est un code qui permet à une personne humaine de conclure une entente autorisant ses compagnes ou compagnons à manger son propre corps. De plus, et toujours selon les dispositions de ce code, cette entente est irrévocable, et, si l'une des parties tente de s'en retirer, les autres se font justice à elles-mêmes et exécutent le contrat par violence – car, même si mon collègue passe commodément sous silence l'effet du retrait de Whetmore, ce que je viens de dire est ce que son argument implique.

Les principes exposés par mon collègue ont d'autres implications intolérables. Il soutient que quand les défenseurs ont décidé du sort de Whetmore et l'ont tué (nous ne savons pas comment, peut-être en le frappant avec des pierres), ils ont simplement exercé les droits que leur conférait leur marché. Mais supposons qu'il aurait été en possession d'un revolver dissimulé sur lui et que, voyant les défenseurs sur le point de l'abattre, il les aurait tués pour sauver sa propre vie. Appliqué à ces faits, le

raisonnement de mon collègue devrait faire conclure que Whetmore est coupable de meurtre, puisque la légitime défense ne devrait pas lui bénéficier. En effet, si ses assaillants étaient dans leur droit en tentant de le tuer, il ne pourrait alléguer qu'il défendait sa propre vie pas plus que le condamné à mort qui tuerait le bourreau alors que ce dernier tente légalement de lui passer la corde au cou.

Toutes ces considérations font qu'il m'est impossible d'accepter la première partie de l'argumentation de mon collègue. Je ne peux accepter sa proposition que ces hommes étaient régis par un code de nature que cette Cour aurait l'obligation de leur appliquer, et je ne peux accepter non plus les règles odieuses et perverses qu'il dégage de ce code. J'en viens maintenant à la seconde partie de l'opinion de mon collègue dans laquelle il tente de démontrer que les défendeurs n'ont pas violé les dispositions législatives de N.C.S.A. (N.S.) § 12-A. Ici la démonstration, au lieu d'être claire, me paraît nébuleuse et ambiguë, bien que mon collègue ne semble pas se rendre compte de toutes les difficultés qu'elle pose.

L'essentiel de l'argumentation de mon collègue se ramène à ceci : aucun texte de loi, peu importe son libellé, ne devrait être interprété d'une façon qui vient en contradiction avec son but. Un des buts du droit criminel est la dissuasion. Appliquer le texte de loi qui érige en crime le fait de tuer une autre personne aux faits de la présente affaire contredirait ce but parce qu'il est impossible de croire que le contenu du code criminel puisse avoir un effet dissuasif sur des personnes placées devant l'alternative de la vie ou de la mort. Le raisonnement en vertu duquel cette exception est ajoutée au texte de loi est, selon mon collègue, le même que celui qui est appliqué en matière de légitime défense.

De prime abord, cette démonstration paraît en effet fort convaincante. La façon dont mon collègue conçoit la justification de la légitime défense est en fait corroborée par une décision de cette Cour, *Commonwealth c. Parry*, un précédent que j'ai découvert à l'occasion de la recherche que la présente affaire m'a

amené à faire. Bien que l'arrêt *Commonwealth c. Parry* ait généralement été négligé par la doctrine et la jurisprudence qui l'ont suivi, il confirme, sans aucune ambiguïté, l'interprétation que mon collègue a donnée à la légitime défense.

Laissez-moi maintenant évoquer brièvement les perplexités qui m'assaillent quand j'analyse la démonstration de mon collègue plus attentivement. Il est vrai qu'un texte de loi doit recevoir une application conforme à son but et qu'il est reconnu qu'un des buts du droit criminel est la dissuasion. Mais la difficulté vient du fait que le droit criminel a aussi d'autres buts que celui-là. On a déjà dit que l'un de ses objets est de fournir un moyen ordonné de satisfaire à la demande de châtimement que formule instinctivement l'être humain. *Commonwealth c. Scape*. On a aussi dit que son objet est la réhabilitation du délinquant. *Commonwealth c. Makeover*. D'autres théories ont aussi été avancées. Tenant pour acquis que nous devons interpréter un texte de loi à la lumière de son but, que faire lorsqu'il a plusieurs buts ou que ses buts sont controversés?

La légitime défense présente une difficulté du même genre: bien que l'interprétation qu'en donne mon collègue reçoit l'aval de certaines autorités, d'autres la justifient différemment. D'ailleurs, jusqu'à ce que je prenne connaissance de *Commonwealth c. Parry*, je n'avais jamais entendu parler de l'explication donnée par mon collègue. Ce qu'enseignent les facultés de droit à ce sujet et ce qu'ont mémorisé des générations d'étudiants, c'est ceci : le texte de loi relatif au meurtre requiert un acte «intentionnel». Or, la personne qui agit pour repousser une menace d'agression à sa propre vie n'agit pas «intentionnellement», mais à la suite d'une impulsion profondément enracinée dans la nature humaine. Je parie qu'il n'y a probablement pas un seul avocat dans ce Commonwealth pour qui ce que je viens tout juste de dire ne soit pas familier, d'autant que c'est un des thèmes favoris des examinateurs du Barreau.

De toute évidence, cette explication de la légitime défense qui nous est familière ne peut être appliquée par analogie aux faits

de la présente affaire. Ces hommes ont agi non seulement «intentionnellement», mais de façon pleinement délibérée et après des heures de discussion sur ce qu'ils devaient faire. Une fois de plus nous nous trouvons à la croisée des chemins, les chemins étant ici des raisonnements dont l'un conduit dans une direction et l'autre dans la direction exactement opposée. Mais notre perplexité est en l'espèce d'autant plus grande qu'il nous faut choisir entre une explication, avalisée par un précédent de cette Cour à peu près inconnu, et une autre explication, qui fait partie de l'enseignement traditionnel de nos facultés de droit, mais qui, pour autant que je sache, n'a jamais été adoptée par la jurisprudence.

Je reconnais la pertinence des précédents cités par mon collègue et ayant trait à l'expression «ne pas» mal placée dans la loi et au défendeur qui laisse sa voiture stationnée au-delà du temps permis. Mais qu'allons-nous faire d'un des classiques de notre jurisprudence, qu'à nouveau mon collègue passe sous silence? Il s'agit de *Commonwealth c. Valjean*. Bien que l'affaire ait été rapportée de façon quelque peu obscure, il semble que le défendeur ait été accusé d'avoir volé un pain et qu'il ait plaidé en défense qu'il se trouvait dans un état proche de l'inanition. La cour n'accepta pas cette défense. Si la faim ne peut justifier le vol d'une nourriture saine et naturelle, comment pourrait-elle justifier le fait de tuer et de manger un homme? Si une fois de plus nous regardons les choses sous l'angle de la dissuasion, est-il vraisemblable qu'une personne va mourir de faim pour éviter une peine d'emprisonnement pour vol d'un pain? Les démonstrations de mon collègue nous obligeraient à infirmer *Commonwealth c. Valjean* et bien d'autres précédents qui se sont alignés sur celui-ci.

Il m'est difficile de dire qu'une décision déclarant ces hommes coupables de meurtre n'aurait pas le moindre effet dissuasif. Le simple mot «meurtrier» stigmatise à ce point qu'il est tout à fait vraisemblable, selon moi, que si ces hommes avaient su que leur acte serait considéré en droit comme un meurtre, ils auraient attendu au moins encore quelques jours avant de mettre

à exécution leur plan. Pendant ce temps, peut-être auraient-ils reçu quelque forme inespérée de secours. Je ne veux pas nier ici qu'ils se trouvaient dans une situation particulière et il est certes vrai que l'élément de dissuasion avait un moindre effet ici que dans l'application normale du droit criminel. Mais la distinction, selon moi, en est une de degré et non de nature.

Il est certain que la dissuasion jouerait moins fortement dans cette affaire que dans l'application normale du droit criminel.

La proposition de mon collègue Foster d'interpréter le texte de loi comme s'il comportait une exception en faveur des défendeurs comporte encore une autre difficulté, qu'il passe de nouveau sous silence dans son opinion. Quelle serait l'étendue de cette exception? Dans le cas présent, les hommes ont tiré au sort et la victime fut originellement elle-même partie à l'entente. Que déciderions-nous si Whetmore avait dès le départ refusé de prendre part au plan? Un vote majoritaire l'emporterait-il sur ce refus? Ou supposons encore qu'on n'ait pas adopté de plan du tout et que les compagnons de Whetmore aient simplement conspiré pour le tuer, justifiant leur acte en disant que des cinq il était le plus affaibli. Ou qu'un critère de sélection fut adopté et appliqué, mais avec une justification différente de celle du cas présent: par exemple, les compagnons de Whetmore auraient insisté sur le fait que ce dernier devait mourir parce que, eux étant athées, il était le seul à croire à un au-delà. On pourrait multiplier les exemples, mais ce qui précède suffit à montrer que le raisonnement de mon collègue cache un borborygme de difficultés.

À la réflexion je me rends évidemment compte que je m'inquiète en rapport avec un problème qui ne se posera jamais, puisqu'il est bien peu vraisemblable qu'un groupe de personnes soit amené à répéter le geste épouvantable dont il est question ici. Mais je pousse plus loin ma réflexion : même si nous sommes certains qu'une affaire similaire ne se reproduira plus, les exemples que j'ai donnés ne montrent-ils pas que la solution que mon collègue propose ne repose pas sur un principe cohérent et rationnel? La solidité d'un principe ne devrait-elle pas être

appréciée en fonction des conclusions qui en découlent et sans égard à ce que le futur nous réserve dans ce domaine si plein de hasards qu'est le domaine du litige? Cependant, s'il en va ainsi, pourquoi nous, membres de cette Cour, discutons-nous si souvent de la question de savoir si une autre occasion se présentera d'appliquer un principe mis de l'avant par l'une des parties pour trancher l'affaire dont nous sommes saisis? Peut-être ce report a-t-il lieu lorsqu'un mode de raisonnement, à l'origine incorrect, a été consacré par la jurisprudence, de sorte que non seulement il nous est permis de n'en pas déroger, mais nous sommes tenus de ne pas le faire.

Plus j'analyse et je réfléchis à la présente affaire, plus je me sens profondément concerné par elle. Mon esprit s'empêtre dans les mailles de ces filets mêmes que je me lance à moi-même pour me rescaper. Je constate que tout argument pertinent à la décision à prendre est contrebalancé par un argument contraire menant à une conclusion contraire. Mon collègue Foster ne m'a pas fourni - et je n'en ai pas moi-même trouvé - de formule apte à dissiper les équivoques qui m'assaillent de tous côtés.

J'ai consacré à cette affaire la meilleure attention dont je suis capable et j'ai à peine dormi depuis qu'elle a été plaidée devant nous. Quand je me sens enclin à souscrire à l'opinion de mon collègue Foster, je suis immédiatement empêché de le faire par l'impression que ses arguments sont intellectuellement boiteux et frôlent la simple rationalisation. Quand par ailleurs je suis enclin à confirmer la condamnation, je trouve manifestement absurde d'ordonner que ces hommes soient mis à mort alors qu'ils ont eu la vie sauve au prix de la vie de dix ouvriers héroïques. Je trouve regrettable que le ministère public ait jugé opportun d'intenter une poursuite pour meurtre. Si nous avions dans nos lois une disposition criminalisant le fait de manger de la chair humaine, poursuivre pour ce crime aurait été approprié. Mais si aucune autre accusation ne convient aux faits de cette affaire, il aurait été plus sage, je pense, de n'en pas porter du tout. Malheureusement, toutefois ces hommes ont été accusés, ont subi

leur procès et nous avons par conséquent été entraînés dans cette malheureuse affaire.

Comme j'ai été totalement incapable de dissiper les doutes que j'entretiens à propos du droit applicable à la présente affaire, je vais, avec regret, prendre une mesure qui est, je crois, sans précédent dans l'histoire de ce tribunal. J'annonce que je m'abstiendrai de rendre une décision dans la présente affaire.

Le juge Keen

D'entrée de jeu, je veux mettre de côté deux questions dont cette Cour n'est pas saisie.

La première est de savoir si, advenant que la condamnation soit confirmée, l'exécutif devrait accorder sa clémence aux défendeurs. Dans notre régime gouvernemental, cette question relève du Chef de l'exécutif, pas de nous. Je désapprouve par conséquent ce passage des notes du juge en chef où il donne des instructions à ce dernier à propos de ce qu'il devrait faire dans la présente affaire et où il suggère qu'il serait incorrect de sa part de ne pas suivre ces instructions. C'est là une confusion des fonctions gouvernementales - confusion dont le pouvoir judiciaire devrait être le dernier à se rendre coupable. J'aimerais préciser que, si j'étais le Chef de l'exécutif, j'irais plus loin encore dans le sens de la clémence que ce qui lui a été suggéré. Ces hommes, je les gracierais complètement, car j'estime qu'ils ont déjà assez souffert en réparation de toute infraction qu'ils peuvent avoir commise. Je veux qu'il soit bien compris que je fais cette remarque en tant que simple citoyen connaissant parfaitement les faits de cette affaire par le hasard de sa fonction. Dans l'accomplissement de mes devoirs de juge, il n'est pas de mon ressort de donner des directives au Chef de l'exécutif ni de prendre en compte, en rendant ma décision, ce qu'il peut faire ou ne pas faire; cette dernière ne doit être gouvernée que par le droit de ce Commonwealth.

La seconde question que je voudrais écarter est celle de savoir si ce que ces hommes ont fait fut «bon» ou «mauvais», «blâmable» ou «louable». C'est là aussi une question non pertinente à l'accomplissement de ma fonction de juge, moi qui ai fait serment d'appliquer non pas mes conceptions de la moralité, mais le droit de ce pays. En mettant cette question de côté, je pense que je me trouve à mettre aussi de côté, sans commentaire, la première partie, et la plus poétique, de l'opinion de mon collègue Foster. L'aspect fantaisiste des arguments qui y sont développés a été suffisamment mis en relief par mon collègue Tatting, dans sa tentative, empreinte d'une certaine gravité, de prendre ces arguments au sérieux.

La seule question que nous avons à décider est de savoir si les défendeurs ont, au sens de N.C.S.A. (n.s.) § 12-A, intentionnellement enlevé la vie à Roger Whetmore. Le libellé exact du texte de loi est le suivant: «Quiconque enlèvera intentionnellement la vie à une autre personne sera puni de mort». N'importe quel observateur sincère et qui s'en tient au sens ordinaire des mots conviendra tout de suite que les défendeurs ont «intentionnellement enlevé la vie» à Roger Whetmore.

D'où viennent donc les difficultés de cette affaire, et d'où vient la nécessité d'écrire des pages et des pages sur une question qui devrait être considérée comme évidente? Peu importe la façon alambiquée dont elles peuvent se présenter, ces difficultés découlent toutes d'une seule source qui est l'omission de distinguer les aspects légaux et les aspects moraux de cette affaire. Disons-le franchement : mes collègues acceptent mal le fait que la législation exige la condamnation des défendeurs. Moi aussi, mais à la différence de mes collègues, je respecte les obligations d'une fonction qui exige que je fasse abstraction de mes préférences personnelles et que je me contente d'interpréter et d'appliquer la loi de ce Commonwealth.

Bien entendu mon collègue Foster n'admet pas être mû par un désaccord personnel avec la législation. Au lieu de l'avouer, il élabore une argumentation d'un genre bien connu et selon

laquelle une cour peut ne pas tenir compte des mots clairs d'un texte de loi et peut s'en remettre plutôt à une notion qui n'est pas dans la loi même - ce qu'on appelle son «but» - de façon à justifier le résultat qu'elle considère approprié. Parce qu'il s'agit d'un vieux débat entre mon collègue et moi-même, j'aimerais dire quelques mots de l'arrière-plan historique de ce débat et de ses implications pour le droit et le gouvernement en général, après quoi je discuterai de la façon dont mon collègue a appliqué son argumentation aux faits de cette affaire.

Il fut un temps où les juges dans ce Commonwealth légiféraient librement, et chacun de nous sait qu'à cette époque certains de nos textes de loi furent profondément modifiés par le pouvoir judiciaire. C'était un temps où les principes établis de science politique n'assignaient pas de façon certaine un rang et une fonction aux divers organes de l'État. Nous connaissons tous le dénouement tragique auquel conduisit cet état d'incertitude : ce fut la brève guerre civile qui découla du conflit entre le pouvoir judiciaire d'une part et les pouvoirs exécutif et législatif d'autre part. Il n'est pas nécessaire d'analyser ici les facteurs qui contribuèrent à cette lutte inconvenante pour le pouvoir. Rappelons seulement qu'il y eut, au nombre de ceux-ci, le caractère non représentatif de la Chambre issu du découpage du pays en distincts électoraux démographiquement très inégaux, et la forte personnalité du juge en chef de l'époque doublé du large appui populaire dont il bénéficiait. Qu'il suffise d'observer que ces jours sont du passé et, qu'au lieu de l'incertitude qui régnait alors, nous avons un principe clair, celui de la suprématie de l'organe législatif de notre gouvernement. De ce principe découle l'obligation pour le pouvoir judiciaire d'appliquer fidèlement la législation et de l'interpréter conformément à ce qu'elle dit et sans égard à nos préférences personnelles ni aux conceptions que comme individus nous pouvons avoir de la justice. Je ne suis pas concerné ici par la question de savoir si le principe qui interdit au pouvoir judiciaire d'apprécier la législation est bon ou mauvais, désirable ou indésirable; je note simplement que ce principe est un des fondements implicites de l'ensemble de l'ordre juridique et gouvernemental que j'ai prêté serment d'administrer.

Mais bien que le principe de la suprématie de la législature ait été consacré en théorie depuis des siècles, la tradition professionnelle est si ancrée et les façons bien établies de penser ont une telle force que bien des juges ne se sont pas encore fait à l'idée du rôle limité que le nouvel ordre leur impose. Mon collègue Foster est de ce nombre; sa façon d'interpréter les textes de loi est exactement celle d'un juge ayant vécu dans les années 3900.

La façon dont certains juges corrigent les dispositions législatives avec lesquelles ils sont en désaccord nous est tous familière. Quiconque s'est tenu informé des opinions écrites de monsieur le juge Foster aura eu l'occasion de voir ce processus en opération dans tous les secteurs de droit. Le processus m'est si familier que, dans l'hypothèse où mon collègue serait empêché d'écrire une opinion, je suis sûr que je pourrais en écrire une pour lui qui le satisferait; et je n'aurais pas besoin qu'on me souffle quoi écrire, je n'aurais besoin que de savoir si mon collègue aime ou pas le résultat de l'application du texte de loi à l'affaire qui est devant lui.

Ce processus de réforme judiciaire se fait en trois étapes. La première consiste à deviner un «but», et un seul, que poursuit le texte de loi. On y arrive en dépit du fait que pas un texte de loi sur cent n'a un seul but et qu'à peu près tous les textes de loi reçoivent une interprétation qui varie selon les catégories de personnes qui l'appuient. La deuxième étape consiste à démontrer qu'un être mythique appelé «le législateur», dans la poursuite de ce «but» imaginaire, a négligé quelque chose en cours de travail ou a laissé quelque vide ou imperfection dans celui-ci. Vient alors l'étape finale, la plus rafraîchissante du processus, qui consiste bien entendu à combler le vide ainsi créé. *Quod erat faciendum*.

Cette propension de mon collègue Foster à trouver des trous dans les textes de loi me rappelle l'histoire, que raconte un auteur ancien, de l'individu qui mangea une paire de chaussures. Quand on lui demanda s'il avait aimé son repas, il répondit que ce sont les trous qu'il avait aimés le mieux. C'est ainsi que mon

collègue réagit devant les textes de loi : plus ceux-ci comportent de vides, plus il les aime. Bref, il n'aime pas les textes de loi.

Pour illustrer le caractère spécieux de ce processus de vide à combler, on ne pourrait trouver mieux que l'affaire dont nous sommes présentement saisis. Mon collègue croit savoir exactement ce qu'on avait en vue quand le meurtre fut érigé en crime et c'est ce qu'il appelle la «dissuasion». Mon collègue Tatting a bien montré tout ce qu'omet cette interprétation. Mais je pense que la difficulté est plus profonde encore. Je doute beaucoup que notre texte de loi faisant du meurtre un crime ait vraiment un «but» au sens ordinaire du mot. Pareil texte de loi reflète au premier chef la conviction profonde de l'être humain que le meurtre est un mal et qu'il doit arriver quelque chose à la personne qui le commet. Si l'on nous forçait à être plus précis, nous nous rabattrions probablement sur les savantes théories des criminologues, que les rédacteurs de notre loi n'avaient sûrement pas à l'esprit quand ils l'ont rédigée. Nous pourrions aussi remarquer que les êtres humains vont travailler plus efficacement et vont vivre plus heureux s'ils sont protégés contre la menace de violence. Gardant à l'esprit que les victimes de meurtre sont souvent des personnes déplaisantes, nous pourrions ajouter que la tâche de se débarrasser des indésirables n'en est pas une pour l'entreprise privée, mais devrait être un monopole étatique. Tout cela me rappelle un avocat qui un jour plaida devant nous qu'une loi obligeant les médecins à être détenteurs d'un permis de pratique était une bonne chose parce que la santé du public s'en trouverait améliorée et que, de ce fait, les primes d'assurance-vie diminueraient. Il y a telle chose que surexpliciter l'évidence.

Si nous ne connaissons pas le but de § 12-A, comment pouvons-nous dire qu'il y a un «vide» dans cet article? Comment pouvons-nous savoir ce que ses rédacteurs pensaient du fait de tuer des personnes humaines dans le but de les manger? Mon collègue Tatting a manifesté une répugnance compréhensible, quoique peut-être légèrement exagérée, envers le cannibalisme. Comment savoir si ses lointains ancêtres n'avaient pas la même répugnance, peut-être à un plus haut degré? Les anthropologues

disent que la crainte qu'inspire un acte prohibé peut être accrue par le fait que les conditions de vie de la tribu font qu'il est tentant de le poser; par exemple, l'inceste est le plus sévèrement condamné dans les villages où il a le plus de chances de se produire. Il est certain que la période qui a suivi la Grande Spirale en était une où l'on était porté à l'anthropophagie. Peut-être fut-ce pour cette raison que nos ancêtres ont exprimé leur prohibition de façon aussi large et dépourvue de réserve. Tout cela, c'est de la conjecture, mais il est on ne peut plus clair que ni mon collègue Foster ni moi-même ne connaissons le «but» de § 12-A.

Des considérations du même genre que celles que je viens d'évoquer s'appliquent aussi à l'exception de la légitime défense, qui tient une si grande place dans le raisonnement de mes collègues Foster et Tatting. Il est vrai que dans *Commonwealth c. Parry* on a, en *obiter dictum*, justifié cette exception par le fait que le but du droit criminel est la dissuasion. Il peut être tout aussi vrai qu'on a enseigné à des générations d'étudiants que l'explication véritable de l'exception était qu'une personne qui agit en légitime défense n'agit pas «intentionnellement» et que ces mêmes étudiants ont passé leurs examens du Barreau en répétant ce que leurs professeurs leur avaient dit. Mais cette dernière remarque, je pourrais évidemment l'écarter comme non pertinente pour la simple raison que ni les professeurs ni les examinateurs du Barreau n'ont à ce jour reçu mission de faire le droit pour nous. Mais une fois de plus, le vrai problème est plus profond que cela. Pour le texte de loi tout comme pour l'exception jurisprudentielle de la légitime défense, la vraie question n'est pas de faire des conjectures sur le *but* de la règle, mais de déterminer son *étendue*. L'étendue de l'exception de légitime défense telle qu'elle a été appliquée par cette Cour est évidente : cette exception s'applique aux affaires où une personne a résisté à une menace violente à sa propre vie. De toute évidence et indiscutablement, la présente affaire ne rentre pas dans le cadre de l'exception, puisque personne ne prétend que Whetmore a menacé la vie des défendeurs.

La mesquinerie fondamentale qui se dégage de la tentative de mon collègue Foster de dissimuler sa reformulation du texte de loi sous une apparence de légitimité est tragiquement mise en évidence dans l'opinion de mon collègue Tatting. Celui-ci tente vaillamment de concilier le moralisme dépourvu de rigueur de son collègue avec sa propre conception de la fidélité au texte de loi. De ce combat il ne pouvait résulter que ce qui s'est produit, un complet manquement à l'accomplissement de la fonction judiciaire. Vous ne pouvez tout simplement pas appliquer un texte de loi tel qu'il est rédigé et en même temps le reformuler pour qu'il se conforme à vos désirs.

Je sais bien que le raisonnement que j'ai élaboré ici ne sera pas acceptable aux esprits qui n'ont de souci que pour les effets immédiats d'une décision et qui ne se préoccupent pas de ce qu'implique à long terme le fait pour le pouvoir judiciaire de s'investir d'un pouvoir de dispenser d'obéir à la loi. Une décision sévère n'est jamais une décision populaire. La littérature a rendu célèbres certains juges qui, grâce à quelque ruse et sournoiserie, ont réussi à priver une partie à un litige de ses droits conformément à l'opinion populaire selon laquelle c'était à tort que cette partie les revendiquait. Mais je pense que le fait pour le pouvoir judiciaire de dispenser d'obéir à la loi est plus nuisible à long terme que les décisions sévères. Les affaires difficiles peuvent même avoir une valeur morale : elles rendent éventuellement le peuple plus conscient de ses responsabilités face à la loi, dont il est le créateur ultime, et elles lui rappellent que les erreurs de ses représentants ne sont pas en principe susceptibles d'être corrigées par quelque pouvoir personnel de gracier.

Je vais aller encore plus loin: non seulement les principes que je viens d'exposer sont-ils les plus sages eu égard à nos conditions de vie présentes, mais ce sont eux qui auraient dû être observés dès l'origine, auquel cas nos ancêtres nous auraient légué un système de droit meilleur. Par exemple, pour revenir à la légitime défense, si nos cours de justice s'en étaient résolument tenues au libellé du texte de loi, sans doute en serait-il résulté une modification législative de celui-ci. Pour l'effectuer, l'on aurait eu

recours à des philosophes naturalistes et à des psychologues, si bien que ce qui est aujourd'hui la légitime défense aurait eu un fondement intelligible et rationnel, au lieu de ce pot-pourri de verbalismes et de distinctions métaphysiques que le milieu judiciaire et le milieu professoral nous ont donné en héritage à ce sujet.

Ces remarques, sur lesquelles je conclus, vont évidemment au-delà de ce que mes devoirs exigent de moi pour décider de cette affaire. Mais je les formule quand même ici parce que j'ai profondément l'impression que mes collègues ne sont pas suffisamment conscients des dangers que recèlent les conceptions de la fonction judiciaire préconisées par mon collègue Foster.

En conclusion, la condamnation devrait être confirmée.

Le juge Handy

J'ai écouté avec surprise les rationalisations alambiquées auxquelles cette affaire, qui est simple, a donné lieu. Car, je ne cesserai jamais de m'étonner de l'habileté de mes collègues à embrouiller d'un voile de légalismes chaque question qu'ils ont à décider. Nous avons entendu cet après-midi de savants développements sur la distinction entre le droit positif et le droit naturel, le libellé d'un texte de loi et son but, la fonction judiciaire et la fonction exécutive, la législation judiciaire et la législation législative. Mon seul regret est que personne n'a soulevé la question de la nature juridique du marché conclu dans la caverne: s'agissait-il d'un contrat unilatéral ou bilatéral et n'aurait-on pas pu considérer que Whetmore avait révoqué son offre avant qu'on y donne suite?

Qu'est-ce que tout cela a à voir avec l'affaire? Le problème qui se pose à nous, officiers du gouvernement, est celui du sort à réserver aux défendeurs. C'est une question de bon sens, qui n'a rien à voir avec quelque théorie abstraite, mais qui a tout à voir avec la pratique des réalités humaines. Quand on voit l'affaire

dans cette perspective, elle devient, selon moi, une des plus faciles à trancher qui n'ait jamais été plaidée devant cette Cour.

Avant d'exposer mes conclusions sur le fond de l'affaire, j'aimerais discuter brièvement de certaines des questions fondamentales qu'elle implique - questions sur lesquelles mes collègues et moi-même sommes en désaccord, cela depuis le début de ma carrière de juge.

Je n'ai jamais été capable d'amener mes collègues à voir que le gouvernement est une affaire humaine et que les personnes humaines sont régies non par des mots couchés sur papier ou par des théories abstraites, mais par d'autres personnes humaines. Elles sont bien gouvernées quand leurs gouvernants comprennent les sentiments et les conceptions des masses. En situation contraire, elles sont mal gouvernées.

De toutes les branches du gouvernement, le pouvoir judiciaire est celui qui risque le plus de perdre contact avec le commun des mortels. Les raisons en sont passablement évidentes. Alors que les masses réagissent à une situation en retenant quelques traits saillants de celle-ci, nous décomposons en petits morceaux chaque situation qui nous est présentée. Les avocats sont engagés par les deux parties pour analyser et disséquer. Juges et plaideurs rivalisent pour tenter de découvrir le plus grand nombre de difficultés et de distinctions dans un ensemble unique de faits. Chaque partie essaie de trouver des exemples, réels ou imaginaires, qui vont ébranler ce que l'autre partie veut démontrer. En cas d'impasse, on invente encore d'autres distinctions qu'on intègre aux faits de l'affaire. Quand un ensemble de données a été assujéti pendant un certain temps à un exercice de ce genre, toute vie et toute sève s'en sont retirées; nous y avons laissé à la place une poignée de poussière.

Je me rends bien compte que, partout où il y a des règles et des principes abstraits, les avocats seront capables de faire des distinctions. Ce que j'ai décrit plus haut est, dans une certaine mesure, un mal nécessaire découlant de toute réglementation

formelle des affaires humaines. Mais je pense que l'étendue du domaine où nous avons réellement besoin d'une telle réglementation a été grandement exagérée. Certes, quelques règles du jeu fondamentales doivent être acceptées sans lesquelles le jeu ne serait pas possible. Parmi celles-ci j'inclurais les règles relatives à la tenue des élections, à la nomination des officiers publics et à la durée de leurs mandats. En ces matières, je concède qu'il est essentiel que les pouvoirs discrétionnaires et de dispense soient balisés, que les formes soient respectées et que l'on distingue scrupuleusement ce qui tombe sous l'emprise de la règle et ce qui lui échappe. Peut-être faudrait-il élargir encore ce domaine des principes fondamentaux et y inclure certaines autres règles, par exemple celles visant à préserver la liberté du système civil.

Hors ces champs, je crois que tous les officiers gouvernementaux, juges y compris, feront un meilleur travail s'ils considèrent les formes et les concepts abstraits comme des instruments. Nous devrions prendre pour modèle le bon administrateur, qui adapte procédures et principes au problème qu'il a à résoudre et qui choisit, parmi les formules à sa disposition, celles qui sont les plus susceptibles de mener au bon résultat.

L'avantage le plus évident que procure cette façon de gouverner est de nous permettre de remplir nos tâches quotidiennes avec efficacité et bon sens. Cependant, je suis adepte de cette philosophie pour des raisons plus profondes. Je crois que seule la façon de voir que cette dernière procure garantit cette flexibilité essentielle pour que nos actions demeurent raisonnablement en harmonie avec les sentiments des personnes sous notre gouverne. L'absence d'un tel accord entre gouvernants et gouvernés a entraîné la chute de plus de gouvernements et la dissémination de plus de misère humaine que n'importe quelle autre cause que l'histoire peut nous révéler. Qu'un écart suffisant s'interpose entre le peuple et les personnes qui dirigent sa vie juridique, politique et économique : notre société est en ruine. En

pareille occurrence, ni le droit naturel de Foster ni la fidélité au texte de loi de Keen ne nous seront d'aucun secours.

Si l'on applique cette philosophie à l'affaire dont nous sommes saisis, il devient extrêmement facile de la trancher. Pour le démontrer, je vais mettre le doigt sur certaines réalités dont mes collègues sont tout aussi bien avertis que moi, mais que leur façon conventionnelle de voir les choses leur a fait peur d'évoquer.

La première de ces réalités est que cette affaire a suscité un énorme intérêt dans le public, à la fois ici et à l'étranger. À peu près tous les journaux et magazines en ont parlé; les chroniqueurs avaient de l'information confidentielle à communiquer à leurs lecteurs au sujet de l'attitude qu'allait adopter le gouvernement; des centaines de lettres de lecteurs ont été reproduites. Une grande chaîne de journaux a fait un sondage et posé au public la question suivante: «Selon vous, que devrait faire la Cour suprême avec les spéléologues?» Les personnes interrogées furent d'avis, à 90 %, que les défenseurs ne devraient pas être condamnés ou qu'ils devraient l'être à une peine symbolique. Le sentiment du public à l'égard de l'affaire est donc parfaitement clair. Nous aurions d'ailleurs pu le connaître sans le sondage, en faisant appel au bon sens ou même à cette Cour puisque 4,5 membres du banc, soit 90 %, partagent l'opinion générale.

Cela nous indique clairement non pas seulement ce que nous pourrions faire, mais ce que nous devons faire si nous voulons maintenir, entre nous-mêmes et l'opinion publique, la dose raisonnable d'harmonie qui convient. On n'a aucunement besoin d'avoir recours à quelque subterfuge ou à quelque astuce pour déclarer ces hommes innocents. Aucun principe d'interprétation statutaire ne s'impose à nous s'il n'est pas compatible avec les pratiques passées de cette Cour. Pour sûr, aucun profane ne penserait qu'en acquittant ces hommes nous avons davantage modifié le texte de loi que ne l'ont fait nos ancêtres en créant la légitime défense. Et, s'il me fallait exposer de façon plus détaillée la façon de concilier notre décision avec le texte de loi, je m'en remettrais simplement aux arguments

élaborés par mon collègue Foster dans la deuxième partie, la moins visionnaire, de ses notes.

Je sais bien que mes collègues seront horrifiés par le fait que je suggère de tenir compte de l'opinion publique. Ils vous diront que celle-ci est émotive et capricieuse, qu'elle se fonde sur des demi-vérités et qu'elle est à l'écoute de témoins qui ne sont pas soumis au contre-interrogatoire. Ils vous diront que le droit régleme un procès comme celui-ci à l'aide de garanties minutieuses, visant à ce que la vérité soit établie et que tout élément ayant un lien rationnel avec les questions soulevées par l'affaire soit pris en considération. Toutes ces garanties, vous diront-ils en guise d'avertissement, sont réduites à zéro si l'on permet que l'opinion publique, qui se forme en dehors de ce cadre juridique, puisse influencer sur l'issue de l'affaire.

Mais examinons en toute sincérité certaines réalités de l'administration de notre droit criminel. Une personne accusée d'un crime a, de façon générale, quatre moyens de s'en sortir. L'un d'eux est la décision d'un juge selon laquelle cette personne, eu égard au droit applicable, n'a commis aucun crime. Bien entendu cette décision est prise dans un contexte plutôt formel et abstrait. Mais voyons les trois autres moyens d'échapper à une punition. Ce sont : (1) une décision du ministère public de ne pas porter d'accusation; (2) un acquittement par un jury; (3) un pardon ou une commutation de peine par l'exécutif. Qui osera prétendre que ces trois décisions sont prises dans le cadre juridique et formel de règles visant à prévenir les erreurs de fait, à écarter tout facteur émotionnel et personnel et à assurer que toutes les procédures prévues par la loi ont été respectées?

En ce qui concerne le jury, nous tentons, bien entendu, de limiter ses délibérations à ce qui est juridiquement pertinent, mais il est inutile de nous leurrer et de croire que cela réussit. Normalement l'affaire dont nous sommes saisis aurait dû être soumise, sous tous ses aspects, au jury. Si l'on avait procédé ainsi, nous pouvons être sûrs qu'il y aurait eu acquittement ou à tout le moins absence d'unanimité, d'où l'impossibilité d'une

condamnation. Si le jury avait été avisé que ni l'état d'inanition de ces hommes ni leur entente ne pouvaient constituer une défense à l'accusation de meurtre, il est très vraisemblable qu'il aurait ignoré cette directive en rendant son verdict; ce dernier aurait impliqué une déformation du libellé de la loi beaucoup plus grande que toutes celles que nous pouvons, nous, envisager. Tout cela ne s'est pas produit pour une seule raison : le hasard a fait que le président du jury était avocat. Grâce à sa formation, celui-ci a imaginé une formule qui a permis au jury de se soustraire à ses responsabilités habituelles.

Mon collègue Tatting est mécontent de ce que le ministère public n'ait pas décidé à sa place, en ne portant pas d'accusation. Se conformant de façon rigide, comme d'habitude, aux canons de la théorie juridique, il est satisfait de voir que c'est la poursuite qui, hors cour et en se basant sur le sens commun, a décidé du destin de ces hommes. Pour sa part, le juge en chef souhaite que le recours au sens commun soit différé à la toute fin bien que, tout comme Tatting, il ne veuille aucunement y prendre part personnellement.

Cela m'amène aux remarques sur lesquelles je conclurai et qui ont trait à la clémence de l'exécutif. Avant d'aborder directement la question, je veux formuler une observation, qui a un rapport avec cette dernière et qui concerne le sondage de l'opinion publique. Comme je l'ai dit, 90 % de la population souhaite que la Cour suprême acquitte purement et simplement les défendeurs ou qu'elle leur impose une peine plus ou moins symbolique. Le 10 % qui reste est constitué d'un groupe de personnes très bizarrement assorties, dont les opinions sont fort curieuses et divergentes entre elles. L'un de nos experts universitaires a fait une étude de ce groupe et a découvert que ses membres pouvaient être regroupés en certaines catégories. Un nombre substantiel d'entre eux sont abonnés à des journaux excentriques, à circulation limitée, qui ont publié des comptes-rendus très inexacts de la présente affaire. Certains croyaient que «spéléologue» voulait dire «cannibale» et que l'anthropophagie était un des credos de la Société. Mais voici où je veux en venir: bien

que tous les genres et toutes les nuances concevables d'opinions se retrouvaient chez les membres de ce groupe, pas un de ceux-ci, pour autant que je sache, et pas un seul membre de la majorité de 90 % n'a dit: «Je pense que ce serait une bonne chose que les cours de justice condamnent ces hommes à être pendus et que par la suite une autre branche du gouvernement intervienne et leur octroie le pardon». Pourtant, c'est la solution qui a plus ou moins accaparé nos discussions et que le juge en chef met de l'avant comme un moyen d'éviter de commettre une injustice et en même temps de faire respecter la loi. Qu'il soit bien certain que s'il préserve ainsi la morale de quiconque, c'est la sienne et pas celle du public qui n'entend rien à ses distinctions. Je mentionne cela parce qu'une fois de plus je veux insister sur le danger de nous égarer dans nos façons de penser et d'oublier que celles-ci n'ont pas la moindre ombre de réalité pour le monde qui nous entoure.

J'en viens maintenant à la donnée la plus cruciale de cette affaire, une donnée que nous tous, de cette Cour, connaissons, bien que mes collègues aient préféré la garder dissimulée dans les plis de leur toge. Selon toute vraisemblance - et cela est terrifiant - le Chef de l'exécutif, si le dénouement de cette affaire lui est laissé, refusera d'accorder son pardon à ces hommes ou de commuer leur peine. Comme nous le savons tous, c'est un homme déjà fort avancé en âge et aux idées très rigides. Les protestations du public ont en général sur lui l'effet inverse de celui qui est recherché. Comme je l'ai dit à mes collègues, il arrive que la nièce de mon épouse est l'amie intime de sa secrétaire. C'est de cette façon indirecte mais digne de foi, à mon avis, que j'ai appris qu'il était fermement décidé à ne pas commuer la sentence si ces hommes sont déclarés coupables.

Personne n'est plus navré que moi d'avoir à m'en remettre, en rapport avec une affaire de cette importance, à une information qui a l'allure d'un ragot. Si j'avais toute liberté, cela ne se produirait pas. Car, j'adopterais l'attitude bien raisonnable de m'asseoir avec le Chef de l'exécutif, de passer l'affaire en revue avec lui, de m'enquérir de son point de vue et peut-être d'élaborer avec lui une solution commune pour dénouer l'impasse. Bien

entendu, mes collègues ne voudront jamais entendre parler d'une telle chose.

Refusant scrupuleusement d'obtenir de façon directe des informations sûres, ils ont été néanmoins très ébranlés par ce qu'ils ont appris indirectement. Quand ils ont été mis au courant des faits que je viens tout juste de relater, le juge en chef, d'habitude un modèle au chapitre du décorum, inséra dans ses notes quelques effets de toge pour impressionner l'exécutif et le menaça d'excommunication s'il refusait de commuer la sentence. Je soupçonne que ce sont aussi ces faits qui ont inspiré à mon collègue Foster cette prouesse : soulever, par lévitation, une bibliothèque complète de livres de droit au dessus des épaules des défenseurs. Ces faits expliquent aussi pourquoi mon collègue legaliste Keen a rivalisé avec Pooh-Bah, dans l'ancienne comédie, en passant de l'autre côté de la scène pour adresser quelques remarques à l'exécutif «en tant que simple citoyen». (Je note au passage que l'avis du simple citoyen Keen va être reproduit dans les rapports judiciaires de cette Cour, publiés grâce aux impôts des contribuables).

Je dois confesser que plus je vieillis, plus le refus des gens de faire usage de leur bon sens pour régler des problèmes de droit ou de gouvernement me rend perplexe; et la présente affaire, qui est vraiment tragique, a accru mon découragement et mon inquiétude à cet égard. Je voudrais simplement convaincre mes collègues de la sagesse des principes que j'ai appliqués dans le cadre de ma fonction de juge depuis le premier moment où je l'ai assumée. En fait, et comme par une triste rotation d'un cercle, j'ai été confronté à des questions comme celles qui se posent ici lors du premier procès que j'ai présidé en tant que juge de la Cour d'instances générales du comté de Fanleigh.

Une secte religieuse avait obligé un de ses ministres à défroquer, parce qu'aux dires de ses membres, il avait épousé les vues et les pratiques d'une secte rivale. Le ministre fit circuler un pamphlet accusant les autorités qui l'avaient expulsé. Certains membres laïcs de l'église en question convoquèrent une réunion,

se proposant d'expliquer la position de celle-ci. Le ministre y assista. Certains ont dit que pour ne pas être remarqué il s'y était présenté sous un déguisement; selon son propre témoignage, le ministre s'y serait rendu vêtu normalement et comme membre du public. Quoi qu'il en soit, quand les exposés commencèrent, il interrompit les orateurs par certaines questions relatives aux affaires de l'église et fit certaines déclarations à l'appui de ses propres vues. Il fut pris à partie par certaines personnes présentes et reçut une solide raclée qui lui laissa, entre autres blessures, une mâchoire brisée. Il intenta une poursuite en dommages contre l'association qui avait parrainé la réunion et contre dix personnes qu'il identifiait comme ses assaillants.

Quand vint le procès, l'affaire me sembla au premier abord très compliquée. Les avocats soulevèrent de nombreux points de droit. Il y eut neuf objections à la recevabilité de la preuve, et la poursuite contre l'association souleva plusieurs difficultés découlant de la question de savoir si le ministre était un intrus ou si sa présence à la réunion était autorisée. Juge nouvellement nommé, j'étais soucieux d'appliquer les connaissances acquises en faculté et je commençai une étude attentive du dossier en lisant toutes les autorités et en disposant, toute documentation à l'appui, des objections. Plus j'étudiais l'affaire, plus je me laissais prendre à toutes ses subtilités en droit au point que je commençais à me trouver dans un état se rapprochant de celui de mon collègue Tatting en l'espèce. Toutefois, il me vint à l'esprit soudainement que tous ces problèmes compliqués n'avaient rien à voir avec l'affaire, que je commençai à examiner sous l'angle du bon sens. Je la vis dans une toute nouvelle perspective et me rendit compte que, pour défaut de preuve, je devais rendre jugement en faveur des défendeurs.

J'en vins à cette conclusion pour les raisons suivantes. La mêlée au cours de laquelle le demandeur avait été blessé s'était déroulée de façon très confuse; certains tentaient d'y prendre part, d'autres de s'en dégager, certains frappaient le demandeur, d'autres essayaient de le protéger. Il aurait fallu des semaines pour démêler tout cela. Je décidai qu'il n'y avait personne dont la

mâchoire avait une telle importance pour le Commonwealth. (Je note au passage que le ministre s'était entretemps guéri de ses blessures, qu'il n'était pas défiguré et avait plein usage de ses facultés). Au surplus, j'avais fortement l'impression que le demandeur s'était dans une large mesure attiré le malheur qu'il avait subi. Il savait à quel point l'affaire avait déchaîné les passions et il aurait facilement pu trouver un autre forum pour exposer ses vues. La presse et le public furent largement d'accord avec ma décision, ni l'une ni l'autre ne pouvant tolérer les vues et les pratiques que le ministre limogé tentait de mettre de l'avant.

Aujourd'hui, trente ans plus tard, grâce à un poursuivant ambitieux et à un président de jury legaliste, je suis confronté à une affaire qui soulève des questions qui au fond ressemblent beaucoup à celles dont je viens de parler. Le monde ne paraît pas changer beaucoup, sous réserve du fait que cette fois ce ne sont pas 500 ou 600 frelars qui sont en jeu, c'est la vie ou la mort de quatre hommes qui ont déjà enduré plus de souffrances et d'humiliation que n'en sauraient supporter la plupart d'entre nous en mille ans. Je conclus que les défendeurs sont innocents du crime dont on les a accusés et que la condamnation et la sentence devraient être annulées.

Le juge Tatting

Le juge en chef m'a demandé si, après avoir écouté les deux dernières opinions, je désirais revoir la position que j'avais prise antérieurement. Je désire préciser que ces deux opinions m'ont raffermi dans ma conviction que je ne dois pas participer à la disposition de cette affaire.

* * *

La Cour suprême étant divisée à égalité, la condamnation et la sentence de la Cour des instances générales sont confirmées. Ordre est donné que l'exécution de la sentence ait lieu à 6 heures du matin le vendredi 2 avril 4300. À ce moment l'exécuteur public

devra, avec toute la diligence qui convient, pendre chacun des défendeurs par le cou jusqu'à ce que mort s'ensuive.

Épilogue

Maintenant que la Cour a rendu son jugement, il peut être utile de rappeler au lecteur intrigué par le choix de la date que le nombre de siècles qui nous sépare de 4300 est approximativement égal aux siècles passés depuis l'âge de Périclès. Il est probablement superflu de remarquer que *l'Affaire des spéléologues* ne se veut ni une œuvre satirique ni une prédiction au sens courant du terme. Quant aux juges qui composent la Cour du juge en chef Truepenny, ils sont aussi imaginaires que les faits de l'affaire et les précédents qu'ils citent. Le lecteur qui refuse d'y croire et qui cherche des ressemblances contemporaines, alors qu'aucune ne fut voulue ni envisagée, devrait être averti du fait qu'il s'engage dans un jeu de son invention, qui peut d'ailleurs distraire son attention des quelques modestes vérités, s'il en est, contenues dans les opinions rendues par la Cour suprême de Newgarth. J'ai imaginé l'affaire dans le seul but d'appliquer à un foyer d'analyse commun certaines philosophies du droit et du gouvernement qui divergent entre elles. Ces philosophies confrontent l'être humain à des questions et à des choix qui étaient d'actualité au temps de Platon et d'Aristote. Peut-être continueront-elles à l'être après que notre ère aura eu son mot à dire à leur sujet. Si ce récit comporte un élément de prédiction, celui-ci ne va pas au-delà d'une suggestion selon laquelle les questions soulevées ici sont parmi les problèmes permanents du genre humain.

Lon L. Fuller***

***. Carter Professor of General Jurisprudence, Harvard Law School.
La R.D.U.S. remercie Lynn D. Fuller pour les droits de publication.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : APPROCHE COMPARATIVE DU RÈGLEMENT DES CONFLITS ARMÉS
AU MOYEN-ORIENT (GAZA ET LIBAN) : À QUELLES CONDITIONS
RETROUVER LA STABILITÉ?

Auteur(s) : Fady FADEL

Revue : RDUS, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : 429-450

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11535>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11535>

Page vide laissée intentionnellement.

**APPROCHE COMPARATIVE DU RÈGLEMENT
DES CONFLITS ARMÉS AU MOYEN-ORIENT
(GAZA ET LIBAN) :
À QUELLES CONDITIONS
RETROUVER LA STABILITÉ?***

par Fady FADEL**

Introduction

En moins de deux ans et demi, deux conflits armés sanglants ont éclaté au Moyen-Orient ayant en commun le même belligérant étatique, l'État d'Israël, et deux autres belligérants non étatiques, considérés comme guérillas ou mouvements de résistance, Hezbollah (juillet 2006) et Hamas (décembre 2008).

Or, le nouveau visage que prennent les confrontations entre l'État d'Israël et les nouveaux belligérants est tout autre par rapport aux guerres passées. En effet, d'avril 1950 (*la Cisjordanie est annexée par la Transjordanie et l'Égypte prend le contrôle de Gaza*) en passant par la deuxième guerre israélo-arabe en octobre 1956 (*opération israélienne contre l'Égypte dans le Sinaï suivie d'une intervention franco-britannique à Suez, le 31 octobre pour répondre à la nationalisation du Canal de Suez par Nasser*), sans oublier la guerre de juin 1967 (*déclenchement de la Guerre des Six Jours*). *L'armée israélienne occupe le Sinaï, le plateau du Golan, la Bande de Gaza, la Cisjordanie et Jérusalem-est*) et celle d'octobre 1973 (*Guerre d'octobre [Guerre du Kippour] déclenchée par les Égyptiens et les Syriens pour reconquérir les territoires occupés par Israël. Victoire d'Israël qui, un instant menacé, a repris l'initiative au bout d'une semaine de combats*), on avait affaire à des entités étatiques en conflits directs. Vu le rapport de force et l'appui important américain à l'État d'Israël, c'est ce dernier qui avait le dernier mot dans ces confrontations guerrières. Sauf que, depuis

* . Conférence donnée à l'Université de Sherbrooke, le 18 février 2009.

** . Professeur à l'Université Antonine-UPA, Beyrouth, Liban.

le début des années 80, on a changé de stratégie de combat du côté arabe – et il semble qu'on y reviendrait prochainement et éventuellement, mais autrement (dernier sommet des pays arabes au Koweït en janvier 2009¹) – et ce sont désormais les factions militaires «non gouvernementales», dites les forces de résistance contre l'occupant, qui prennent en charge le combat militaire contre l'État d'Israël. Deux exemples illustrent cette nouvelle stratégie «tactique» : la guerre de juillet 2006 entre Israël et Hezbollah et la guerre de décembre 2008 entre Israël et Hamas.

Mais, contrairement aux apparences, il s'agit à nos yeux de deux conflits différents, tant dans la raison profonde de leur éclatement (première partie) que dans les termes de leur résolution (deuxième partie). En effet, bien que la diplomatie multilatérale se soit mobilisée avec force pour trouver une issue compromissoire à ces guerres (cessation des hostilités et cessez-le-feu), il n'en demeure pas moins qu'il existe des différences de fond et de forme dans le règlement adopté dans chacune des deux guerres.

Cette approche comparative tâchera de révéler les enjeux de la diplomatie multilatérale quant au rôle d'apaisement joué dans les cas de Gaza et du Liban, tout en soulignant les divergences concernant les résultats escomptés quand il s'agit d'une diplomatie onusienne inscrite dans la durée face à une diplomatie extra-onusienne, tributaire de tractations interétatiques.

1- Ressemblances et différences entre les guerres de 2006 et de 2008 : les raisons des conflits

L'histoire des conflits armés d'Israël avec Hezbollah et Hamas n'est pas nouvelle. Durant l'occupation israélienne du territoire libanais jusqu'à l'année 2000, les opérations militaires, de part et d'autre, ne manquaient pas entre Israël et Hezbollah. La

1. Communiqué final du Sommet des Rois et chefs d'État arabes et commentaire dans le journal An-Nahar, mercredi 21 janvier 2009, chronique d'Émile Khoury, page 3.

dernière en date est celle des «raisins de colère» en 1996. Il en est de même dans le cas de Hamas en 2006. Quoique, les derniers conflits armés de 2006 et de 2008 sont caractéristiques au niveau du contexte interne et régional, tant au Liban (a) qu'à Gaza (b). Ceci n'est pas sans conséquence quant aux divergences profondes entre ces deux cas (c).

a- Le cas du Liban

Après le retrait israélien d'une grande partie du Liban-sud en 2000 et le tracé de la Ligne bleue (délimitant provisoirement la frontière libano-israélienne), il fut indiqué expressément que l'armée israélienne occupe toujours une partie du territoire de l'État libanais au nord du village Ghajar, en vertu des frontières libano-israéliennes reconnues internationalement². Quant aux fermes de Chébaa, occupées en 1967, lors de l'occupation et de l'annexion par Israël du Plateau du Golan syrien, il s'avère que ce territoire «arabe» occupé fait partie formellement, selon les cartes déposées au siège de l'ONU à New York, du territoire syrien. Autrement dit, au vu des documents internationaux pertinents, les fermes de Chébaa se trouvent, par erreur, à l'intérieur du territoire syrien et de ses frontières internationalement reconnues.

Dans la résolution 1701/2006, le secrétaire général des Nations Unies est invité à présenter un examen approfondi relatif à cette question territoriale³. Les rapports qui s'en suivront décrivent les étapes parcourues jusqu'à présent par le Secrétaire général et son équipe de cartographes.⁴

En outre, force est de reconnaître qu'il y avait des prisonniers «politiques» libanais en Israël qui purgeaient des

2. *Résolution concernant la situation au Moyen-Orient*, Doc. off. CS NU, 61^e année, 5511^e séance, Doc. NU S/RES/1701 (2006) au par. 5 [Résolution 1701].

3. *Ibid.* au par. 10.

4. *Rapport du Secrétaire général sur l'application de la résolution 1701 (2006) du Conseil de sécurité*, Doc. off. CS NU, 2008, Doc. NU S/2008/715, au par. 60 [Rapport du Secrétaire général].

peines de prison à la suite d'opérations de libération et de résistance à l'occupant israélien.

Dans ce contexte intervient l'opération du Hezbollah en juillet 2006 qui consiste à enlever deux soldats israéliens au-delà de la Ligne bleue, à l'intérieur du territoire israélien, en vue de provoquer un échange par la suite avec des prisonniers libanais en Israël, ce qui a appelé d'ailleurs à une condamnation par le Conseil de sécurité de l'ONU⁵.

La riposte israélienne fut d'envergure et disproportionnée, au nom de la légitime défense, pour la libération des soldats israéliens enlevés et surtout pour mettre fin à l'existence du Hezbollah (1300 morts côté libanais et 33 morts côté israélien, sans parler des blessés et des dégâts structurels et infrastructurels au Liban). Ces objectifs furent profondément critiqués par la commission d'enquête gouvernementale israélienne Winograd qui a considéré que «certains des buts déclarés de la guerre n'étaient pas clairs et ne pouvaient pas être atteints» et «la décision de répondre (à la capture de deux soldats israéliens) par une frappe militaire immédiate et intense ne se fondait pas sur un plan militaire détaillé, complet et autorisé»⁶.

À cet effet, il convient de signaler que le Hezbollah était représenté dans le gouvernement libanais à travers le ministre de l'Énergie, M. Mohammad Fneych, ainsi qu'à travers ses alliés

-
5. Organisation des Nations Unies, Compte rendu CS/8776, «Conseil de sécurité : La majorité des membres reconnaît la responsabilité du Hezbollah dans la crise au Liban tout en condamnant le caractère disproportionné de la riposte israélienne» (14 juillet 2006), en ligne : <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2006/CS8776.doc.htm>>. Toutes références tirées de l'Internet ont été consultées et vérifiées le 30 mars 2009.
 6. http://contreinfo.info/article.php3?id_article=1023 ou http://www.humanite.fr/-+2007-05-02_International+-. Pour le rapport intégral, voir : http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/2000_2009/2008/Winograd%20Committee%20submits%20final%20report%2030-Jan-2008.

traditionnels, le mouvement Amal, dont le président de la Chambre des députés, Nabih Berri, est le chef.

Cette dernière mention relative à la présence du Hezbollah dans le gouvernement constitue l'un des points fondamentaux de différence avec le Hamas lors du conflit armé l'opposant à Israël.

b- Le cas de Gaza

«Il est clair qu'Israël n'acceptera qu'un règlement qui prévoit une cessation complète des tirs de roquettes, la fin de réarmement du Hamas et une vie normale pour les citoyens du Sud d'Israël. Nous ne parviendrons à un apaisement que si toutes les exigences d'Israël sont satisfaites», a déclaré le dimanche 4 janvier 2009 Ovid Yehezqel, secrétaire général du gouvernement israélien.⁷

La première roquette a été tirée au début de l'année 2001, quelques mois après le début de la deuxième Intifada, le 29 septembre 2000. Au début des tirs, leur nombre est resté relativement limité à l'exception de 2004, où 281 roquettes avaient été tirées ainsi que 250 obus de mortiers. Un premier pic a été atteint en 2006 avec 946 tirs, avant une légère décline en 2007 puis en 2008.

En se retirant de la bande de Gaza en 2005, et en démantelant les colonies juives qui y étaient implantées, Ariel Sharon pensait en finir avec les opérations incessantes dans ce territoire, et soulager l'armée de ce fardeau.

Moins de cinq ans plus tard, ses successeurs doivent faire face à une nouvelle menace à Gaza. Le retrait unilatéral de Sharon, sans négociations préalables avec l'Autorité palestinienne, avait été présenté comme une victoire par le Hamas. Le

7. Michel Bôle-Richard, «Un conflit provoqué par les tirs de Qassam sur Israël et par le blocus israélien de Gaza», *Le Monde* (6 janvier 2009) à la p. 6.

mouvement islamiste avait remporté l'année suivante les élections législatives palestiniennes, le 25 janvier 2005, avant de prendre le pouvoir par un coup de force à l'été 2007, évinçant de Gaza les forces du président de l'Autorité palestinienne, Mahmoud Abbas.

À cet effet, il convient de signaler que cette Autorité palestinienne, composée de président, de gouvernement et de Parlement, a été créée en vertu des accords d'Oslo en 1993 qui ont donné un embryon d'autonomie aux territoires palestiniens. Il s'agit de la seule instance politique représentant tous les Palestiniens et reconnue par la communauté internationale⁸. Par conséquent, l'on se trouve désormais devant deux gouvernements : le gouvernement de Hamas à Gaza, qui a remporté les dernières élections législatives, et le gouvernement de Fateh en Cisjordanie, constitué de fait à la suite du coup de force de Hamas en 2007.

Dans un premier temps, Israël avait réussi à circonscrire la menace représentée par les kamikazes, dont le Hamas avait fait sa spécialité, par une clôture électrifiée et étroitement surveillée entourant la bande de Gaza. Dans ce contexte de confrontations, Israël avait organisé un étroit blocus terrestre et maritime du territoire palestinien, destiné à faire plier le Hamas.

Ce système a été contourné par les militants islamistes sous terre et dans les airs. En creusant des tunnels, le Hamas avait lancé des attaques contre les postes israéliens, comme celle qui avait abouti à la capture du caporal Gilad Shalit en juin 2006, depuis lors toujours prisonnier à Gaza. Ces souterrains ont aussi permis de faire entrer, depuis un Sinaï égyptien mal contrôlé, armes et ravitaillement, et notamment des roquettes plus sophistiquées que les engins artisanaux bricolés dans les ateliers de chaudronnerie du Hamas. Dans les airs ensuite, Hamas faisait pleuvoir par-dessus la barrière terrestre des projectiles à la portée de plus en plus longue contre les villes du Sud d'Israël.

8. Doc. off. AG NU, 1997, 68^e séance plén., Doc. NU A:52:L.52 et Corr. et Add. 1.

Pour le mouvement islamiste, les tirs de roquettes ne sont que des ripostes au blocus infligé par Israël contre son territoire, qui dépend étroitement des marchandises transitant par son voisin et dont la population vit sous perfusion d'aide internationale. Quoique relativement inefficaces, ces tirs sont pour Israël une menace inacceptable.

L'armée israélienne a fini par se résoudre à retourner dans Gaza, où elle n'avait plus pénétré depuis la décevante opération «Pluie d'été» de 2006, qui avait échoué à libérer le caporal Shalit. L'objectif officiel de l'opération «Plomb durci» n'est pas aujourd'hui de réoccuper Gaza et d'administrer 1,5 million de Palestiniens, mais de mettre fin aux tirs du Hamas contre Israël. Le Hamas s'est préparé depuis l'été 2007 à une confrontation de ce genre. Le mouvement, qui met le sacrifice individuel, volontaire ou non, au centre de son identité, représente un adversaire plus coriace que les militants du Fateh palestinien qu'Israël avait réduits dans les opérations en Cisjordanie pendant la seconde Intifada en 2002. Le Hamas a augmenté son arsenal, creusé des caches et des tunnels, dissimulé des mines et préparé ses combattants. L'offensive terrestre devait, selon l'état-major israélien⁹, porter un coup définitif aux capacités militaires du Hamas. Elle a commencé après une semaine d'opérations aériennes, où viennent une nouvelle fois d'être démontrées les limites de l'aviation face à un adversaire furtif. Malgré leur précision, les bombes guidées et les missiles se sont révélés incapables de faire cesser totalement les tirs de roquettes et de mortiers. Les drones, capables de filmer de nuit ou sous un couvert nuageux à la caméra thermique les moindres mouvements de l'adversaire, ne parviennent pas à tout savoir d'un mouvement maladivement secret et clandestin.

9. Adrien Jaulmes, «Pourquoi Gaza a replongé dans la guerre», *Le Figaro* (5 janvier 2009), en ligne : <http://www.lefigaro.fr/international/2009/01/05/01003-0090105ARTFIG00247-pourquoi-gaza-a-replonge-dans-la-guerre-.php>.

c- Première synthèse

- Bien que le Hamas et le Hezbollah jouissent tous les deux de légitimité représentative démocratique, il n'en demeure pas moins qu'au moment du conflit armé l'on assiste à un démembrement de l'exécutif du côté palestinien (deux gouvernements sur deux territoires «séparés») alors qu'il s'agit d'un seul gouvernement solidaire intégrant le Hezbollah du côté libanais.
- Malgré les condamnations ayant émané de tous bords à l'encontre de l'action «illégal» du Hezbollah dans la capture des soldats israéliens le 12 juillet 2006, force est de constater, à l'instar du secrétaire général des Nations Unies, que la question de libération des prisonniers libanais en Israël et des soldats israéliens enlevés est totalement réglée. Autrement dit, «après 18 mois d'efforts intensifs (diplomatiques), les aspects humanitaires de la résolution 1701/2006 avaient été remplies»¹⁰.

En outre, il convient de rappeler qu'à l'époque, le Hezbollah, qui est sorti victorieux des élections législatives en 2005 faisant alliance avec la coalition du Courant du Futur (présidé par Saad Hariri) et du Parti Progressiste Socialiste (présidé par Walid Joumblatt), jouissait d'une certaine couverture nationale quant à ses mesures de résistance et de libération des prisonniers libanais en Israël.

Du côté du Hamas, les efforts diplomatiques restent timides au sujet des prisonniers palestiniens en Israël ou en ce qui concerne le soldat israélien enlevé Gilad Shalit. De même, l'on est loin de considérer que les actions militaires de Hamas reçoivent l'aval

10. *Rapport du Secrétaire général, supra note 5 au par. 57.*

de la classe politique et de l'ensemble de la population palestinienne (deux factions palestiniennes séparées sur deux territoires juxtaposés, Gaza et Cisjordanie), comme l'a souligné le 1^{er} février 2009 en Égypte le président de l'Autorité palestinienne, Mahmoud Abbas¹¹.

- Bien que la Syrie et l'Iran prétendent constituer les puissances régionales «d'objection» à l'encontre d'Israël et appuient avec force les guérillas locales ainsi que les mouvements de résistance (Hamas et Hezbollah), il n'en reste pas moins que les conséquences des actions militaires de ces deux belligérants non étatiques sont différentes et ils (Hamas et Hezbollah) doivent prendre en compte les facteurs sociologiques relatifs à la composition spécifique de chacune des sociétés à laquelle ils appartiennent (la Palestine étant «uniculturelle»-démocratie majoritaire; le Liban étant multiculturel-démocratie consociative).
- Bien que Hezbollah et Hamas constituent les deux belligérants directs face à Israël, Hezbollah ne s'est pas constitué formellement en partie principale lors des négociations qui ont amené l'adoption de la résolution 1701. C'est le gouvernement libanais qui assurait la représentativité du Liban sur la scène diplomatique internationale, que ce soit à l'ONU ou ailleurs, et qui a négocié et accepté le règlement tel que mentionné expressément dans la résolution. En revanche, Hamas a négocié lui-même et directement, en tant que mouvement de résistance et

11. «Pour Abbas, le Hamas a "risqué la vie du peuple" palestinien», *Le Monde avec AFP* (1^{er} février 2009), en ligne : http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ACHATS/acheter.cgi?offre=ARCHIVES&type_item=ART_ARCH_30J&objet_id=1068748&clef=ARC-TRK-NC_01#e_ns_id=1106055.

«gouvernement», les termes du règlement, et ce, à travers le rôle de médiation assuré par l'Égypte.

Où en sommes-nous aujourd'hui?

2- Quels règlements adéquats des conflits?

En stratégie militaire, les conflits armés prennent fin à la suite d'un règlement permettant au plus fort d'imposer son approche, ou au moins de se mettre à la table de négociation muni de positions de puissance se référant au rapport de force confirmé sur le terrain. Or, dans les deux guerres de 2006 et de 2008-2009, les règlements sont le fruit d'une action diplomatique ayant abouti - jusqu'à présent - à une cessation des hostilités. Dans ce sillage, il nous semble que dans le cas libanais, les efforts diplomatiques ont abouti à l'adoption par le Conseil de sécurité de la résolution 1701/2006 (a), alors que dans le cas de Gaza, c'est la résolution 1860/2009 qui devrait servir, voire aboutir à une (plusieurs) action(s) diplomatique(s) multilatérale(s) (b). Quelles en sont alors les conséquences? (c)

a- Principaux apports de la résolution 1701/2006

- L'action diplomatique multilatérale qui a rassemblé la Ligue des États arabes, l'Union européenne, les cinq États membres permanents du Conseil de sécurité s'est conjuguée avec les efforts nationaux du gouvernement libanais et du commandement en chef de l'armée libanaise. En effet, ce n'est qu'à la suite du plan en sept points annoncé par le président du Conseil des ministres libanais Fouad Siniora le 27 juillet 2006 à la conférence de Rome en Italie sur le Liban et adopté unanimement par le gouvernement libanais¹², notant pour la première

12. Adrien Jaulmes, «Beyrouth réclame un retrait israélien du Liban-Sud», *Le Figaro* (15 octobre 2007), en ligne : [Le Figaro.fr](http://LeFigaro.fr)

fois la volonté d'étendre l'autorité du gouvernement sur son territoire par l'intermédiaire de ses propres forces armées légitimes¹³, qu'a eu lieu l'adoption par le C.S. de la résolution 1701/2006 qui a mis fin aux hostilités.

- Le fait que le Conseil de sécurité ait qualifié la situation au Liban comme étant «une menace à la paix et à la sécurité internationales»¹⁴ donne à sa résolution une ampleur décisionnelle qui s'impose aux parties au conflit, sans qu'il y ait une mention expresse du chapitre VII de la Charte. Autrement dit, les paragraphes 7, où l'on lit que le C.S. «Affirme», 11, où il est dit que le C.S. «décide», 12, où le C.S. «autorise», 15 et 16, où le C.S. «décide toujours», jouissent d'une autorité s'imposant aux belligérants et à l'ensemble des États puisqu'il s'agit d'une action

<http://www.lefigaro.fr/international/2006/08/07/01003-20060807ARTFIG90126-beyrouth_reclame_un_retrait_israelien_du_liban_sud.php>.

Le plan en sept points : 1- un engagement à relâcher les prisonniers libanais et israéliens par le canal du Comité international de la Croix-Rouge. 2- le retrait de l'armée israélienne derrière la ligne «bleue» (tracée par l'ONU entre le Liban et Israël) et le retour des déplacés dans leurs villages. 3- un engagement du Conseil de sécurité à placer le secteur des fermes de Chébaa sous juridiction des Nations Unies. 4- le déploiement de l'autorité du gouvernement libanais sur son territoire au moyen de ses propres forces armées légitimes. 5- le renforcement des forces internationales des Nations Unies opérant dans le sud du Liban en nombre, équipements, mandat et périmètre d'opérations autant que nécessaire pour entreprendre le travail humanitaire urgent et les opérations de secours. 6- l'engagement des Nations Unies à mettre en œuvre l'accord d'armistice signé par le Liban et Israël en 1949. 7- la communauté internationale s'engage à soutenir le Liban à tous les niveaux et à l'aider à supporter l'immense fardeau résultant de la tragédie humaine, sociale et économique qui l'a frappé. Pour le plan en sept points, voir le quatrième rapport semestriel du secrétaire général de l'ONU sur l'application de la résolution 1559/2004, S/2006/832 (paragraphes : 18, 19, 25, 49) : http://www.unicbeirut.org/unic_editor/Download.asp?table_name=uploadDocs&field_name=id&FileID=6. Voir aussi : <http://www.voltairenet.org/article142811.html>.

13. Résolution 1701, *supra* note 3, préambule.

14. *Ibid.*

s'inscrivant dans le cadre d'une «menace contre la paix et la sécurité internationales», et d'une «décision»¹⁵, au sens de l'article 25 de la Charte¹⁶. Faut-il rappeler par exemple que ce concept est bel et bien l'intitulé du chapitre VII de la Charte, où le C.S envisage des mesures coercitives s'imposant à tous.

- La résolution 1701 renforce le mandat de la Force intérimaire des Nations Unies au Liban (FINUL 2) qui dispose désormais d'une mission d'assistance vis-à-vis du gouvernement libanais pour «veiller à ce que son théâtre d'opérations (son lieu de déploiement du sud du fleuve de Litani jusqu'à la Ligne bleue) ne soit pas utilisé pour des activités hostiles de quelque nature que ce soit, à résister aux tentatives visant à l'empêcher par la force de s'acquitter de ses obligations dans le cadre du mandat que lui a confié le C.S. [...]». En outre, il y est fait mention que la FINUL doit «aider les forces armées libanaises (FAL) à prendre les mesures en vue de l'établissement de la zone d'exclusion de tous personnels armés, biens et armes autres que ceux déployés dans la zone par le Gouvernement libanais et les forces de la FINUL»¹⁷.
- Il fut procédé à l'élargissement du mandat de la FINUL, en vertu des règles d'engagement adoptées aux Nations Unies par l'ensemble des États participants à la FINUL et relatives à l'emploi de la

15. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 847. Voir également *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, [1971] C.I.J. rec. 16 à la p. 53.

16. *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 25 : «Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte.»

17. Résolution 1701, *supra* note 3 aux par. 8, 11 et 12.

force et à la liberté totale de circulation dans sa zone de déploiement.¹⁸

- La résolution 1701 consacre désormais et au premier rang le rôle joué par l'action diplomatique sous l'égide de l'ONU, par le biais du Secrétariat général, en vue du règlement pacifique des questions relatives à l'établissement d'un cessez-le-feu durable, aux prisonniers libanais en Israël, aux soldats israéliens enlevés, aux fermes de Chébaa, à la partie libanaise village de Ghajar, à la sécurisation des frontières libanaises, etc.

b- Les apports de la résolution 1860/2009 «en question»

- Il convient de signaler en premier lieu que le C.S., usant de son pouvoir discrétionnaire de qualification, en vertu de la Charte de l'ONU à l'article 39, n'a pas procédé à qualifier la situation à Gaza comme étant une menace contre la paix et la sécurité internationale (comme il le fait fréquemment dans le cas libanais). Cela aurait donné davantage d'envergure, ne serait-ce que théoriquement, à la résolution en question.
- S'inscrivant dans un cadre de médiation – non contraignant – en appelant les parties au conflit de résoudre pacifiquement leur différend, le C.S. recommande, à travers la résolution 1860, sans pouvoir de décision, les termes de la fin du conflit. En effet, en utilisant à plusieurs reprises la formule «le C.S. souligne, appelle (trois fois), condamne, encourage, demande», force est de constater que nous sommes en face d'une résolution à «caractère exhortatif» bien différente «des décisions à caractère

18. Documents UN Restricted et UN Confidential. Fady Fadel, «De la FINUL I à la FINUL II : un nouveau mandat "robuste"» dans Jocelyn Coulon, dir., *Guide du maintien de la paix 2009*, Montréal, Athéna, 2009, p. 29.

d'injonction»¹⁹, dont il est question à l'article 25 de la Charte.

Autrement dit, l'opposabilité juridique de la résolution en question quant à ses dispositifs concernant les belligérants est en cause. Le seul paragraphe où le C.S. «décide», et que les Etats membres conviennent d'accepter et d'appliquer, concerne le fait «de rester saisi de la question». Du reste, il s'agit de recommandations clairement formulées par le C.S. qui nécessiteraient leur acceptation par les parties en vue de leur application. Autrement dit, cette résolution «d'inspiration conciliatrice» supposait «le consensus ou au minimum l'acceptation des États concernés»²⁰. Israël ne l'a pas fait, en refusant d'appliquer d'entrée de jeu la résolution 1860²¹ et en demandant auparavant aux États-Unis de s'abstenir lors du vote de la résolution en question²².

- Ainsi, nous remarquons que le cessez-le-feu auquel a appelé le C.S. dans sa résolution au paragraphe 1 en date du 8 janvier 2009 n'a donné aucun effet dans

-
19. Erik Suy, «Commentaire de l'article 25 de la Charte» dans Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, dir., *La Charte des Nations Unies : Commentaire, article par article*, Paris, Economica, 1991 à la p. 476.
 20. Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 2004 à la p. 636.
 21. «Israël refuse un cessez-le-feu» (13 janvier 2009), en ligne : Topnet.tn <http://www.topnet.tn/index.php?option=com_content&task=view&id=84&Itemid=377&alDate=2009-01-13&type=actualite-internationale&ligneArticle=17>. Voir aussi Agence de presse Xinhua, «La Chine s'inquiète sérieusement de la non application de la Résolution 1860 de l'ONU sur Gaza» (14 janvier 2009), en ligne : French.China.org.cn <http://french.china.org.cn/conferencedepresse/2009-01/14/content_17103622.htm>.
 22. Hilary Leila Krieger, «Résolution 1860 : Rice nie les déclarations d'Olmert» *Jerusalem Post* (15 janvier 2009), en ligne : Jerusalem Post.com <<http://fr.jpost.com/servlet/Satellite?pagename=JFrench/JPArticle/ShowFull&cid=1231950857763>>.

l'immédiat. Bien au contraire, ce n'est que le 18 janvier 2009, à travers une décision unilatérale gouvernementale israélienne, qu'un cessez-le-feu fut adopté par l'État d'Israël, suivi quelques heures après par une décision unilatérale de Hamas de décréter un cessez-le-feu, sans aucune référence à la résolution 1860²³.

- Contrairement à la résolution 1701, la 1860 ne prévoit pas de mécanisme de contrôle du cessez-le-feu auquel elle appelle les parties. Bien au contraire, la 1860 encourage la diplomatie extra-onusienne à prévoir les termes du règlement et les mécanismes appropriés pour le cessez-le feu²⁴, et opère du coup une délégation « implicite » de compétences à l'endroit d'États et non pas d'organisations régionales. En effet, si le C.S. avait qualifié la situation à Gaza comme étant une menace contre la paix et la sécurité internationales (se fondant par exemple sur la qualification des attaques comme étant terroristes à l'encontre d'Israël en provenance de Hamas à Gaza, cf. les résolutions 1269 en 1999, 1368, 1373 et 1377 en 2001), sa délégation de compétences aurait été explicite et constitué un précédent.
- Par conséquent, l'ancienne secrétaire d'État américaine Condoleezza Rice et la ministre des Affaires étrangères israélienne Tzipi Livni ont paraphé le vendredi 16 janvier 2009 un accord bilatéral destiné à favoriser la lutte contre la contrebande d'armes vers la bande de Gaza, dans le

23. «Après Israël, le Hamas annonce un cessez-le-feu à Gaza», *La Tribune* (18 janvier 2009), en ligne : <http://www.latribune.fr/actualites/economie/international/20090118trib000333004/apres-israel-le-hamas-annonce-un-cessez-le-feu-a-gaza.html>.

24. Doc. off. CS NU, 64^e année, 6063^e séance, Doc. NU S/RES/1860 (2009) aux par. 6-8.

cadre des efforts pour parvenir à un cessez-le-feu.²⁵ De leur côté, l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni se sont dits prêts à contribuer à la lutte contre la contrebande d'armes vers la bande de Gaza dans une lettre commune envoyée aux dirigeants israélien et égyptien et rendue publique samedi par le gouvernement allemand à Berlin. «Nous avons dit notre disposition à prendre une série de mesures qui devraient mener à la fin de la contrebande d'armes vers Gaza», ont écrit la chancelière allemande Angela Merkel, le président français Nicolas Sarkozy et le premier ministre britannique Gordon Brown dans cette lettre adressée au premier ministre israélien Ehud Olmert et au président égyptien Hosni Moubarak. «Nous nous sommes étroitement concertés ces derniers jours et allons coopérer avec les gouvernements israélien et égyptien pour appliquer ces mesures», ajoutent-ils dans la lettre transmise le samedi 17 janvier 2009 à ses destinataires par les ambassades à Jérusalem et au Caire.²⁶ Le lendemain, le dimanche 18 janvier 2009, le sommet de Charm el-Cheikh a lieu dans le cadre du renforcement du cessez-le-feu, sans oublier les déclarations du nouvel émissaire américain au Moyen-Orient Georges Mitchell concernant la consolidation de la trêve à Gaza²⁷. En un mot, c'est la diplomatie bilatérale et multilatérale extra-onusienne qui intervient au premier chef dans le

-
- 25. «Rice et Livni signent un accord contre la contrebande d'armes à Gaza», *NouvelObs* (17 janvier 2009), en ligne : [NouvelObs.com <http://tempsreel.nouvelobs.com/speciales/international/le_conflit_a_gaza/20090116.OBS9955/rice_et_livni_signent_un_accord_contre_la_contrebande_d.html>](http://tempsreel.nouvelobs.com/speciales/international/le_conflit_a_gaza/20090116.OBS9955/rice_et_livni_signent_un_accord_contre_la_contrebande_d.html).
 - 26. Voir : <http://www.rtlinfo.be/rtl/archive/article/211368/?&archiveYear=2009>.
 - 27. «George Mitchell veut «consolider» la trêve à Gaza : Chronologie», *Le Monde* (30 janvier 2009), en ligne : [Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/web/recherche_breve/1,13-0,371067974,0.html>](http://www.lemonde.fr/web/recherche_breve/1,13-0,371067974,0.html).

règlement du conflit israélo-gazaouite, se servant notamment des documents internationaux pertinents à cet effet.

- Enfin, contrairement à la résolution 1701, d'une part, nous constatons une absence totale de mention dans la résolution 1860 concernant la remise de rapports périodiques du secrétaire général des Nations Unies, relatifs à l'application de la résolution en question; cela montre encore une fois que l'application de ladite résolution ne jouit pas d'un cadre international contraignant. D'autre part, il n'y est fait aucunement référence à la libération du soldat israélien enlevé Gilad Shalit et aux prisonniers palestiniens en Israël, bien qu'aux paragraphes 3 et 4 de la 1860, le C.S. s'intéresse de près à la question humanitaire.

c- Deuxième synthèse

- o Le déploiement d'une force internationale de maintien de la paix au Liban-Sud, chargée d'assister les forces armées libanaises dans la garantie de la stabilité et de la cessation des hostilités entre Israël et le Liban, constitue l'une des grandes différences avec les efforts diplomatiques extra-onusiens visant la consolidation d'un cessez-le-feu à Gaza, déjà précaire dès le départ, puisqu'il est déclaré unilatéralement par les parties au conflit.

En effet, le secrétaire général des Nations Unies souligne dans son rapport sur l'application de la résolution 1701 le 18 novembre 2008 que «la cessation des hostilités entre Israël et le Liban est toujours respectée et dans l'ensemble, la situation militaire, de même que la situation relative à la sécurité dans la zone d'opérations de la Force

intérimaire des Nations Unies au Liban (FINUL) est restée calme. Les parties respectent toujours la Ligne bleue d'une façon générale»²⁸.

- À la question de savoir si Israël a atteint les objectifs de son opération militaire, des analystes et des politologues considèrent que malgré le fait que Hamas a été affaibli dans cette guerre, il n'en demeure pas moins qu'il a toujours la capacité et la possibilité de lancer des roquettes et des obus vers Israël²⁹. Bien plus, les mécanismes de contrôler les contrebandes d'armes ou de permettre à Gaza d'être une zone exclue d'armes et de personnes armées,

28. *Rapport du Secrétaire général, supra* note 5 au par. 6.

29. Une synthèse de ces points de vue se trouve sur les liens suivants :
 Elise Barthet, «Après l'offensive sur Gaza, Israël s'interroge sur sa stratégie», *Le Monde* (19 janvier 2009), en ligne : Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ACHATS/acheter.cgi?offre=ARCHIVES&type_item=ART_ARCH_30J&objet_id=1066999&clef=ARC-TRK-NC_01#ens_id=1106055>.
 Pierre Prier, «Israël n'a pas atteint tous ses objectifs à Gaza» *Le Figaro* (22 janvier 2009), en ligne : Le Figaro.fr <<http://www.lefigaro.fr/international/2009/01/23/01003-20090123ARTFIG00004-israel-n-a-pas-atteint-tous-ses-objectifs-a-gaza-.php>>.
 Michel Bôle-Richard, «Opération "Plomb durci" : quelle "victoire" pour Israël?», *Le Monde* (19 janvier 2009), en ligne : Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ACHATS/acheter.cgi?offre=ARCHIVES&type_item=ART_ARCH_30J&objet_id=1067009&clef=ARC-TRK-NC_01#ens_id=1106055>.
 François Béguin, «Les principaux objectifs d'Israël dans la bande de Gaza sont atteints», *Le Monde* (16 janvier 2009), en ligne : Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ACHATS/acheter.cgi?offre=ARCHIVES&type_item=ART_ARCH_30J&objet_id=1066565&clef=ARC-TRK-NC_01#ens_id=1106055>.
 Marek Halter, «Ce que le chef du Hamas veut obtenir d'Israël par la force», *Le Figaro* (29 décembre 2008), en ligne : Le Figaro.fr <<http://www.lefigaro.fr/debats/2008/12/29/01005-20081229ARTFIG00268-ce-que-le-chef-du-hamas-veut-obtenir-d-israel-par-la-force-.php>>.
 A. J. «Nous n'avons pas intérêt à détruire le Hamas», *Le Figaro* (13 janvier 2009), en ligne : Le Figaro.fr <<http://www.lefigaro.fr/international/2009/01/13/01003-20090113ARTFIG00314-nous-n-avons-pas-interet-a-detruire-le-hamas-.php>>.

hormis les forces gouvernementales, restent imprécis, inconnus et tributaires du rapport de force et des enjeux des relations internationales.

En revanche, malgré les défaillances de l'opération militaire d'Israël dans sa guerre au Liban en 2006, tel que souligné dans le rapport Winograd ³⁰, force est de rappeler que la zone de déploiement de la FINUL et des FAL au Liban-Sud ne souffre pas d'insécurité ou de danger au niveau de lancement de roquettes vers Israël. Bien au contraire, lorsqu'il y a eu des tirs de roquettes vers Israël du Liban-Sud lors du dernier conflit armé israélo-gazaouite en janvier 2009, Hezbollah s'est empressé de rassurer qu'il n'est pas responsable de ces tirs et qu'il compte respecter les dispositions de la résolution 1701. En effet, «le Hezbollah fait clairement savoir au gouvernement libanais, qui compte l'un de ses ministres, qu'il n'est pas impliqué par le lancement de roquettes sur le nord d'Israël à partir du Liban», a déclaré le ministre libanais de l'Information Tarek Mitri.³¹

- Dans une étude publiée récemment sur la guerre à Gaza³², Anthony H. Cordesman considère que sur le plan tactique Hamas a été bien touché dans son arsenal militaire et dans ses structures souterraines,

30. «Rapport sur la guerre du Liban : Olmert ne démissionnera pas» (30 avril 2007), en ligne : TF1.LCI.fr <<http://tf1.lci.fr/infos/monde/moyen-orient/0,,3438479,00-rapport-sur-guerre-liban-olmert-demissionnera-.html>>.

31. «Israël réplique à un tir de roquettes venant du sud du Liban», *Le Monde avec AFP et Reuters* (8 janvier 2009), en ligne : Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ACHATS/acheter.cgi?offre=ARCHIVES&type_item=ART_ARCH_30J&objet_id=1065544&clef=ARC-TRK-NC_01>.

32. Anthony H. Cordesman, «The War in Gaza : Tactical Gains, Strategic Defeat?», *Center for Strategic & International Studies* (9 janvier 2009), en ligne : CSIS.org <http://www.csis.org/component/option,com_csis_pubs/task,view/id,5188/type,1/>.

sans qu'il y ait eu toutefois un vrai aboutissement mettant fin à ses opérations militaires à l'encontre d'Israël. Par ailleurs, sur le plan stratégique, les accords d'assistance militaire signés par les États-Unis d'Amérique, la France, l'Allemagne et la Grande-Bretagne avec Israël laissent présager une nouvelle configuration et un élargissement de la présence de l'OTAN dans le sud-est de la Méditerranée, la mer Rouge et le golfe d'Éden. Est-ce que cela constitue une avancée militaire stratégique, dont les résultats sont à attendre ultérieurement, ou bien s'agit-il d'un simple appui diplomatique, à venir, concernant le contrôle de contrebande d'armes venant à Hamas de l'Iran ou de la Syrie? De toute façon, il nous semble que sur le plan stratégique, la guerre est encore loin d'être perdue par Israël.

Conclusion

En parlant de quête de stabilité aujourd'hui au Moyen-Orient au lieu d'instaurer une paix durable, d'une part, on approche la question par étapes et par processus et, d'autre part, on examine la situation avec pragmatisme.

En effet, les résolutions 1701 et 1860 ont en commun cette approche pragmatique et par processus, puisqu'elles appellent en premier lieu à une cessation des hostilités, ensuite à un cessez-le-feu durable suivi de l'entrée en vigueur - de nouveau - de la trêve (accord d'armistice en vertu de la résolution 62 du C.S du 16 novembre 1948), comme étant, dans leur ensemble, des étapes pour l'instauration d'une paix globale, juste et durable au Moyen-Orient.

D'où, les efforts diplomatiques qui sont déployés présentement et à moyen terme concernent notamment ces étapes provisoires instaurant la stabilité, beaucoup plus que la paix.

Cette dernière, devant être fondée sur les résolutions pertinentes du C.S.³³, reste tributaire de la diplomatie extra-onusienne et des rapports de force régionaux et internationaux. La présence d'une force internationale de maintien de la paix au Liban constitue toutefois une chance pour le rétablissement de l'autorité du gouvernement libanais sur son territoire et la reconstruction de l'État libanais, après des années de démembrement, de guerre civile et de tutelle syrienne. Encore faut-il faire prévaloir le monopole de l'usage de la force par l'État³⁴, et non pas son partage avec les milices libanaises et non libanaises, pour une meilleure stabilité politique et sécuritaire, sans oublier la cessation de la violation de la souveraineté libanaise à travers le vol de l'aviation militaire israélienne dans l'espace aérien libanais. Devant ces défis, la stabilité libanaise est en cours de construction, mais reste précaire au regard des enjeux des relations internationales, tant sur le plan régional qu'à l'échelle mondiale.

Quant à Gaza, outre le processus de réconciliation inter-palestinien qui n'est pas encore en cours, il convient de noter que les exigences des parties au conflit, Israël et Hamas, sont encore sans répondant : la cessation des tirs de roquettes de Gaza vers le Sud d'Israël, la levée du blocus israélien sur Gaza, la fin de la contrebande d'armes vers Gaza et le règlement de la question des prisonniers palestiniens et du soldat israélien enlevé.

Ce n'est qu'en passant par ces étapes provisoires que l'on peut acheminer dans le processus de paix et avancer dans la négociation des accords internationaux visant la création d'un État palestinien (paix contre territoire-accords d'Oslo de 1993) et le retour des réfugiés palestiniens «chez eux». Encore faut-il que les parties au différend, gouvernement israélien et Autorité palestinienne, soient convaincus du résultat de ce processus de

33. Les résolutions pertinentes citées par la 1701 et la 1860 sont : 242 (1967) du 22 novembre 1967, 338 (1973) du 22 octobre 1973, 1397 (2002) du 12 mars 2002, 1515 (2003) du 19 novembre 2003 et 1850 du 15 décembre 2008.

34. *Rapport du Secrétaire général, supra* note 5 au par. 32.

paix et que cela n'entre pas en conflit avec leur doctrine (fondamentalisme musulman) ou leur promesse électorale (la droite fondamentaliste israélienne). Dans ce cas, ce n'est plus un conflit entre droits internes et droit international qui aurait lieu, mais plutôt entre le règlement pacifique des différends et le non-contrôle d'un cycle de violences meurtrières.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : PROJET DE CONVENTION RELATIVE AU STATUT INTERNATIONAL
DES DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX

Revue : *RDUS*, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : 451-505

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11538>

Page vide laissée intentionnellement.

PROJET DE CONVENTION INTERNATIONALE

PROJET DE CONVENTION RELATIVE AU STATUT INTERNATIONAL DES DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX*

CONTEXTE

La Faculté de droit et de sciences économiques de l'Université de Limoges et le Centre de recherches interdisciplinaires en droit de l'environnement de l'aménagement et de l'urbanisme (CRIDEAU) de l'Université de Limoges coopèrent avec la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke dans les domaines de l'enseignement et de la recherche en droit de l'environnement. Le président de l'Université de Limoges et le recteur de l'Université de Sherbrooke ont ajouté, à cet effet, en 2008, un addenda au protocole d'accord général signé en 2004 entre les deux universités.

En ce qui concerne le volet de l'enseignement, des professeurs des deux facultés ont pu transmettre leur savoir comme professeur invité dans l'une et l'autre des institutions: le CRIDEAU a reçu le professeur Pierre-François Mercure en mai 2005, décembre 2007 et mars 2009. La Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke a reçu les professeurs Bernard Drobenko en novembre 2006 et Michel Prieur en octobre 2009. L'entente vise aussi à assurer la mobilité des étudiants des deux facultés. À cet effet, des étudiants du *Master* en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme du CRIDEAU sont accueillis à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke depuis 2008. Des étudiants de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke seront incités à suivre des cours au CRIDEAU dans le cadre de l'entente de la Conférence des recteurs et des principaux des universités du Québec.

* . Projet de Convention élaboré par le CRIDEAU (Centre de recherche interdisciplinaire en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme) et le CRDP (Centre de recherche sur les droits de la personne), équipes thématiques de l'OMIJ (Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques), Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, avec le concours du CIDCE (Centre international de droit comparé de l'environnement).

Pour ce qui est du volet de la recherche, les deux facultés ont l'intention d'initier des projets de recherche conjoints qui intégreront les problématiques environnementales des pays en développement aux enjeux régionaux et internationaux majeurs de l'environnement. La Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke collaborera en 2010-2011 avec le CRIDEAU à la réalisation d'un projet de recherche subventionné par le Ministère de l'environnement et du développement durable de France portant sur la participation du public à l'élaboration des textes réglementaires en matière d'environnement dans une perspective comparative Nord-Sud.

Le CRIDEAU a demandé à la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (RDUS) de l'appuyer dans sa démarche visant l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, en 2010, d'une convention portant sur les personnes obligées de se déplacer à cause de modifications de l'environnement. Neuf chercheurs du CRIDEAU ont rédigé un projet de convention intitulé: *Projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux*. La RDUS a agréé avec enthousiasme la demande du CRIDEAU et publie, conséquemment, le projet de convention. Plusieurs raisons expliquent la décision de la Revue. Premièrement, le professeur Michel Prieur, doyen honoraire de la Faculté de droit et de sciences économiques de l'Université de Limoges et professeur émérite à la même université, a lancé, en octobre 2009, à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, le cycle des conférences *Quid Juris*. Le droit de l'environnement a été retenu par la Faculté de droit comme thème pour l'année universitaire 2009-2010. Deuxièmement, la RDUS poursuit la tradition qu'elle a établi de publier régulièrement des écrits en droit de l'environnement et en droit international de l'environnement¹. Troisièmement, elle manifeste aussi son intention de diffuser les idées des spécialistes du droit qui éclairent des débats importants en environnement. À cet effet, la diffusion en français et en anglais du *Projet de conven-*

1. Le dernier article publié par la revue portait d'ailleurs sur les déplacés environnementaux : Pierre-François Mercure, «À la recherche d'un statut juridique pour les migrants environnementaux transfrontaliers : la problématique de la notion de réfugié» (2006) 37 R.D.U.S. 1.

tion relative au statut international des déplacés environnementaux
constitue une contribution modeste de la RDUS à l'évolution du
droit international de l'environnement.

Pierre-François Mercure
Professeur
Vice-doyen à l'enseignement
Faculté de droit
Université de Sherbrooke

Stéphane Bernatchez
Professeur
Directeur de la RDUS
Faculté de droit
Université de Sherbrooke

RAPPORT EXPLICATIF

AVANT-PROPOS

À la suite de la prise de conscience par de multiples acteurs de l'ampleur passée, présente et à venir des problèmes et des drames relatifs aux déplacés environnementaux, du colloque international organisé à Limoges en 2005 sur «les réfugiés écologiques» et dans le prolongement de l'appel lancé le 23 juin 2005 (cf. REDE n° 4-2006). Sept journées entières, de juin à décembre 2008, se sont tenues à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges pour préparer le présent projet. Ce groupe de travail du Centre de recherches interdisciplinaire en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme (CRIDEAU) et du Centre de recherches sur les droits de la personne (CRDP), équipes thématiques de l'Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (OMIJ) était composé d'universitaires juristes (privatistes et publicistes, internationalistes et juristes de droit interne, juristes de l'environnement et des droits de l'homme) ainsi que d'universitaires économistes. Le Centre international de droit comparé de l'environnement (CIDCE) soutenait cette recherche. L'ensemble du projet a été soumis au cours d'une journée d'étude au regard critique de collègues juristes, scientifiques et philosophes, d'experts travaillant auprès des organisations internationales et régionales, et d'organisations non gouvernementales.

Il a été décidé de faire connaître ce projet aux niveaux national, régional (en particulier européen) et international ainsi que de le faire connaître à des acteurs publics et privés.

Quelles sont les raisons d'être de ce projet de convention? (I)

Et, question essentielle, significative du projet : pourquoi a-t-on préféré aux termes «réfugiés écologiques» les termes «déplacés environnementaux»? (II)

I – LES RAISONS D'ÊTRE DU PROJET DE CONVENTION RELATIVE AU STATUT INTERNATIONAL DES DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX

La première raison saute aux yeux pourvu qu'on les ouvre : il y a un vide juridique. Le droit existant ne répond pas aux situations des déplacés environnementaux (A). La seconde raison découle de la première : il est vital de penser un statut des déplacés environnementaux, mais faut-il l'élaborer de façon minimale (B)? Ou faut-il contribuer à répondre à l'ampleur des défis à travers un statut global et porteur (C)?

A- UN DROIT EXISTANT NE RÉPONDANT PAS AUX DÉFIS MAJEURS

1. L'absence d'un instrument juridique spécifique

En cette fin de première décennie du XXI^{ème} siècle, il n'existe encore aucun instrument juridique spécifique pour la protection des déplacés environnementaux. Le droit international de l'environnement évoque simplement le devoir de la communauté internationale d'assister un État écologiquement sinistré (principe 18 *in fine* de la Déclaration de Rio de 1992). Les conventions relatives aux droits de l'homme, en particulier les pactes internationaux de 1966, ne prévoient pas de garanties spécifiques pour protéger les déplacés environnementaux. Le droit international relatif aux réfugiés politiques (Convention de Genève de 1951) n'offre pas de protection aux victimes d'une catastrophe écologique. Adoptée dans le contexte de l'après-Seconde Guerre mondiale, elle n'envisage pas le cas des déplacements environnementaux. De plus, le droit d'asile est un droit individuel alors que la situation des déplacés environnementaux implique aussi l'attribution de droits collectifs. Enfin, cette convention ne répond pas aux enjeux des déplacements internes à un État. Bref, aucun texte global et spécifique ne répond aux enjeux des déplacements environnementaux.

2. Le droit international, droit en tension entre des souverainetés étatiques irréductibles et une solidarité mondiale inévitable

Effectivement, le respect des souverainetés étatiques et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des autres États peuvent affaiblir la solidarité face aux catastrophes écologiques. Ainsi, l'accès et l'assistance aux victimes de telles situations sont vitaux, mais l'assistance écologique est souvent perçue par les autorités étatiques comme une forme d'ingérence.

C'est une des raisons pour lesquelles il faut promouvoir une coopération interétatique contribuant à établir une certaine confiance entre les États et, surtout, créant un système qui organise une véritable protection des déplacés environnementaux.

B- LA TENTATION D'UN DROIT A MINIMA

La tentation de mettre en place un droit ne répondant que partiellement et provisoirement aux défis majeurs posés par les déplacés environnementaux est grande. C'est la pente la plus forte; il s'agit probablement d'une sorte de ralliement passif, ou velléitaire, à une solution très partielle et très provisoire. Deux types de raisonnements complémentaires sont et seront alors avancés.

1. Les déplacés environnementaux, un enjeu secondaire et lointain

Certains affirmeront, d'une part, qu'il y a déjà d'autres problèmes et drames environnementaux, et un cortège impressionnant de désastres économiques, sociaux et culturels. On répondra qu'il faut agir de façon multidimensionnelle, qu'il y a aussi de multiples interdépendances.

Certains ajouteront, d'autre part, qu'il s'agit de problèmes et de drames à long terme. On répondra que ce raisonnement repose sur une triple erreur : d'abord, celle de négliger de répondre

aux situations présentes et déjà douloureuses pour au moins plusieurs dizaines de millions de personnes; ensuite, celle de sous-estimer la probabilité que l'ampleur de ces situations n'arrive plus vite que prévu; enfin, et surtout, celle de ne pas comprendre qu'à force de ne pas prendre en compte le long terme, on se prépare à être dépassé plus implacablement par l'urgence. Concevoir l'avenir comme un horizon de responsabilité vis-à-vis des générations futures, c'est vouloir que celles-ci soient sujets de leurs propres vies et non pas objets de leurs vies à cause de générations qui n'auront pas voulu ni pu penser et agir à long terme.

2- Les déplacés environnementaux, la tentation d'une réponse par l'aménagement de l'existant

La tentation d'un droit *a minima* est forte d'abord parce que, si l'on voulait créer un système répondant à ces défis, il faudrait entrer dans des négociations importantes, compliquées, longues, aléatoires. Certes, les négociations seront complexes, mais pour peu que l'on se donne la peine de susciter des volontés d'aboutir assez rapidement, le résultat ne sera pas aléatoire : une fois le système mis en place, il pourra contribuer déjà à répondre à différentes situations dramatiques.

La seconde raison évoquée est celle des compétences existantes : ainsi, le Haut Commissariat pour les réfugiés (HCR) a une expérience essentielle par rapport aux crises migratoires. Les compétences de ce dernier seraient élargies, il pourrait déclencher la protection internationale des déplacés environnementaux et suivre les opérations d'accueil dans les États. Le Bureau de la coordination des affaires humanitaires des Nations Unies pourrait, lui aussi, faire partager son expérience des catastrophes naturelles, sans oublier, bien sûr, des institutions spécialisées des Nations Unies qui agissent directement ou indirectement en ce domaine.

La réponse serait la suivante : bien entendu, il faut qu'un système spécifique nécessaire pour prendre en considération l'originalité des déplacements environnementaux tienne compte

des atouts que constituent ces compétences en associant ces institutions au processus de coopération internationale.

C- POUR UN NOUVEAU DROIT PORTÉ PAR UNE CONVENTION A LA HAUTEUR DES DÉFIS

Le projet doit reposer sur un socle juridique particulièrement solide, porteur et opérationnel. Les moyens mis en œuvre doivent être adaptés à l'ampleur des enjeux.

1. Concevoir un projet élaboré sur des fondements opérationnels

Il s'agit de prendre en compte la diversité des situations. On ne peut pas se contenter d'un projet partiel. Il doit prendre en considération les situations des déplacés environnementaux inter-étatiques et intra-étatiques. C'est là un des points forts de la Convention. Le projet doit contribuer à renforcer la protection des déplacés internes et à organiser aussi celle des déplacés arrivant dans des États d'accueil. Le projet englobe tant les déplacements temporaires que les déplacements définitifs. Il protège des personnes, mais, aussi, des familles et des populations. Enfin, il distingue les bouleversements environnementaux brutaux et ceux qui sont progressifs ou insidieux. L'une des forces de ce projet est de reposer sur une vision globale. Il témoigne d'une volonté de ne pas perdre de vue le sens des ensembles pour mieux répondre à ces situations.

Le projet aura pour fondements juridiques des principes et des garanties. Les principes ont pour noms l'assistance écologique, le principe de proximité, celui de proportionnalité, celui d'effectivité et celui de non-discrimination. Au premier plan, on trouve aussi (faisant l'objet d'un protocole particulier) le principe de responsabilité – en particulier de responsabilités communes mais différenciées – dans sa double fonction préventive et réparatrice.

Les droits garantis par la Convention sont communs à tous les déplacés environnementaux. S'y ajoutent également des droits spécifiques aux déplacés temporaires et aux déplacés définitifs.

2. Proposer un projet porteur de moyens adaptés à la gravité des enjeux

Les moyens juridiques et institutionnels de la Convention sont essentiels pour que les droits qu'elle affirme ne restent pas «théoriques et illusoires mais deviennent concrets et effectifs».

Du point de vue juridique, la Convention repose en particulier sur les mécanismes d'octroi du statut de déplacé environnemental, sur les attributions respectives des commissions nationales et de la haute autorité, sur une coopération avec de multiples institutions internationales et régionales, sur les rapports nationaux des États parties à la Convention, sur les compétences classiques d'une conférence des parties, et sur le respect des principes de la Convention.

Du point de vue institutionnel, les moyens doivent être proportionnés aux défis. Une Agence mondiale pour les déplacés environnementaux (AMDE) est créée sur la base de missions très larges : prospective, prévention, accueil, retour... Les institutions de l'AMDE (conseil d'administration, haute autorité, conseil scientifique, secrétariat, fonds) sont déterminées par un protocole (que nous avons en partie préparé). La haute autorité y joue un rôle déterminant : elle a le monopole de l'interprétation de la convention et elle se prononce en appel sur les décisions d'octroi ou de refus du statut de déplacé environnemental attribué par les commissions nationales.

Les moyens scientifiques et les moyens financiers sont, eux aussi, essentiels. Les moyens scientifiques sont liés à un comité scientifique qui élabore des études rétrospectives et prospectives sur les déplacés environnementaux et qui émet des avis sur les actions engagées par l'AMDE. L'arrivée organisée des scientifiques

dans ce processus normatif est très importante, même si les décisions restent entre les mains des États parties.

Les moyens financiers sont gérés par le Fonds mondial pour les déplacés environnementaux (FMDE) qui accorde des aides aux États de résidence comme aux États d'accueil. Ces aides peuvent aussi être attribuées aux collectivités locales. Un protocole, à la fois difficile à conclure mais essentiel, déterminera l'organisation du fonds, la taxe, son prélèvement, son affectation...

Peut-être certains trouveront-ils que le projet n'est pas réaliste, trop utopique. Peut-être d'autres trouveront-ils qu'il ne faut pas prendre le risque d'échouer en présentant un projet trop ambitieux.

Mettre en avant l'impératif de réalisme s'avère inéluctablement paralysant et étouffe l'audace. Le véritable risque est, selon nous, celui de faire trop peu et ainsi de maintenir des souffrances et des drames. Ce projet est le contraire d'une utopie abstraite, il veut s'inscrire dans la perspective de l'utopie concrète, celle qui prend les moyens de se réaliser. Bien des choses paraissent impossibles tant qu'on ne les a pas tentées.

Quant au risque d'échouer parce qu'il s'agirait d'un projet trop ambitieux, le véritable risque n'est pas là. Le véritable échec serait celui d'un projet qui gèrerait partiellement et provisoirement quelques situations, mais ne pourrait pas faire face à l'ampleur des défis. On connaît le mot célèbre : «là où croît le risque grandit aussi ce qui sauve». Risque et prudence sont en perpétuelle dialectique : penser un projet, c'est essayer d'être à la fois courageux et sensé. Les États peuvent mettre en œuvre ces solidarités, et le système ici proposé associe aussi des organisations internationales et régionales, des ONG, des collectivités locales.

Pour contribuer à répondre aux situations des déplacés environnementaux, les droits de l'homme, le droit de l'environnement, et le droit de la paix marcheraient côte à côte.

II – JUSTIFICATIONS DE LA TERMINOLOGIE «DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX»

L'expression «déplacés environnementaux» a été préférée à celle, plus communément reçue, de «réfugiés écologiques» pour les raisons suivantes :

A- JUSTIFICATIONS DE L'EMPLOI DU TERME «DÉPLACÉS»

1. «réfugiés»

Le terme «réfugiés» aurait entraîné et entraîne déjà de graves risques de confusion avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951, qui met en place un statut des réfugiés et qui définit le réfugié comme une «personne qui craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de son appartenance à un groupe social ou à ses opinions politiques».

Même si les causes des migrations environnementales peuvent faire l'objet d'imputations en termes de responsabilités, elles ne sauraient être assimilées à des persécutions au sens juridiquement admis du terme.

En outre, l'utilisation du terme «réfugiés» accrédirait l'idée fausse selon laquelle il suffirait de transposer *mutadis mutandis* les règles de la Convention de Genève et de faire seulement appel aux compétences du Haut Commissariat pour les réfugiés de l'ONU, pour répondre à l'ampleur et à la spécificité des problèmes, des drames et des menaces environnementaux obligeant les personnes à quitter leurs lieux habituels de vie.

De plus, le terme «réfugiés» suppose le franchissement d'une frontière pour quitter le territoire de l'État persécuteur, alors que l'obligation de changer de lieu de vie peut souvent avoir lieu à l'intérieur d'un même État.

2. «déplacés»

Le terme «déplacés», qui est utilisé par les plus hautes autorités² et par la doctrine anglo-saxonne³, a été choisi parce que :

- il reflète davantage la diversité des causes et des modalités des déplacements environnementaux;
- il rend mieux compte du caractère non seulement personnel, mais surtout collectif et indifférencié des mouvements de population;
- il traduit mieux l'idée selon laquelle il ne s'agit pas d'une migration choisie, ni même décidée sous la contrainte des nécessités économiques : il s'agit au contraire d'une migration subie du fait d'une menace environnementale mettant inéluctablement en cause la vie humaine.

B- JUSTIFICATIONS DE L'EMPLOI DU TERME «ENVIRONNEMENTAUX»

L'adjectif «environnementaux» a été préféré à «écologiques» ou «climatiques».

1. «climatiques»

Les déplacés «climatiques» composent et composeront une forte proportion des déplacés environnementaux, mais il a été estimé opportun de faire bénéficier de la convention des déplacés pour des causes multiples autres que le changement climatique proprement dit (cf. préambule, 2^{ème} considérant).

-
1. Antonio Guterres, Haut-commissaire aux réfugiés de l'ONU, Le Monde, 29 septembre 2008, p. 4.
 2. Dana Zartner Falstrom, «Stemming the Flow of Environmental Displacement : Creating a Convention to Protect Persons and Preserve the Environment», COLORADO. J. INT'L ENVTL. L. & POL'Y 1, 15 (2001 Yearbook, 2002).

2. «écologiques»

L'adjectif «écologiques», pris dans son acception scientifique, aurait pu avoir pour conséquence de dissimuler ou de minorer l'influence des activités humaines sur la disparition ou la dégradation des milieux de vie, facteurs de déplacements environnementaux.

Jean-Marc LAVIEILLE
Julien BÉTAILLE
Jean-Pierre MARGUÉNAUD

PROJET DE CONVENTION
RELATIVE AU STATUT INTERNATIONAL
DES DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX*

Préambule

Les parties contractantes

Considérant que la situation de l'environnement mondial est alarmante et qu'elle continue de se dégrader à un rythme croissant,

Considérant les causes de cette aggravation telles que les changements climatiques et/ou la perte de diversité biologique, la sécheresse, la désertification, le déboisement, l'érosion des sols, les épidémies, les conflits armés et, plus généralement, les risques naturels et technologiques,

Considérant que les victimes de ces phénomènes sont confrontées à la disparition de leur environnement entraînant la dégradation de leur santé et de leur dignité, mettant en cause la substance même de leur droit à la vie,

Considérant que la gravité de ces atteintes contraint des personnes physiques, des familles et des populations à se déplacer,

Considérant que l'augmentation exponentielle d'ores et déjà prévisible de ces déplacements constitue une menace sur la

* . Projet de Convention élaboré par le CRIDEAU (Centre de recherche interdisciplinaire en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme) et le CRDP (Centre de recherche sur les droits de la personne), équipes thématiques de l'OMIJ (Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques), Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, avec le concours du CIDCE (Centre international de droit comparé de l'environnement).

stabilité des sociétés humaines, la pérennité des cultures et la paix dans le monde,

Considérant les différents appels d'organisations non gouvernementales exhortant à la reconnaissance d'un statut des déplacés environnementaux et insistant sur l'urgente nécessité de répondre à leurs situations,

Considérant que plusieurs déclarations internationales soulignent l'existence de cette catégorie de déplacés (Déclaration de Rio, principe 18 relatif à l'assistance écologique, juin 1992; Agenda 21, chapitre 12, 12.47, élaboration de plans de secours; Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays),

Considérant que de nombreuses conférences internationales évoquent aussi ces situations, telles que :

- la Conférence de Kyoto (1997) et celle de La Haye (2000), qui mettent en avant les risques de fortes migrations liées aux changements climatiques;
- la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes naturelles (Hyogo, janvier 2005) qui a insisté sur l'ensemble des aspects préventifs liés en particulier aux réfugiés écologiques,

Considérant que certains organes des Nations Unies sont intervenus en ce sens :

- l'Assemblée générale des Nations Unies à travers les résolutions n° 2956 en 1972 et n° 3455 en 1975 sur les personnes déplacées, la résolution n° 36/225 du 17 décembre 1981 sur le renforcement de la capacité du système des Nations Unies de faire face aux catastrophes naturelles et autres situations revêtant le caractère d'une catastrophe, la résolution 43/131 du 8 décembre 1988 sur l'assistance humanitaire aux

victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre, la résolution n° 45/100 du 14 décembre 1988 sur l'assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre, la résolution n° 49/22 du 13 décembre 1994 concernant la décennie internationale de la prévention des catastrophes naturelles;

- le Conseil de sécurité (5663^{ème} séance du 17 avril 2007) en établissant un lien entre l'impact des changements climatiques et la sécurité du monde en particulier par rapport aux personnes qui risquent d'être déplacées d'ici 2050;
- le secrétaire général des Nations Unies (message du 5 juin 2006) en exhortant les gouvernements et les collectivités du monde entier à penser à ceux qui ne peuvent subsister dans les zones arides et deviennent des réfugiés écologiques,

Considérant que les institutions spécialisées des Nations Unies telles que l'Organisation mondiale de la santé, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, la Banque mondiale, d'autres institutions du système des Nations Unies telles que le Haut Commissariat pour les réfugiés, le Programme des Nations Unies pour l'environnement, le Programme des Nations Unies pour le développement, des organisations régionales telles que le Conseil de l'Europe, l'Union européenne, et l'Union africaine attirent l'attention sur les enjeux des migrations écologiques,

Considérant que des conventions internationales prennent déjà en considération les déplacements environnementaux :

- La Convention (N° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants du 27 juin 1989 (Organisation internationale du Travail);

- La Convention sur la lutte contre la désertification du 12 septembre 1994,

Reconnaissant le principe d'assistance à un État écologiquement sinistré comme un devoir de la communauté internationale,

Considérant que, malgré les nombreux instruments internationaux visant à protéger l'environnement, il n'existe, dans l'état actuel du droit international applicable aux réfugiés, aucun instrument spécifique prévoyant la situation d'ensemble des déplacés environnementaux et pouvant être appliqué et invoqué en leur faveur,

Réaffirmant le principe de responsabilités communes mais différenciées des États tel que reconnu à l'article 3 de la convention cadre sur les changements climatiques,

Considérant que dans ces conditions il est de la responsabilité de la communauté internationale des États d'organiser leur solidarité et celle de l'ensemble des acteurs par l'élaboration d'un statut international des déplacés environnementaux,

Considérant que ce statut devra prendre en compte les personnes physiques, les familles et les populations contraintes de se déplacer tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de leur État de résidence,

Considérant que le statut des déplacés environnementaux doit s'inscrire dans le respect des instruments juridiques internationaux et des principes protecteurs des droits de l'homme et de l'environnement,

sont convenues des dispositions ci-après :

Chapitre 1^{er} – Objet, définitions, champ d'application, principes

Article 1 – Objet

L'objet de la présente convention est de contribuer à garantir des droits aux déplacés environnementaux et à organiser leur accueil ainsi que leur éventuel retour, en application du principe de solidarité.

Chaque partie contractante s'engage à accueillir les déplacés environnementaux dans le plus strict respect des droits de l'homme garantis par les conventions internationales auxquelles elle est déjà liée et à leur conférer les droits spécifiques définis par le présent texte.

Article 2 – Définitions

1. Le terme «partie» désigne, sauf indication contraire, une partie contractante à la présente Convention.
2. On appelle «déplacés environnementaux» les personnes physiques, les familles et les populations confrontées à un bouleversement brutal ou insidieux de leur environnement portant inéluctablement atteinte à leurs conditions de vie et les forçant à quitter, dans l'urgence ou dans la durée, leurs lieux habituels de vie et conduisant à leur réinstallation et à leur relogement.
 - 2.1. Les termes «personnes» et «familles» renvoient à la dimension individuelle du déplacement rendu nécessaire par le bouleversement environnemental et le terme «populations» se rapporte à la dimension collective du phénomène qui peut concerner des communautés rurales ou urbaines, des ensembles urbains, des pays, des continents...

- 2.2. On entend par «bouleversement brutal» une catastrophe soudaine d'origine naturelle et/ou humaine.
 - 2.3. On entend par «bouleversement insidieux» une dégradation d'origine naturelle et/ou humaine, lente, progressive ou programmée.
 - 2.4. Les «lieux habituels de vie» se comprennent comme les territoires d'appartenance qui définissent l'identité des personnes physiques, des familles et des populations.
3. On entend par «déplacement forcé» tout déplacement temporaire ou définitif de personnes physiques, de familles ou de populations rendu inévitable par le bouleversement environnemental, soit à l'intérieur d'un même État, soit de l'État de résidence vers un ou plusieurs autres États d'accueil.
 - 3.1. On entend par «déplacement temporaire» tout déplacement rendu nécessaire par un bouleversement environnemental laissant ouverte la perspective d'un retour à court ou moyen terme.
 - 3.2. On entend par «déplacement définitif» tout déplacement rendu nécessaire par un bouleversement environnemental supprimant toute perspective de retour à long ou à très long terme.
4. On entend par «réinstallation» le fait pour des déplacés environnementaux, à l'intérieur d'un État partie, de retrouver leur lieu de vie initial dans des conditions équivalentes à celles qui prévalaient avant leur départ.
5. On entend par «relogement» le fait pour les intéressés de mener une existence digne, de jouir de droits et de supporter des obligations sans discriminations, dans un lieu de vie nouveau propre à leur réenracinement.

Article 3 – Champ d'application

La présente convention a une vocation universelle. Elle porte aussi bien sur les déplacements environnementaux interétatiques qu'intra-étatiques.

Article 4 – Principes

1. Principe de responsabilités communes mais différenciées

Dans l'intérêt des générations présentes et futures et sur la base de l'équité, les obligations reconnues par la présente convention s'exercent dans le respect du principe de responsabilités communes mais différenciées.

Les États parties à la présente convention s'engagent à adopter, dans l'année suivant l'ouverture à sa signature, un protocole additionnel organisant la responsabilité des acteurs publics et privés, selon sa double fonction préventive et réparatrice.

Cette responsabilité visera les obligations positives et négatives dont la violation est de nature à rendre directement ou indirectement inéluctables des déplacements environnementaux.

2. Principe de proximité

Les droits reconnus par la présente convention s'exercent, autant que faire se peut et dans le respect du principe des responsabilités communes mais différenciées, dans le cadre du principe de proximité qui commande le moindre éloignement des intéressés de leur territoire d'identification culturelle.

3. Principe de proportionnalité

Les droits reconnus par la présente Convention s'exercent selon le principe de proportionnalité mis en œuvre dans le cadre d'un système international d'aide financière.

4. Principe d'effectivité

Pour rendre concrets et effectifs les droits conférés par la présente convention, l'Agence mondiale pour les déplacés environnementaux (AMDE) et les États parties ont l'obligation positive, dès l'admission dans des logements d'accueil provisoires, de mettre en oeuvre des politiques permettant aux déplacés environnementaux de quitter ces logements provisoires dans le but de s'établir dans des conditions de vie normales. Ces politiques sont élaborées avec la participation des déplacés environnementaux, des organisations qui les représentent et des États concernés.

Chapitre 2 – Droits garantis par la convention

Article 5 – Droits communs à tous les déplacés environnementaux

1. Droits à l'information et la participation

Toute personne, toute famille et toute population a le droit d'accéder le plus en amont possible aux informations relatives aux menaces environnementales et aux situations critiques y afférant.

Toute personne, toute famille et toute population a le droit de participer à la détermination des politiques de prévention des bouleversements environnementaux et de prise en charge, dans l'urgence ou dans la durée, de leurs conséquences.

Les États parties à la présente convention s'engagent à mettre en oeuvre les droits à l'information et à la participation de façon à ce qu'ils puissent exercer une réelle influence sur les décisions relatives aux menaces environnementales.

2. Droit d'être secouru

Toute personne physique, toute famille et toute population victime d'un bouleversement environnemental a le droit d'être secourue en tous lieux. Ce droit s'exerce au moment où la situation

devient critique, pendant et après le bouleversement environnemental.

Les États parties à la présente convention s'engagent à ne pas faire obstacle à la mise en œuvre concrète et effective de ce droit. Ils s'engagent aussi à élaborer et mettre en œuvre un programme permanent et régulièrement révisé d'assistance aux déplacés environnementaux.

3. Droit à l'eau et à une aide alimentaire

Tout déplacé environnemental a le droit à l'eau et le droit de recevoir une alimentation de subsistance.

4. Droit à un habitat

Tout déplacé environnemental a le droit à un habitat salubre et sécurisé.

5. Droit aux soins

Tout déplacé environnemental a le droit de recevoir les soins que son état nécessite.

6. Droit à la personnalité juridique

Toute personne physique déplacée a droit en tous lieux à la reconnaissance de sa personnalité juridique.

Toute personne physique déplacée a droit à la reconstitution des documents nécessaires à la pleine effectivité des droits attachés à sa qualité de personne.

7. Toute personne physique déplacée dans un autre État que le sien conserve ses droits civils et politiques dans son État d'origine.

8. Droit au respect de l'unité familiale

Toute personne physique déplacée a le droit :

- a) de ne pas être séparée des membres de sa famille,
- b) à la reconstitution de sa famille dispersée par le bouleversement environnemental.

9. Droit à l'éducation et à la formation

Tout déplacé environnemental a le droit de recevoir une éducation et une formation respectueuse de son identité culturelle.

10. Droit de gagner sa vie par le travail

Tout déplacé environnemental a le droit de gagner sa vie par le travail.

Article 6 – Droits des déplacés environnementaux temporaires

1. Droit à un hébergement sécurisé

Tout déplacé environnemental temporaire a le droit d'être hébergé, le cas échéant, dans des logements d'accueil provisoires que les États parties à la présente convention s'engagent à établir et à organiser dans le plus strict respect de la dignité humaine.

Tout déplacé environnemental temporaire hébergé dans une aire d'accueil transitoire a le droit de circuler librement et de choisir librement d'établir sa résidence ailleurs.

2. Droit à la réinstallation

Tout déplacé environnemental temporaire hébergé dans son État de résidence a le droit à la réinstallation. Corrélativement, l'État est tenu à l'obligation positive d'organiser la réinstallation de ses résidents dans leurs lieux habituels de vie.

3. Droit au retour

Tout déplacé environnemental temporaire hébergé dans un État d'accueil a le droit au retour dans son lieu habituel de vie, lorsque celui-ci est de nouveau habitable. Corrélativement, l'État d'origine est tenu de l'obligation positive d'organiser le retour de ses ressortissants dans leurs lieux habituels de vie.

4. Droit au séjour prolongé

Tout déplacé environnemental temporaire a le droit de prolonger son séjour lorsque son lieu habituel de vie est de nouveau habitable. Il perd alors les droits attachés au statut de déplacé environnemental résultant du présent chapitre, mais se voit reconnaître, s'il n'est pas originaire de l'État d'accueil, les droits conférés aux étrangers en situation régulière.

Article 7 – Droits des déplacés environnementaux définitifs

1. Droit au relogement

Après un éventuel séjour, aussi court que possible, dans un logement d'accueil provisoire, tout déplacé environnemental définitif a droit à un relogement.

2. Droit à la nationalité

Toute personne physique déplacée à titre définitif a le droit de conserver la nationalité de son État d'origine affecté par le bouleversement environnemental et d'acquérir la nationalité de l'État d'accueil.

Article 8 – Droits spécifiques aux familles et aux populations

1. Les familles déplacées ont le droit à la préservation de leur unité.

2. Les populations déplacées bénéficient, dans le pays d'accueil, de droits équivalents à ceux reconnus pour les minorités par les conventions internationales et notamment le droit de se constituer en groupement représentatif et celui d'agir collectivement en justice.

Article 9 – Octroi du statut de déplacé environnemental

Les parties adoptent dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente convention des procédures de droit interne transparentes et ouvertes organisant les modalités de demande, d'octroi et de refus du statut de déplacé environnemental résultant de l'ensemble des droits définis dans le présent chapitre.

L'élaboration des procédures étatiques se fait en coopération avec la haute autorité et conformément aux lignes directrices arrêtées par cette dernière dès la signature.

Article 10 – Principe de non-discrimination

La jouissance des droits reconnus dans la présente convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, l'orientation sexuelle, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, le handicap, l'âge ou toute autre situation.

Chapitre 3 – Institutions

Article 11 – Agence Mondiale pour les Déplacés Environnementaux (AMDE)

En raison de l'ampleur et de la permanence des mouvements existants et prévisibles de déplacés environnementaux, une Agence mondiale pour les déplacés environnementaux (AMDE) est chargée de l'application de la présente convention. Une haute autorité, un Fonds mondial pour les déplacés environnementaux (FMDE), un conseil scientifique et un secrétariat assistent l'AMDE. Les organes de la convention exercent leurs missions dans le respect de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice.

L'AMDE a le statut d'une organisation apparentée aux Nations Unies.

1. Missions de l'AMDE

L'AMDE a pour missions :

- de conduire des travaux de prospective sur les évolutions des déplacements environnementaux;
- d'évaluer les politiques susceptibles d'engendrer des déplacements environnementaux;
- de mobiliser les moyens visant à réduire les facteurs de vulnérabilité qui sont à l'origine des déplacements environnementaux;
- de contribuer à l'organisation générale de l'assistance visant à prévenir, à limiter les déplacements et à favoriser un retour le plus rapide possible des déplacés environnementaux;
- d'évaluer les programmes mis en œuvre pour prévenir les déplacements environnementaux et pour aider les déplacés;
- de soutenir activement l'organisation de l'accueil et du retour, lorsqu'il est possible, des déplacés environnementaux.

2. Organisation générale de l'AMDE

Les modalités d'organisation du conseil d'administration, du bureau, du conseil scientifique, du secrétariat et de la haute autorité seront précisés dans un protocole additionnel à la présente convention élaboré dans l'année suivant l'ouverture à sa signature.

3. Haute autorité

a) La haute autorité est composée de 21 personnalités reconnues dans les domaines des droits de l'homme, de l'environnement et de la paix. La répartition des sièges est assurée en fonction de la représentation géographique.

Les membres sont élus à bulletin secret par la conférence des parties à la majorité des présents et des votants. Chaque État partie peut présenter deux candidats. Les ONG peuvent, au total, présenter cinq candidats.

Les membres de la haute autorité siègent à titre individuel.

b) La haute autorité est compétente pour :

- arrêter les lignes directrices relatives aux critères et aux procédures d'octroi du statut;
- statuer en appel des décisions d'octroi ou de refus du statut de déplacé environnemental à la requête des personnes physiques, des familles, des populations ou des ONG intéressées;
- se prononcer en premier et dernier ressort sur les demandes de statut émanant de ressortissants d'États non parties à la convention ou en cas de carence d'États parties;
- trancher les questions concernant l'interprétation et l'application de la convention à la requête des commissions nationales ou de toute personne physique ou morale intéressée;

- s'assurer de la conformité des dispositions nationales à la convention à la requête de toute personne physique ou morale intéressée et faire la synthèse des rapports nationaux d'application. Cette synthèse met en évidence les insuffisances ainsi que les bonnes pratiques;
- proposer des recommandations à la conférence des parties;
- proposer des amendements à la présente convention.

c) Les décisions de la haute autorité sont définitives. Les parties s'engagent à se conformer aux décisions de la haute autorité les concernant. La haute autorité peut demander à la Conférence des parties de prononcer la suspension du droit de vote des États qui manifestent une indifférence réitérée à ses décisions.

4. Fonds mondial pour les déplacés environnementaux (FMDE)

a) Missions

Le FMDE a pour mission d'assurer le fonctionnement de l'AMDE et de mettre en œuvre des aides financières et matérielles pour l'accueil et le retour des déplacés environnementaux. Ces aides sont accordées aux États de résidence comme aux États d'accueil. Elles peuvent être aussi accordées aux ONG, aux organisations internationales et régionales, et aux collectivités locales.

b) Ressources

Le FMDE est alimenté notamment par :

- les contributions volontaires des États et d'acteurs privés;
- les contributions obligatoires alimentées par une taxe reposant principalement sur les facteurs de bouleversements brutaux ou insidieux susceptibles d'entraîner des déplacements environnementaux.

Un protocole additionnel à la présente convention est adopté dans l'année suivant l'ouverture à sa signature pour déterminer

l'organisation du FMDE, l'assiette de la taxe, son prélèvement et son affectation.

Article 12 – Commissions nationales sur les déplacés environnementaux

Chaque État partie, dès l'entrée en vigueur de la présente convention, crée une commission nationale d'attribution du statut de déplacé environnemental. Chaque commission est composée de 9 personnalités indépendantes reconnues dans les domaines des droits de l'homme, de l'environnement et de la paix. Les membres sont nommés par les plus hautes autorités juridictionnelles du pays.

Chapitre 4 – Mécanismes de mise en œuvre

Article 13 – Coopération

La mise en œuvre de la présente convention repose prioritairement sur les institutions qu'elle met en place et sur le concours actif des organisations internationales et régionales ainsi que des secrétariats des conventions internationales ayant pour objet la protection de l'environnement ou la défense des droits de l'homme.

Article 14 – Conférence des parties

La première réunion des parties est convoquée par le dépositaire un an au plus tard après la date d'entrée en vigueur de la présente convention. Par la suite, les parties tiennent une réunion ordinaire au moins une fois tous les deux ans. Ses débats sont ouverts au public.

Une réunion extraordinaire peut être tenue à la demande d'au moins le quart des États parties.

La conférence des parties nomme les membres du conseil d'administration de l'AMDE et de la haute autorité.

Article 15 – Rapports nationaux d'application

1. Les parties suivent en permanence l'application de la présente convention sur la base de rapports qu'elles communiquent au secrétariat et, dans cet esprit :
 - a) associent la société civile tout au long du processus d'élaboration des rapports. La méthodologie du rapport est fixée par un comité tripartite réunissant l'État partie, des experts et des représentants de la présente convention;
 - b) se font part des enseignements qu'elles tirent de la conclusion et de l'application d'accords bilatéraux et multilatéraux ou d'autres arrangements ayant un rapport avec l'objet de la présente convention, auxquels une ou plusieurs d'entre elles sont parties;
2. La conférence des parties examine et évalue les politiques que les parties appliquent, notamment les programmes visés à l'article 5.2 de la présente Convention et les démarches juridiques et méthodologiques qu'elles suivent pour assurer l'aide, l'assistance et l'accueil des déplacés environnementaux en vue d'améliorer encore la situation à cet égard;

Chapitre 5 – Dispositions finales

Article 16 – Rapports avec les tiers

1. Les parties invitent le cas échéant les États non parties à la présente convention à coopérer à la mise en œuvre de la présente convention
2. Les parties s'engagent à prendre des mesures appropriées, compatibles avec le droit international, en vue d'assurer que nul n'entreprenne des activités contraires au but, à l'objet et aux principes de la présente convention.

Article 17 – Règlement des différends

En cas de différend entre deux ou plus de deux parties au sujet de l'interprétation ou de l'application de la convention, les parties concernées s'efforcent de le régler par voie de négociation ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix.

Si les parties concernées ne peuvent régler leur différend par les moyens mentionnés au paragraphe précédent, le différend est alors soumis à la haute autorité.

Article 18 – Amendements à la convention et à ses protocoles

Toute partie peut proposer des amendements à la présente convention. Toute partie à un protocole peut proposer des amendements à ce protocole.

Le texte de tout amendement est communiqué par le secrétariat aux parties six mois au moins avant la réunion à laquelle l'amendement est proposé pour adoption. Si tous les efforts en vue de l'adoption d'un amendement par consensus ont été épuisés et si un accord ne s'est pas dégagé, l'amendement est adopté en dernier recours par un vote à la majorité des deux tiers des parties présentes à la réunion et ayant exprimé leur vote.

Article 19 – Protocoles

Les protocoles prévus aux articles 4 (Responsabilité), 11.3.b (FMDE), 11.4 (Organisation générale de l'AMDE) sont élaborés dans l'année suivant l'ouverture à la signature de la convention. Ils sont adoptés à la majorité des deux tiers des parties présentes à la réunion et ayant exprimé leur vote.

La conférence des parties peut, par la suite, adopter de nouveaux protocoles à la même majorité.

Article 20 – Réserves

Aucune réserve ne peut être faite à la présente convention ainsi qu'aux protocoles.

Article 21 – Signature, ratification, acceptation ou approbation

La présente convention et les protocoles sont ouverts à la signature de tous les États ainsi qu'aux organisations économiques d'intégration régionale. De même, la convention et les protocoles sont soumis à la ratification, à l'acceptation, à l'approbation ou à l'adhésion. Ces divers instruments seront déposés auprès du secrétaire général des Nations Unies qui assumera de dépositaire.

Article 22 – Entrée en vigueur

La présente convention entrera en vigueur le trentième jour (30) à compter de la date du dépôt d'au moins dix (10) instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

Article 23 – Texte faisant foi

L'original de la présente convention dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français, russe font également foi sera déposé auprès du dépositaire.

En foi de quoi les soussignés dûment autorisés, ont signé la présente convention.

Fait à ce deux mille

Limoges (FRANCE), le 2 décembre 2008.

Ont rédigé le projet de convention :

Michel Prieur, professeur émérite à l'Université de Limoges, président du CIDCE (Centre international de droit comparé de l'environnement),

Jean-Pierre Marguénaud, professeur de droit privé à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, directeur du CRDP (Centre de recherche sur les droits de la personne),

Gérard Monédiaire, maître de conférences en droit public, directeur du CRIDEAU (Centre de recherche interdisciplinaire en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme),

Julien Bétaille, allocataire de recherche à l'Université de Limoges, Bernard Drobenko, professeur des universités, Université du littoral côte d'opale,

Jean-Jacques Gouguet, maître de conférence en économie à l'Université de Limoges,

Jean-Marc Lavieille, maître de conférence en droit public à l'Université de Limoges,

Séverine Nadaud, maître de conférence en droit privé à l'Université de Limoges,

Damien Roets, maître de conférence en droit privé à l'Université de limoges.

Ont contribué au projet de convention :

Frédéric Bouin, maître de conférence à l'Université de Perpignan,

Florence Burgat, directeur de recherche à l'INRA/Paris I,

Christel Cournil, maître de conférences en droit public à l'Université Paris XIII,

Van Dinh, doctorante à l'Université de Limoges,

José Juste, professeur de droit à l'Université de Valence, Espagne,

Yves Lador, représentant permanent de Earthjustice auprès des Nations Unies à Genève,

Pierre Mazzega, géophysicien, directeur de recherche au CNRS, Toulouse,

Agnès Michelot, maître de conférence en droit public à l'Université de La rochelle,

Dinah Shelton, professeur de droit à la George Washington University Law School.

Traduction anglaise :

Dinah Shelton, professeur de droit à la George Washington University Law School.

DRAFT CONVENTION
ON THE INTERNATIONAL STATUS
OF ENVIRONMENTALLY-DISPLACED PERSONS*

Preamble

The Contracting Parties

Considering the alarming condition of the global environment and the increasing rate of its deterioration,

Considering the causes of this degradation, in particular climate change and/or the loss of biological diversity, drought, desertification, deforestation, soil erosion, epidemics, armed conflict and more generally, natural and technological hazards,

Considering that these negative environmental phenomena produce victims who encounter injury to their health and their dignity, and even impairment of the essence of their fundamental right to life,

Considering that the gravity of environmental harm necessitates the displacement of individuals, families and populations,

Considering that the exponential growth and clear foreseeability of such movements constitute a threat to the sta-

*. Draft Convention elaborated by the CRIDEAU (Interdisciplinary Center of Research on Environmental, Planning and Urban Law) and the CRDP (Center of Research on persons rights), thematic teams of the OMIJ (Institutional and Judicial Mutations Observatory), from the Faculty of Law and Economic Science, University of Limoges, with the support of the CIDCE (International Center of Comparative Environmental Law). This draft Convention has been published in the *Revue européenne de droit de l'environnement* (Francophone European Environmental Law Review), n° 4-2008, p. 381.

bility of human societies, the preservation of cultures, and world peace,

Considering the many appeals from non-governmental organizations to recognize a status for environmentally-displaced persons, and insisting on the urgent necessity of responding to their plight,

Considering that several international declarations underline the existence of this category of displaced persons (Principle 18 of the Rio Declaration on Environment and Development, concerning ecological assistance; Agenda 21, Chapter 12, 12.47 ; and the Directive principles relating to internally-displaced persons),

Considering the numerous international conferences that also refer to such situations, including the Kyoto Conference (1997) and that of The Hague (2000) which set forth the risks of large migrations linked to climate change, and the World Conference on the Prevention of Natural Disasters (Hyogo, January 2005) which insisted on prevention linked in particular to ecological refugees,

Considering that certain organs of the United Nations have spoken of this matter:

- The General Assembly of the United Nations in resolutions 2956 (1972) and 3455 (1975) on displaced persons, resolution 36/255 of 17 December 1981 on strengthening the capacity of the United Nations system in the face of natural disasters and other catastrophes, resolution 43/131 of 8 December 1988 on humanitarian assistance to victims of natural disasters and emergency situations of the same type, resolutions 45/100 of 14 December relative to humanitarian assistance to victims of natural disasters and emergency situations of the same type, resolution 49/22 of 13 December 1994 concerning the

international decade for the prevention of natural disasters,

- The Security Council (5663rd session of 17 April 2007) making the link between the impact of climate change and international security, in particular in respect to persons who risk displacement by 2050;
- The Secretary General of the United Nations in his message of 5 June 2006 exhorted governments and societies through the world to think of those who cannot subsist in arid zones and will become ecological refugees,

Considering that the specialized institutions of the United Nations such as the World Health Organization, UNESCO, the World Bank, and other institutions in the United Nations system, such as the High Commissioner for Refugees, the United Nations Environment Programme, and the United Nations Development Programme, regional organizations such as the Council of Europe, the European Union, and the African Union have drawn attention to the challenges of environmental migrations,

Considering the international agreements that already take into consideration environmental displacements, including International Labour Organization Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries of 27 June 1989 and the Convention to Combat Desertification of 12 September 1994,

Recognizing the duty of the international community to assist a State that suffers ecological disaster,

Considering that, despite numerous international agreements aimed at protecting the environment, international refugee law lacks an instrument specifically foreseeing the

situation of environmentally-displaced persons which can be invoked in their favor,

Reaffirming the principle of common but different responsibilities of States as recognized in article 3 of the Framework Convention on Climate Change,

Considering that in these circumstances it is the duty of the international community of States to organize their solidarity and that of other actors by elaborating an agreement on the international status of environmentally-displaced persons,

Considering that this status should encompass individuals, families and populations forced to move either within or away from their State of residence,

Considering that the status of environmentally-displaced persons should be based on respect for the international legal instruments and protective principles relating to human rights and the environment,

Have agreed to the following:

Chapter 1 – Objective, definitions, scope of application, principles

Article 1 – Objective

The objective of this Convention is to contribute to guaranteeing the rights of environmentally-displaced persons and to organize their reception as well as their eventual return, in application of the principle of solidarity.

Each Contracting Party undertakes to accept environmentally-displaced persons with strict respect for the human rights guaranteed by international conventions to which the State is a

party and to confer additionally those rights specifically set forth by the present text.

Article 2 – Definitions

1. The term “State Party” refers, unless otherwise indicated, to a Contracting Party to the present Convention.
2. “Environmentally-displaced persons” are individuals, families and populations confronted with a sudden or gradual environmental disaster that inexorably impacts their living conditions and results in their forced displacement, at the outset or throughout, from their habitual residence and requires their relocation and resettlement.
 - 2.1 The terms “persons” and “families” refers to the individual dimension of displacement necessitated by environmental disaster and the term “populations” refers to the collective dimension of phenomena which can affect rural or urban communities, cities, countries, or continents...
 - 2.2 “Sudden environmental disaster” is a rapidly-occurring catastrophe of natural and/or human origin.
 - 2.3 “Gradual environmental disaster” is a degradation of natural and/or human origin that is slow, progressive or planned.
 - 2.4 “Habitual residence” means that area which defines the identity of individuals, families and populations.
3. “Forced displacement” is any temporary or permanent displacement made inevitable by environmental disaster, either within a State or from the State of residence to one or more receiving States, of individuals, families or populations.

- 3.1 “Temporary displacement” is any displacement made necessary by an environmental disaster leaving open the possibility of return in a short or medium term.
- 3.2 “Permanent displacement” is any displacement made necessary by an environmental disaster eliminating any perspective of return in a long or very long term.
4. “Relocation” means that environmentally-displaced persons obtain, within a State Party, temporary places to live in conditions equivalent to those which prevailed before their displacement.
5. “Resettlement” means the integration of environmentally-displaced persons in healthy conditions that permit them a life of dignity where they can enjoy their rights and exercise their obligations without discrimination.

Article 3 – Scope of Application

The present Convention has a universal aim. It applies to inter-State environmental displacements as well as to internal displacements.

Article 4 – Principles

1. Principle of common but differentiated responsibilities

In the interests of present and future generations and on the basis of equity, the obligations set forth in the present Convention shall be implemented with respect to the principle of common but differentiated responsibilities.

The States Parties, within one year of its opening for signature, undertake to adopt an additional protocol, on the liability of public and private actors with the aim of prevention and reparation.

Such liability derives from breach of positive or negative obligations of a nature to make inevitable, directly or indirectly, environmental displacements.

2. Principle of proximity

The present Convention shall be implemented, as much as possible and respecting the principle of common but differentiated responsibilities, in the framework of the principle of proximity, which requires the least separation of persons from their cultural area.

3. Principle of proportionality

The present Convention shall be implemented according to the principle of proportionality in the framework of an international system of financial aid.

4. Principle of effectiveness

In order to render concrete and effective the rights conferred by the present Convention, the World Agency for Environmentally-Displaced Persons (WAEP) and the States Parties shall, as soon as environmentally-displaced persons are welcomed in temporary residences, develop and implement policies permitting environmentally-displaced persons to leave these temporary residences in order to establish normal conditions of life. Such policies shall be elaborated with the participation of the environmentally-displaced persons, organizations which represent them, and the concerned States.

Chapter 2 – Rights Guaranteed by the Convention

Article 5 – Rights guaranteed to all environmentally-displaced persons

1. Rights to information and participation

Each person, each family and each population has the right of access, as early as possible, to information relating to environmental threats and critical situations implied by these threats.

Each person, each family and each population has the right to participate in the determination of policies to prevent environmental disasters and to take charge, at the outset or throughout, of the consequences.

The States Parties undertake to implement the rights to information and participation in a manner that will enable their exercise to have a real influence on decisions relating to environmental threats.

2. Right to assistance

Each person, each family and each population victim of an environmental disaster has the right to assistance in all locations. This right exists from the moment when the situation becomes critical, during and after the environmental disaster.

The States Parties undertake to place no obstacle in the way of concrete and effective implementation of this right. They undertake also to elaborate and implement a permanent and regularly updated program of assistance to environmentally-displaced persons.

3. Right to water and to food aid

Each environmentally-displaced person has the right to water and the right to receive a subsistence food supply.

4. Right to housing

Each environmentally-displaced person has the right to salubrious and secure housing.

5. Right to health care

Each environmentally-displaced person has the right to receive necessary health care.

6. Right to juridical personality

Each environmentally-displaced person has the right everywhere to recognition of his or her juridical personality.

Each environmentally-displaced person has the right to replacement of the documentation necessary to fully enjoy the rights derived from having legal personality.

7. Each person environmentally-displaced to a State that is not his or her own retains the civil and political rights in his or her State of origin.

8. Right to respect for the family

Each environmentally-displaced person has the right:

- (a) not to be separated from family members,
- (b) to the reunification of the family when the members are dispersed by an environmental disaster.

9. Right to education and training

Each environmentally-displaced person has the right to receive education and training with respect to his or her cultural identity.

10. Right to work

Each environmentally-displaced person has the right to gain his living by work.

Article 6 – Rights of Temporarily Displaced Persons

1. Right to safe shelter

Each temporarily displaced person has the right to be sheltered, if necessary, in provisional housing that the States Parties undertake to establish and maintain with full respect for human dignity.

Each temporarily displaced person housed in a temporary shelter has the right to circulate freely and to choose freely to establish a residence elsewhere.

2. Right to reintegration

Each temporarily displaced person sheltered in his or her own State of residence has the right to resettlement. It implies positive obligation for States Parties to ensure the reinstallation of its residents in their normal place of residence.

3. Right to return

Each temporarily displaced person sheltered in a receiving State has the right to return to his or her normal residence when that become habitable. It implies positive obligation for State of origin to ensure the return of its nationals to their normal place of residence.

4. Right to prolonged shelter

Each temporarily displaced person has the right to prolong his or her stay when his or her normal place of residence becomes habitable. In such instance, the person loses the status of a tem-

porarily displaced person but, if the person is not a national of the receiving State, may have the rights conferred on a lawful alien.

Article 7 – Rights of Permanently Displaced Persons

1. Right to resettlement

After a temporary shelter, as brief as possible, each permanently displaced person has the right to resettlement.

2. Right to nationality

Each permanently displaced person has the right to conserve the nationality of his or her State of origin affected by the environmental disaster and to acquire the nationality of the receiving State.

Article 8 – Rights of families and of populations

1. Families displaced by environmental disasters have the right to preserve their unity.

2. Displaced populations benefit, in the receiving State, of rights equivalent to those recognized for minorities by international agreements, notably the right to constitute themselves collectively and maintain their collective identity.

Article 9 – Grant of the status of environmentally-displaced person

The States Parties shall elaborate within two years from the entry into force of the Convention transparent and open legal procedures for the demand and grant or refusal of the status of environmentally-displaced person based on the rights set forth in the present chapter.

The elaboration of the procedures shall be accomplished in cooperation with the High Authority, which shall propose guidelines following signature of the Convention.

Article 10 – Principle of non-discrimination

The enjoyment of the rights recognized in the present Convention shall be ensured without distinction based, *inter alia*, on sex, sexual orientation, race, color, language, religion, political or other opinions, national or social origin, ethnicity, wealth, birth, disability or age.

Chapter 3 – Institutions

Article 11 – World Agency for Environmentally-Displaced Persons (WAEP)

Due to the foreseeable growth and permanence of environmental displacements, a World Agency for Environmentally-Displaced Persons (WAEP) shall oversee the application of the present Convention. A High Authority, a World Fund for the environmentally-displaced (WFED), a Scientific Council and a Secretariat assist WAEP. These institutions shall exercise their functions in accordance with the requirements of the Aarhus Convention on Rights of Information, Public Participation and Access to Justice. WAEP is constituted as a specialized agency of the United Nations.

1. Functions of WAEP

WAEP has as functions:

- to conduct prospective studies on the evolution of environmental displacements;
- to evaluate policies susceptible of creating environmental displacements;

- to mobilize the means that can reduce vulnerabilities which are at the origin of environmental displacements;
- to contribute to the general organization of assistance aiming at preventing and limiting displacements and promoting the most rapid possible return of environmentally-displaced persons;
- to evaluate programs to prevent environmental displacements and to aid the displaced;
- to support actively the organization of receipt and return, when it is possible, of the environmentally-displaced.

2. Organization of the WAEP

The organization of the administrative council, bureau, scientific council, secretariat, and the High Authority shall be set forth in an additional protocol, elaborated within one year following the opening for signature of the present Convention.

3. The High Authority

a) The High Authority is composed of 21 persons recognized in the fields of human rights, environmental protection and peace. The selection shall be based on equitable geographic distribution.

The members are elected by a majority vote of those present and voting, by secret ballot of the Conference of the Parties. Each State Party can present two candidates. NGOs can present a total of 5 candidates.

The members of the High Authority serve in their personal capacity.

b) The High Authority has the power to:

- define the criteria and the procedures for acquiring the status of environmentally-displaced person;

- provide an appeal from decisions to grant or refuse the status of environmentally displaced person, at the request of individuals, families, populations, or interested non-governmental organizations;
 - decide directly and definitively requests for status from nationals of States not Party to the Convention or in case of failure by a State Party;
 - reply to questions concerning the interpretation and application of the Convention at the request of national commissions or any interested physical or moral person;
 - assess the compliance of national provisions with the Convention at the request of any interested physical or moral person and make a synthesis of national implementation reports. This synthesis shall indicate deficiencies as well as good practices;
 - propose recommendations to the Conference of the Parties;
 - propose amendments to the present Convention.
- c) The decisions of the High Authority are definitive. The Contracting Parties undertake to comply with the decisions of the High Authority that concern them. The High Authority can request the Conference of the Parties to suspend the right to vote of States Parties which manifest consistent non-compliance with these decisions.

4. World Fund for the Environmentally-Displaced (WFED)

a) Functions

The WFED shall ensure the functioning of the WAEP and provide financial and material assistance for the receipt and return of the environmentally-displaced. This assistance shall be granted to the States of residence and to the receiving States. It can also be given to non-governmental organizations, international and regional organizations, and to local governments.

b) Resources

The WFED is notably supported by:

- voluntary contributions from States and private actors;
- mandatory contributions funded by a tax based principally on the causes of sudden or gradual environmental disasters susceptible of creating environmental displacements.

An additional protocol to the present Convention is adopted in the year following the opening for signature of the Convention in order to set for the base, the taking and the allocation of the tax.

Article 12 – National Commissions on Environmental Displacements

Each State Party, following entry into force of the Convention, shall create a national Commission to attribute the status of environmentally-displaced person. Each Commission shall consist of 9 independent members, experts in the fields of human rights, environmental law, and peace. The members shall be named by the highest judicial authorities of the country.

Chapter 4 – Measures of Implementation

Article 13 – Cooperation

The implementation of the present Convention rests in the first place on the institutions which it creates with the active co-operation of international and regional organizations as well as the secretariats of international agreements for the protection of the environment and protection of human rights.

Article 14 - Conference of the Parties

The first meeting of the Conference of the Parties shall take place one year at the latest after the date of the entry into force of the present Convention. The Convention depository will convoke the meeting. Thereafter, the Parties shall meet regularly at least one time each two years. The proceedings shall be open to the public.

An extraordinary meeting can be called at the request of at least one-quarter of the States Parties.
The Conference of the Parties designates the members of the Executive Council of the WFED and the High Authority.

Article 15 – National implementation reports

1. The Parties shall permanently review the application of the present Convention on the basis of reports communicated by the States Parties, and having this aim in spirit shall:
 - a) Associate civil society through the process of elaborating reports. The methodology of the report shall be fixed by a tripartite committee made up of the State Party, universities and representatives of the present Convention;
 - b) Draw lessons from the conclusion and application of bilateral and multilateral agreements or other arrangements relevant to the object of the present Convention, to which one or several among them are Parties.
2. The meeting of the Parties examines and evaluates the policies that the Parties apply, notably the programs aimed at article 5.2 of the present Convention and the legal measures and methodologies that they follow to assure aid, assistance and receipt of the environmentally-displaced in order to improve again the situation in this regard;

Chapter 5 – Final dispositions

Article 16 – Relations with non-Parties

1. The Parties may invite, if appropriate, States that are not a party to the present Convention to cooperate to the implementation of the present Convention.
2. The Parties shall take appropriate measures, in accordance with international law, to ensure that no one undertakes any activities that are contrary to the purpose, the object and the principles of the present Convention.

Article 17 – Dispute Settlement

In case of a dispute between two or more Parties about the interpretation or the application of the Convention, the concerned Parties shall attempt to settle it through negotiation or other peaceful means of their choice.

If the concerned Parties cannot settle the dispute through the ways mentioned in the paragraph above, the dispute is submitted to the High Authority.

Article 18 – Amendments to the Convention and Protocols

Each Party can propose an amendment to the present Convention. Each Party to a Protocol can propose an amendment to this Protocol.

The text of each proposed amendment is communicated by the Secretariat to the Parties at least six months before the meeting to which the amendment is proposed for adoption. If all efforts to adopt an amendment through consensus are unsuccessful, the amendment may be adopted through a two-thirds majority vote of the Parties present and voting at the meeting.

Article 19 – Protocols

The Protocols foreseen by articles 4 (Responsibility), 11.3.b (WFED), and 11.4 (General management of the WAEP) shall be negotiated within one year following the opening for signature of the Convention. They shall be adopted by a two-thirds majority of the Parties present and voting at the meeting.

The meeting of the Parties can adopt any new Protocols by the same majority.

Article 20 – Reservations

No reservations may be made to the present Convention and the Protocols.

Article 21 – Signature, ratification, acceptance or approval

The present Convention and the Protocols are open for signature by every State and every Regional Economic Integration Organization. The Convention and the Protocols shall be submitted for ratification, acceptance or approval. The instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the United Nations who shall act as depositary.

Article 22 – Entry into force

The present Convention will enter into force the thirtieth (30) day following the date of deposit of the tenth (10) instrument of ratification, acceptance or approval.

Article 23 – Authentic texts

The present Convention, whose authentic languages are Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish, shall be deposited with the depositary.

In witness of which, the undersigned, duly authorized, have signed the present Convention.

Done at on two thousand

Limoges (FRANCE), the 2nd December 2008.

Have written this draft convention:

Michel Prieur, Professor of Law at University of Limoges, Chairman of the CIDCE, International Center of Comparative Environmental Law,

Jean-Pierre Marguénaud, Professor of private Law at the Faculty of Law and Economic Science, Limoges, Director of the CRDP (Center of Research on persons rights),

Gérard Monédiaire, Professor of public Law, Director of the CRIDEAU (Interdisciplinary Center of Research on Environmental, Planning and Urban Law),

Julien Bétaille, Phd Candidate and Lecturer at University of Limoges,

Bernard Drobenko, Professor of Law, University of littoral côte d'opale,

Jean-Jacques Gougnet, Professor of Economy at University of Limoges,

Jean-Marc Lavieille, Professor of public Law at University of Limoges,

Séverine Nadaud, Professor of private Law at University of Limoges,

Damien Roets, Professor of private Law at University of Limoges.

Have contributed to the draft convention:

Frédéric Bouin, Professor of public Law at University of Perpignan,
Florence Burgat, Researches director, INRA, University of Paris I,
Christel Cournil, Professor of public Law at University of Paris XIII,

Van Dinh, Phd Candidate at University of Limoges,

José Juste, Professeur of Law at University of Valence, Spain,

Yves Lador, Earthjustice permanent Representative to the UN in Geneva,

Pierre Mazzega, Geophysician, Researches director, CNRS, Toulouse,

Agnès Michelot, Professor of public Law at University of La rochelle,

(2008-09) 39 R.D.U.S.

*Projet de convention relative
au statut international
des déplacés environnementaux*

505

Dinah Shelton, Professor of Law at the George Washington University Law School.

English translation:

Dinah Shelton, Professor of Law at the George Washington University Law School.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** LIBERTÉ DE RELIGION OU ÉGALITÉ ENTRE LES SEXES?
LA COUR SUPRÊME DU CANADA SE PRONONCE SUR UN CAS DE
DIVORCE
- Auteur(s) :** Francesca ASTENGO
- Revue :** *RDUS*, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2
- Pages :** **507-529**
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11539>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11539>

Page vide laissée intentionnellement.

**LIBERTÉ DE RELIGION
OU ÉGALITÉ ENTRE LES SEXES?
LA COUR SUPRÊME DU CANADA SE PRONONCE
SUR UN CAS DE DIVORCE.**

par Francesca ASTENGO*

Encore une fois en l'espace de quelques années, la Cour suprême canadienne s'est occupée d'une question relative à la religion avec le jugement Bruker c. Marcovitz. Par une majorité de sept contre deux, elle a établi que les accords qui ont un contenu religieux ne sont pas exempts d'examen judiciaire et a condamné un individu de religion juive à payer des dommages-intérêts à son ex-épouse pour n'avoir pas tenu son engagement contractuel de concéder le divorce religieux.

Le jugement Bruker c. Marcovitz qui fait l'objet de la présente note est un exemple de la tendance, montrée par la Cour suprême canadienne dans ses arrêts les plus récents dans la matière, à mettre l'accent sur la dimension multiculturelle de la liberté de religion, plutôt que sur la liberté de religion en tant que droit individuel.

Once again in the space of a few years, the Supreme Court of Canada has dealt with a matter concerning religion in the decision Bruker v. Marcovitz. By a 7-2 majority, the Court ruled that agreements having a religious object are not exempt from judicial scrutiny and condemned a Jewish man to pay his ex-wife damages to compensate for losses arising from his refusal to provide her with a religious divorce, as he had contractually agreed. This decision is an example of the tendency, shown by the Canadian Supreme Court in its recent decisions on matters of this nature, of stressing the multicultural dimension of freedom of religion rather than as an individual right.

* . Ph. D., Institut d'études canadiennes de McGill.

508 *Liberté de religion ou égalité entre les sexes?*
La Cour suprême du Canada (2008-09) 39 R.D.U.S.
se prononce sur un cas de divorce.

SOMMAIRE

1.	Introduction	509
2.	Le cas <i>Bruker c. Marcovitz</i>	510
3.	Le jugement de la Cour suprême	514
4.	Commentaire	519
5.	Une décision qui laisse quelque peu perplexe	527

1. Introduction

Encore une fois en l'espace de quelques années, après la *souccah* des Juifs¹ et le *kirpan* des *Sikhs*², la Cour suprême du Canada s'est occupée d'une question relative à la religion avec le jugement *Bruker c. Marcovitz*³.

De telles décisions s'inscrivent dans un courant de jurisprudence qui a débuté dans les années 80, quand la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur les premières questions relatives à la liberté de religion en s'appuyant sur la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴. La complexité culturelle et religieuse de la société canadienne qui découle de sa réalité démographique composite est de fait à l'origine d'une série de questions auxquelles la Cour suprême a répondu en fondant sa jurisprudence sur les principes suivants : une définition extensive de la liberté de religion, le caractère subjectif et individuel de cette liberté, le principe de la neutralité de l'État en matière de religion et le lien entre liberté de religion et principe d'égalité⁵. Dans ce

1. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551. Ce jugement traitait d'un cas dans lequel, au nom de la liberté de religion, il a été reconnu à des copropriétaires de religion juive le droit de construire des *souccahs* sur leurs balcons à l'occasion des célébrations de la fête de *Souccot* (ou «fête des Cabanes»), en dérogation à une clause de copropriété spécifique.
2. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256. La question concernait la possibilité pour un étudiant de se rendre à l'école avec le poignard cérémoniel des *Sikhs* au nom de la liberté de religion.
3. *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.
4. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [*Charte canadienne*]. La «liberté de conscience et de religion» figure en première place – paragraphe a) – dans une liste de libertés fondamentales dont jouit toute personne, garanties par l'article 2 de la *Charte canadienne*. Cette liste comprend aussi la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.
5. Voir généralement José Woehrling, «La Cour suprême du Canada et la liberté de religion» (2005), Rev. fr. dr. Constl., 404.; Brad Elberg et Mark C. Power, «Freedom of Conscience and Religion» dans Gérald-A. Beaudoin

contexte, le thème dominant du multiculturalisme, qui de son côté postule les principes de tolérance et de protection des minorités⁶, a pris une importance croissante.

Les arrêts les plus récents en matière de liberté de religion sont dans la lignée de la jurisprudence qui s'articule autour des principes fondateurs mentionnés⁷, mais ils se révèlent aussi par certains aspects significativement novateurs. En particulier, les décisions du nouveau millénaire se distinguent par le fait que la Cour suprême semble mettre l'accent sur la dimension multiculturelle de la liberté de religion, plutôt que sur la liberté de religion en tant que droit individuel. Le jugement *Bruker c. Marcovitz* qui fait l'objet du présent commentaire en est un exemple.

2. Le cas *Bruker c. Marcovitz*

Sur la question de savoir si un tribunal civil peut ou non intervenir dans un litige privé qui a pour objet la religion, la Cour

et Errol Mendes, dir., *Canadian Charter of rights and Freedoms*, 4^e éd., Markham, Ontario Lexis Nexis, 2005, aux pp. 219 et s.; William W. Black, «Religion and the Right of Equality» dans Anne F. Bayafsky et Mary Eberts, dir., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, aux pp. 131 et s.; Mahmud Jamal, «Freedom of Religion in the Supreme Court: Some Lessons from Multani» (2006) 21 N.J.C.L. 291.

6. Pays d'immigration par son histoire et sa vocation, l'ouverture du Canada et son respect pour la diversité sont réaffirmés de manière irrévocable dans l'article 27 de la *Charte canadienne* (*supra* note 4), selon lequel «toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens». Sur la contribution des tribunaux à l'affirmation du multiculturalisme, voir récemment François Crépeau, Idil Atak, «Le multiculturalisme en droit : l'expérience canadienne» (2007) 23 L'Observateur des Nations Unies, 253.
7. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 [*Big M Drug Mart*]; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 R.C.S. 713 [*Edward Books*.]; *Jones c. R.* [1986] 2 R.C.S. 284.; *B.(R) c. Children's Aid society of Metropolitan Toronto* [1995] 1 R.C.S. 315 [*Children's Aid society*.]; *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825 [Ross].

suprême a rendu, dans la cause *Brucker c. Marcovitz*, une décision aussi attendue que controversée. Elle a ainsi mis fin, plus de vingt-sept ans à la suite de leur divorce civil, à la saga judiciaire d'un couple dont la cause a été renvoyée entre tribunaux civils et religieux. Par une majorité de sept contre deux, la Cour a établi que les accords qui ont un contenu religieux ne sont pas exempts d'examen judiciaire et a condamné un individu de religion juive à payer des dommages-intérêts à son ex-épouse pour ne pas avoir tenu son engagement de concéder le divorce religieux.

Les faits sont les suivants. Deux conjoints, Stephanie Brucker et Jason Marcovitz, tous deux pratiquants juifs (la première conservatrice, le second orthodoxe), se sont mariés dans une synagogue montréalaise en 1969. En 1980, l'épouse engage une action en divorce. Trois mois plus tard, les parties négocient un accord contenant une série de mesures accessoires à la procédure de divorce. D'après la clause 12 de cette entente, les deux parties conviennent de se présenter devant un tribunal rabbinique pour obtenir le *get*, c'est-à-dire le divorce religieux traditionnel, et cela «immédiatement après le prononcé du divorce».

Le *get* (ainsi est communément appelé le *sefer k'ritut* ou 'cutting off scroll') est l'acte de divorce qui, en vertu de la loi religieuse, doit être accordé par l'époux à sa femme dans le cadre d'une cérémonie devant les autorités rabbiniques (*Beth Din*, tribunal constitué de trois rabbins). L'épouse ne peut donc obtenir le divorce que comme une concession venant de son époux, qui ainsi la «libère» des liens du mariage et l'autorise par là à se remarier. L'époux doit accorder volontairement le *get*, tandis que l'épouse doit accepter de le recevoir.

En l'absence du *get*, l'épouse reste formellement liée à son époux et ne peut se remarier selon la loi juive. Lorsque l'époux ne concède pas le *get*, l'épouse est considérée comme une *agunah*, c'est-à-dire une femme «enchaînée», et les enfants nés d'éventuelles unions ultérieures – par exemple de mariages civils – sont considérés *mamzerim*, individus illégitimes au regard de la

foi. Dans les faits, le monopole de l'initiative du divorce aux mains de l'époux s'est parfois révélé une arme de chantage, par exemple en relation avec le paiement des pensions alimentaires ou la garde des enfants. Pour parer à cet inconvénient, beaucoup de couples juifs signent un contrat pré-matrimonial dans lequel il est établi que l'épouse pourra obtenir le *get* quand les circonstances le demanderont. Dans d'autres juridictions, par exemple dans l'État de New York, il existe une loi qui impose la concession du divorce religieux avant l'ouverture de la procédure de divorce civil sous peine de sanctions pécuniaires. Le problème au Canada, du moins jusqu'à aujourd'hui, était de faire valoir des contrats de ce type devant un tribunal civil.

Dans le cas du couple Bruker-Marcovitz, le divorce civil a été prononcé en 1981, quand mari et femme avaient respectivement 48 et 31 ans (incidemment, l'époux avait déjà été marié et avait concédé le *get* à sa première épouse). Cependant, en dépit de la clause 12 contenue dans le contrat et des demandes répétées de l'épouse, M. Marcovitz n'a concédé le *get* qu'en 1995 (alléguant que celui-ci était utilisé comme «monnaie d'échange» contre le droit à la visite des enfants), c'est-à-dire 15 ans après le divorce civil, quand son ex-épouse était au seuil de ses 47 ans, un âge désormais avancé pour la conception et la procréation. Pour cette raison, M^{me} Brucker intenta auprès de la Cour supérieure du Québec un procès contre son ex-époux pour violation du contrat signé à l'époque du jugement civil du divorce et réclama des dommages-intérêts. Le montant réclamé, initialement de 500 000 \$, puis augmenté à 1 350 000 \$ en 1996, était justifié par le préjudice physique et moral subi par l'épouse qui, à cause du comportement de son mari, n'avait pas pu se remarier ni avoir d'enfant au sein de sa religion. La défense de M^{me} Brucker argumenta que, bien qu'un tribunal civil ne puisse contraindre M. Marcovitz à concéder le divorce religieux, il pouvait cependant fixer le montant des dommages et intérêts du préjudice découlant de la violation d'une clause contractuelle. De son côté, M. Marcovitz soutenait que le refus de concéder le *get* était une question de conscience religieuse, que l'engagement signé constituait une obligation purement morale et, en tant que tel, ne

pouvait avoir valeur d'obligation contractuelle civile exécutoire en droit québécois, ni faire l'objet d'un examen par un tribunal séculaire. Il prétendait aussi, en tout état de cause, que la garantie fondamentale de liberté de religion prodiguée par la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*⁸ l'exonérerait du respect d'un tel engagement⁹.

En 2003, le juge de première instance conclut que l'entente entre les deux époux était valide et obligatoire et que la réclamation de dommages-intérêts fondée sur la violation de cet accord contractuel relevait de la compétence d'un tribunal civil. La Cour supérieure déclara donc que l'époux devait payer une somme de 47 500 \$ en dédommagement du préjudice infligé à son ex-épouse.

Cependant, en septembre 2005, la Cour d'appel du Québec renversa cette décision et retint les raisons invoquées par l'époux. Au nom du principe de la neutralité de l'État en matière religieuse, les juges statuèrent qu'étant donné la nature essentiellement religieuse de la clause 12, sa violation ne pouvait entraîner une sanction par un tribunal civil. Ordonner l'exécution d'une telle obligation morale serait incompatible avec le droit au libre exercice

-
8. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*]. En vigueur depuis 1976 et ayant, au dire de la même Cour suprême, valeur quasi constitutionnelle, présente un contenu similaire mais non identique à celui de la *Charte canadienne*. Les principales différences sont, pour la *Charte québécoise*, l'inclusion des droits économiques et sociaux, son applicabilité non seulement dans les rapports entre les citoyens et l'État, mais aussi dans les rapports entre personnes privées et la prévision d'un mécanisme de recours auprès de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse, et éventuellement auprès du Tribunal des droits de la personne, dans les cas de discrimination. Pour un approfondissement, voir André Morel, «La Charte québécoise des droits et libertés : un document unique dans l'histoire législative canadienne», (1987) 21 R.J.T. 1.
 9. *Supra* note 8 art. 3. «Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association».

de la liberté de religion, qui doit être à l'abri de toute interférence, y compris d'une intervention judiciaire.

3. Le jugement de la Cour suprême

Les neuf juges de la Cour suprême considèrent que les contrats concernant des affaires religieuses peuvent faire l'objet d'un examen par un tribunal séculaire. Ils sont cependant divisés quant à la classification de l'entente en question, qui est considérée comme un véritable engagement contractuel par les juges de la majorité, et comme une obligation purement morale par ceux de la minorité.

Le jugement de la Cour suprême offre une vue d'ensemble de la question du divorce religieux et un rappel de l'amendement de 1990 à la *Loi sur le divorce* (ainsi que des motivations alors fournies par le ministre de la Justice au cours du débat parlementaire)¹⁰, amendement véritablement introduit avec l'intention d'abattre certaines barrières religieuses en faisant tout particulièrement référence à l'égalité entre les sexes.

À la différence d'autres religions (catholique romaine, grecque orthodoxe ou musulmane par exemple), où il existe des tribunaux religieux détenant le pouvoir définitif de prononcer un divorce ou d'annuler un mariage, et ce, indépendamment de l'existence d'un accord entre les deux époux (en substance, un seul des époux, même s'il est récalcitrant, ne peut, au maximum, que faire durer la procédure de divorce mais non la bloquer et le pouvoir décisionnel relève, en dernière analyse, de l'autorité du tribunal), la procédure de divorce dans la religion juive est initiée

10. Le projet de loi C-61 de modification de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), avait été présenté par le ministre de la Justice Doug Lewis à la suite de consultations avec cinquante groupes religieux canadiens et après avoir obtenu l'accord spécifique des Églises catholique romaine, presbytérienne et anglicane. Débats de la Chambre des communes, *Procès-verbaux*, 34^e lég. 2^e sess. n^o 6 (15 février 1990). Sur les motivations de la ministre Kim Campbell, successeuse de Lewis, voir Débats de la Chambre des Communes, *Procès-verbaux*, 34^e lég. 2^e sess., n^o 8 (4 mai 1990).

par un acte volontaire et unilatéral de l'époux. De plus, il n'y a pas de possibilité pour le conjoint lésé de s'adresser aux autorités religieuses. L'amendement législatif ajouté par le paragraphe 21.1 à la *Loi sur le divorce* en 1990 fournit précisément les instruments juridiques de recours aux tribunaux à la personne qui subit la présence d'obstacles à son nouveau mariage religieux introduits par son ex-conjoint. Le refus de concéder le *get* tombe clairement dans cette catégorie. Grâce à cet amendement, les tribunaux obtiennent le pouvoir discrétionnaire de dénier les bénéfices de la loi au conjoint qui se refuse à éliminer tout obstacle à la possibilité pour l'autre de contracter un nouveau mariage religieux.

Au nom de la majorité, la juge Abella souligne la situation dichotomique de la femme juive pratiquante au Canada. D'un côté, en droit canadien – dans le cadre duquel mariage et divorce sont accessibles aux hommes et aux femmes sur un pied d'égalité –, elle est libre de divorcer de son époux même si celui-ci n'y consent pas. Mais d'un autre côté, pour la loi religieuse juive, elle reste mariée à son époux à moins que celui-ci ne lui concède le divorce. Ce qui signifie que, sans le consentement de l'époux, un nouveau mariage est admis par la loi canadienne, mais pas par la loi juive, avec la conséquence évidente de la perte de la faculté de se remarier pour de nombreux canadiens de religion juive qui décident d'obéir à leur foi¹¹. Cet écartèlement entre condition religieuse et situation juridique se révèle inacceptable dans un pays comme le Canada qui, s'il valorise d'un côté la diversité culturelle et religieuse et fait du multiculturalisme un des fondements essentiels de la cohabitation civile et démocratique, de l'autre met des limites à la protection des différences quand celles-ci ne sont pas compatibles avec les valeurs canadiennes.

Comme mentionné par la juge Abella, il y a essentiellement deux questions fondamentales dans le cas *Brucker c. Marcovitz* : 1) si un engagement relatif à la concession du *get* constitue une obligation contractuelle valide et exécutoire en droit québécois, et,

11. *Supra* note 3 au par. 5.

dans l'affirmative, 2) si une personne peut invoquer sa liberté de religion (protégée par l'art. 3 de la *Charte québécoise*) pour se soustraire aux conséquences juridiques entraînées par la violation d'une clause contractuelle.

En ce qui concerne la première question, il s'agit, en d'autres termes, d'établir si une obligation morale ou religieuse peut être convertie en une obligation civile. La Cour a jugé que oui. Parlant au nom de la majorité, la juge Abella conclut qu'il n'y a rien dans le *Code civil du Québec*¹² qui empêche de transformer une obligation morale en une obligation civile au moyen d'un contrat¹³. À ce propos, elle cite l'exemple de la charité : bien que celle-ci soit une obligation de nature morale, du moment où il existe un engagement à faire un don à une organisation caritative, il n'y a pas de raison de considérer qu'une telle forme de contrat ne soit pas valide¹⁴. En outre, il n'est pas demandé à la Cour de se prononcer sur des questions de doctrine religieuse (par exemple, de décider si un *get* donné est valide, ou de spéculer sur la position qu'adopterait un tribunal rabbinique à ce sujet) qui concernent exclusivement les tribunaux religieux. Au contraire on demande aux juges de se prononcer sur les conséquences d'un engagement spécifique – celui d'éliminer les obstacles à un nouveau mariage – négocié volontairement «entre deux adultes consentants, tous deux représentés par un avocat», et qui fait partie d'une entente destinée à avoir des conséquences juridiquement exécutoires. En conséquence, soutient la Cour, «les tribunaux peuvent à bon droit examiner [cette] obligation à la loupe»¹⁵.

Pour ce qui est de la deuxième question, qui est de savoir si la condamnation au paiement de dommages-intérêts pour non-respect du contrat constitue ou non une violation du droit à la liberté de religion de l'époux, la Cour s'appuie sur divers arguments pour réfuter les raisons de M. Marcovitz. Tout d'abord

12. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64.

13. *Supra* note 3 aux par. 16 et 20.

14. *Ibid.* au par. 52.

15. *Ibid.* au par. 47.

elle cite des précédents jurisprudentiels¹⁶ qui ont exclu le caractère absolu de la liberté de religion, en particulier lorsqu'elle entre démesurément en conflit avec d'autres droits et intérêts publics importants. Elle rappelle aussi que l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* prévoit que la liberté de religion, au même titre que les autres libertés et droits fondamentaux, doit s'exercer «dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec» et, de ce fait, demande aux tribunaux d'assurer la protection des droits des citoyens en appréciant et en conciliant ces droits avec les autres valeurs publiques. En second lieu, une analyse du comportement de M. Marcovitz laisse présumer une motivation non religieuse à son refus, soit son ressentiment admis envers son épouse¹⁷. Enfin, comme cela s'est déjà produit en d'autres occasions, la Cour porte un regard sur des jugements rendus dans d'autres pays¹⁸. En ce qui concerne le traitement de cette question spécifique, par exemple, elle rappelle un cas en Israël¹⁹ où, dans des circonstances analogues à celles de M^{me} Bruker, le juge avait concédé des dommages et intérêts. D'après son collègue israélien – dont l'attitude à l'égard de cette question «présente un intérêt particulier» pour la Cour canadienne – ce sont les dommages sérieux résultant de «longues années d'*aginit*, de solitude et de souffrance morale» imposées par l'époux qui ont fait l'objet de l'indemnisation. Cette question, selon l'opinion partagée des juges des deux juridictions, est tout à fait étrangère à la

16. *Supra* note 1; *McCaw c. United Church of Canada* (1991), 4 O.R. (3^e) 481; *Lindenburger c. United Church of Canada* (1985), 10 O.A.C. 191; *Nathoo c. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL); *Amlani c. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4^e) 543.; *M. (N.M.) c. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4^e) 80; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3^e) 550; *Big M Drug Mart*, *supra* note 7; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Children's Aid Society*, *supra* note 7; *Ross*, *supra* note 7; *Multani* *supra* note 2.

17. *Supra* note 3 au par. 69.

18. Les rappels comparatifs du traitement d'une question analogue dans des jugements en France, en Australie, en Grande-Bretagne, aux États-Unis, en Israël et par la CEDH apparaissent dans les motivations avancées tant par la majorité que par la minorité.

19. *Jane Doe c. John Doe*, Jerusalem Family Court, 19270/03, December 21, 2004.

solution «religieuse» du problème de la réticence à concéder le *get*, qui à l'inverse est de la compétence exclusive du tribunal rabbinique²⁰.

Sur la base de ces considérations, la Cour suprême du Canada arrive aux conclusions suivantes : les tribunaux civils peuvent intervenir dans des litiges qui comportent un aspect religieux, et la présence «d'éléments à caractère religieux» dans une promesse d'accorder le *get* ne la rend pas nécessairement non justiciable; de plus l'entente relative à l'obtention du *get* est considérée comme une obligation contractuelle valide et exécutoire en droit québécois; cette entente est compatible avec l'intérêt public, l'approche canadienne en matière de divorce et la volonté d'éliminer la discrimination fondée sur le sexe; enfin, la revendication du droit à la liberté de religion doit être appréciée et conciliée avec les droits et valeurs fondamentaux canadiens²¹. L'argument de l'époux selon lequel l'exécution de la clause 12 de l'entente en cause restreint sa liberté de religion est sans conséquence en comparaison aussi bien des inconvénients disproportionnés causés personnellement à son épouse par son comportement²² que de l'intérêt public général. Selon les mots de la Cour, l'intérêt public «à la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives dans l'exercice indépendant de leur capacité de divorcer et se remarier conformément à leurs croyances, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les inconvénients et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement pris au par. 12 de l'entente pourrait restreindre sa liberté de religion»²³. Par conséquent, il n'y a pas de raison de modifier la décision du juge de première instance relativement au paiement des dommages-intérêts²⁴.

20. *Supra* note 3 au par. 89.

21. *Ibid.* aux par. 2, 20 et 77.

22. *Ibid.* au par. 93.

23. *Ibid.* au par. 92.

24. *Ibid.* aux par. 97 et 99.

4. Commentaire

Le jugement à l'étude ouvre une brèche dans le mur de séparation entre religion et droit. L'approche pragmatique de la Cour suprême du Canada consiste à estomper la ligne de démarcation qui sépare les litiges civils relevant de la compétence de l'organe judiciaire des questions à caractère strictement religieux qui, au contraire, en sont exclues. Bien que son objet concerne une situation de fait assez courante propre à la communauté juive, le jugement est appelé à avoir des répercussions générales sur les rapports entre moralité religieuse et justice civile, et ce, pour toutes les religions représentées dans la société canadienne.

L'impact immédiat sur la communauté juive du Canada est que dorénavant, les couples pourront signer des ententes concernant le *get* avec la conscience que celles-ci pourront faire l'objet d'un examen par les tribunaux civils. Pour les épouses, jusqu'ici piégées par la logique du divorce religieux, ceci représente un soulagement parce qu'est ainsi admise la possibilité qu'elles puissent user d'instruments légaux pour faire valoir leur droit à «refaire leur vie».

D'un point de vue plus général, avec la décision *Bruker c. Marcovitz*, la Cour suprême manifeste une double intention. En premier lieu, la volonté de s'occuper de litiges qui concernent la liberté de religion selon ses propres termes, acceptant ainsi de prendre en considération le point de vue de la religion même. La Cour intervient directement sur l'aspect religieux, sans barrières et sans crainte de contaminations, quand elle affirme que «le refus de l'époux d'accorder le *get* à son épouse la prive donc arbitrairement de l'accès à un recours qu'elle possède de façon indépendante en droit canadien, et il lui enlève la possibilité de se remarier et de refaire sa vie conformément à ses croyances religieuses»²⁵. En cas contraire, raisonne la Cour, le principe de liberté de religion fournirait un blanc-seing pour des

25. *Ibid.* au par. 82.

comportements illicites et le simple appel à la liberté de religion garantirait automatiquement l'impunité pour des actions normalement sanctionnables (comme la violation d'une clause contractuelle) qui, ainsi privées de conséquences sur le plan juridique, aboutiraient à une sorte de *no-fly zone* judiciaire. Les comportements ayant des retombées sur les droits d'autrui et sur les intérêts collectifs de la société ne sont ainsi pas mis à l'abri de l'examen judiciaire simplement parce qu'ils entrent dans la sphère de la liberté de religion. Comme l'avait déjà noté le juge Iacobucci dans *Amselem*, aucun acte ne devient inattaquable ou protégé d'office du seul fait qu'il se fonde sur la liberté de religion. En d'autres termes, la liberté de religion telle que définie dans la *Charte* et interprétée dans la jurisprudence de la Cour «n'autorise pas les personnes à commettre n'importe quel acte en son nom»²⁶. Du reste, la ligne jurisprudentielle de la Cour suggère que la disparition totale de la religion de la scène juridico-sociale n'entre pas dans les objectifs de la société canadienne, pluraliste encore plus que laïque. Au contraire, la promotion de la tolérance et du pluralisme, même religieux, est compatible avec la vision d'une société qui propose une interprétation tolérante et «bienveillante» du sécularisme²⁷. Une société qui aspire à s'affirmer dans toutes ses facettes et qui prend ses distances avec l'interprétation rigide

26. *Supra* note 1 aux par. 62 et 63.

27. Une telle conception ouverte et tolérante de la neutralité religieuse de l'État a été appliquée dans *Chamberlain c. Surrey School District* [2002] 4 R.C.S. 710, relativement à la non-autorisation d'utilisation de textes pour l'école primaire qui illustraient des situations familiales homoparentales. La Cour, dans l'évaluation de l'application, de la part d'un conseil scolaire de Colombie-Britannique, de l'obligation de prendre des décisions sur la base de principes strictement «séculaires et non sectaires», n'a pas exclu qu'un organisme public puisse fonder ses décisions en tout ou partie sur la religion, mais a interprété la notion de *sécularisme* dans le sens qu'aucune conception particulière de la morale ne devait servir à exclure d'autres points de vue. José Woehrling, «Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec» dans Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 220.

et «hostile» de la laïcité comme synonyme de l'abstention de toute forme de reconnaissance ou d'assistance envers la religion²⁸.

Les juges de la minorité (Deschamps et Charron) dans *Bruker c. Marcovitz*, sont en désaccord très net avec la position adoptée par leurs collègues en ce qui concerne l'inéluctabilité d'une prise en considération de l'argument religieux, soulignant que le droit canadien n'interdit bien sûr pas l'examen par les tribunaux de questions à caractère religieux, à condition que la réclamation soit fondée sur la violation d'une règle reconnue en droit positif. Dans le cas présent, la réclamation de l'épouse ne portait pas sur la violation de ses droits civils par une norme civile émanant du droit positif. De fait, personne, en droit canadien ou québécois, ne l'empêchait de se remarier ou d'avoir d'autres enfants (qui auraient joui des mêmes droits que tout autre citoyen canadien), donc sa situation provenait strictement d'une conviction religieuse. En l'espèce, la minorité dissidente ne reconnaît pas à l'entente entre les deux conjoints la qualification juridique de contrat : du moment que ni les engagements à consentir un divorce religieux, ni le divorce religieux lui-même n'ont de conséquences civiles, et que les parties n'avaient donc pas l'intention de souscrire une opération juridique, l'un des éléments essentiels à la formation du contrat, soit l'objet, est inexistant²⁹.

28. C'est sur la base de ce principe que s'est trouvée mise en œuvre la notion d'accommodement raisonnable. Bâtie par voie jurisprudentielle, pragmatique et progressive (initialement au sujet des relations de travail, en faveur des femmes et des personnes handicapées), l'obligation d'accommodement en matière religieuse était déjà présente dans *Big M Drug Mart*, *supra* note 7; *Edward Books*, *supra* note 7. Voir également *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpson Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536. Il s'agit d'une intervention visant à réparer les discriminations indirectes, d'une sorte de correction des inégalités effectives, ayant pour objectif de permettre l'exercice complet de la liberté de religion aux individus appartenant à des groupes religieux minoritaires. Sur le sujet, voir José Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», (1998) 43 McGill L. J. 325. Voir aussi Jézéquel, *supra* note 27.

29. *Supra* note 3 aux par. 157 à 161 et 174 à 176.

En second lieu, la Cour suprême manifeste la volonté de trouver un équilibre entre la liberté de religion d'un côté, et les droits individuels concurrents, les intérêts d'ordre public et les valeurs démocratiques de l'autre. Rappelons que la mise en balance de la liberté de religion avec d'autres principes fondamentaux est une nécessité découlant des dispositions constitutionnelles mêmes, qui se limitent à affirmer cette liberté sans rien spécifier d'autre quant à sa portée et à l'extension de sa protection. En effet, la *Charte canadienne* relativise de fait la liberté religieuse, en en suggérant une lecture combinée avec la prise en compte d'une architecture de valeurs constitutionnelles complexes. La liberté de religion est un concept inscrit dans certaines limites, dont la plus importante est représentée par l'art. 1 de la *Charte*, qui admet la restriction des droits et libertés qui y sont énoncés «par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

C'est donc aux tribunaux que revient le double exercice de fournir un contenu à une disposition constitutionnelle aux contours fluyants, rédigée en des termes propres à lui donner la flexibilité nécessaire aux changements sociaux et à la diversité culturelle³⁰, et de la mettre en balance avec d'autres droits et libertés. La Cour suprême a élaboré une abondante jurisprudence dans laquelle elle s'est attachée à soupeser et à concilier des droits opposés dans le cadre d'une analyse fondée sur l'art. 1 de la *Charte canadienne*. Sur la base du test de constitutionnalité de cet article, elle a reconnu que la portée de la liberté de religion peut être soumise à des limitations si la liberté personnelle d'agir selon ses croyances religieuses compromettrait les droits d'autrui ou en entravait l'exercice³¹.

De même, lorsqu'elle admet des «accommodements» à l'égard des individus qui, au nom de la liberté de religion et du

30. Voir Michèle Rivet, «Introduction» dans Myriam Jézéquel, dir., *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 7.

31. *R. c. Big M Drug Mart*, *supra* note 7 à la p. 337; *Children's Aid Society*, *supra* note 7 à la p. 315.

droit fondamental à l'égalité, invoquent un «traitement différencié», la Cour a souligné que selon l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, les droits et les libertés de chacun sont inséparables des droits et libertés d'autrui et de l'intérêt général³², et que la protection des droits garantis par la *Charte* s'apprécie en fonction des droits d'autrui et en prenant en compte le contexte dans lequel s'inscrit l'éventuel conflit³³. Dans la même optique, la liberté de religion peut donc être subordonnée au respect de «préoccupations sociales supérieures», qui sont en dernière analyse celles exposées à l'art. 1 de la *Charte canadienne* et à l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

Dans le cas en question, comme on l'a vu, le droit à la liberté de religion invoqué par l'époux est limité par l'atteinte «grave et arbitraire» au droit de l'épouse à vivre sa vie conformément aux valeurs de son pays et de sa religion³⁴. Ce droit à la liberté de religion se trouve aussi limité par l'intérêt général à la protection de la dignité de la femme et au principe d'égalité sans distinction de sexe³⁵.

L'effort d'équilibrage montré par la Cour s'inscrit dans le cadre plus vaste du multiculturalisme canadien, au sein duquel elle fournit une interprétation de la liberté de religion qui dépasse le champ privé pour entrer en résonance avec la dimension publique de la liberté religieuse. En ouverture, la juge Abella rappelle l'importance du multiculturalisme dans la société canadienne : le principe de la tolérance envers la diversité et l'acceptation toujours croissante du multiculturalisme, qui postule l'acceptation et le respect des différences ethniques, religieuses ou culturelles, ont fait en sorte que «le droit de chacun à s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences – et malgré elles – [soit] devenu un élément déterminant de notre caractère national»³⁶. De toute évidence, le binôme religion-culture et

32. *Supra* note 1 au par. 62.

33. *Supra* note 2 aux par. 132 et 155.

34. *Supra* note 3 au par. 93.

35. *Ibid.* au par. 92.

36. *Ibid.* au par. 1.

l'inclusion de la première dans le cadre plus vaste de la seconde, plusieurs fois affirmés en d'autres occasions³⁷, sont désormais tenus pour acquis. Déjà, dans la décision fondamentale *R. c. Oakes* (1986), la Cour incluait «l'acceptation d'une grande diversité de croyances, [et] le respect de chaque culture et de chaque groupe» aux valeurs et principes essentiels qui doivent guider l'activité des juges³⁸. De fait, ces derniers ont fait la preuve qu'ils embrassaient cette approche, en choisissant d'être sensibles, plutôt qu'indifférents, à la diversité religieuse. Le juge en chef Dickson expliquait, dans *Big M Drug Mart* : «une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite» et «vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales», qui doivent «reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain»³⁹.

Mais dans le même temps, dans la cause *Bruker c. Marcovitz*, la juge Abella met en garde contre les excès d'un multiculturalisme pour ainsi dire effréné, sans limites. De fait, souligne-t-elle, le droit à la protection des différences ne signifie pas que celles-ci doivent être dans tous les cas prépondérantes⁴⁰.

37. *Supra* note 1 au par. 1 («un aspect important de notre démocratie constitutionnelle est le respect des minorités, parmi lesquelles on compte bien sûr les minorités religieuses [...]. De fait, une attitude respectueuse et tolérante à l'égard des droits et des pratiques des minorités religieuses est une des caractéristiques essentielles d'une démocratie moderne»).

38. *R. c. Oakes*, [1986], 1 R.C.S. 103, au par. 64. Plus récemment, voir : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

39. *Big M Drug Mart*, *supra* note 7 au par. 94.

40. Dans ce passage, la Cour suprême semble répondre aux préoccupations soulevées dans l'opinion publique par la jurisprudence récente au sujet de la liberté de religion (cause *Multani* notamment). Un débat enflammé – et souvent grossi par les médias – a eu lieu au Québec, où le cas d'Hérouxville a fait la une des journaux. Cette municipalité de 1 300 habitants a adopté un code de conduite destiné aux immigrants pour favoriser leur «participation à la vie communautaire et sociale», et qui interdit entre autres la lapidation, le kirpan à l'école et l'utilisation de bâtiments publics comme espaces de prière. «Hérouxville drops some rules from controversial code», *CBC News* (13 Février 2007) en ligne : [<www.cbc.ca/canada/montreal/story/2007/02/13/qc-herouxville20070213.html>](http://CBCNews.ca/). Le gouvernement a mis en place une

Au contraire, quand elles ne sont pas compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales, il n'est pas nécessairement arbitraire de mettre des obstacles à leur expression⁴¹. L'exercice qui consiste à «[d]éterminer les circonstances dans lesquelles l'affirmation d'un droit fondé sur une différence doit céder le pas à un intérêt public plus pressant» est «complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce», mais constitue également «une délicate nécessité requise afin de protéger l'intégrité évolutive du multiculturalisme» et d'assurer le public de son importance⁴².

L'interprétation «évolutive du multiculturalisme» à laquelle la Cour fait référence déplace la lecture de la liberté de religion à un nouveau niveau, qui va au-delà de la simple dimension personnelle. Selon la minorité, la situation de M^{me} Bruker était au fond la conséquence directe de son libre choix d'adhérer à des règles religieuses particulières. Sa condition, à savoir se sentir formellement liée à son ex-époux entre 31 et 46 ans, dérivait de convictions religieuses individuelles et les préjudices en découlant étaient en substance auto-infligés. La majorité de la Cour, cependant, penche pour une interprétation plus ample de la liberté de religion, qui dépasse la sphère individuelle. Une interprétation inclusive, plutôt qu'exclusive, de cette liberté, qui ne doit pas nécessairement amener à devoir choisir entre le respect des convictions religieuses et l'adhésion aux règles juridiques de la société.

Commission (appelée du nom de ses présidents, Bouchard-Taylor) qui en juin 2008 a remis un rapport sur «les pratiques d'accomodement reliées aux différences culturelles». Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accomodements reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008.

41. Par exemple, en février 2006 l'Ontario a adopté une loi qui interdit le recours aux tribunaux religieux pour arbitrer des litiges relatifs au droit de la famille, affirmant en substance la prééminence de l'ordre public fondé sur l'égalité entre les sexes et sur les droits de l'enfance. Sur le sujet, voir Jean-François Gaudreault-Desbiens, «Constitutional Values, Faith-Based Arbitration and the Limits of Private Justice in a Multicultural Society», (2005) 19 N.J.C.L.155.

42. *Supra* note 3 au par. 2.

La Cour reconnaît que la religion fait partie de la vie des Canadiens (et des Canadiennes) et possède donc un volet non seulement personnel, mais aussi social. C'est là que se trouve le point de rencontre avec le principe du multiculturalisme, car la religion fait partie de la culture d'une communauté et d'un ensemble de normes et de valeurs partagées. Les juges le soulignent quand ils font référence à l'impossibilité pour M^{me} Bruker de vivre sa vie de «femme juive au Canada», c'est-à-dire en même temps selon les valeurs de son pays et celles de sa foi religieuse. Dans l'approche de la Cour, ces valeurs sont réconciliées. Les obligations religieuses ou culturelles font donc partie intégrante de l'expérience de vie des Canadiens qui décident de s'y conformer. La conséquence directe de l'admission du rôle crucial de la religion dans la vie des Canadiens est que les juges ne peuvent l'ignorer : «lorsqu'ils tranchent des affaires dans lesquelles la liberté de religion est en cause, les tribunaux ne peuvent faire abstraction de la religion»⁴³. La juge Abella en réfère aussi au droit à l'égalité et à la non-discrimination fondée sur la religion lorsqu'elle relève que les législateurs ont confié aux tribunaux la fonction de «veiller à ce que les membres de la société canadienne ne soient pas arbitrairement défavorisés en raison de leur religion», concluant que «la présente affaire cadre très bien dans cette tradition»⁴⁴.

Le statut de norme transcendante de l'art. 27 de la *Charte canadienne*, qui joue un rôle charnière entre le principe de la liberté de religion et celui de l'égalité, ainsi que son impact fondamental sur le champ du pluralisme religieux apparaissent évidents. En réalité, liberté religieuse d'un côté et multiculturalisme de l'autre se renforcent réciproquement. Grâce à la reconnaissance de la diversité, chacun est envisagé non seulement dans son individualité, mais aussi en tant que membre de la communauté (religieuse) à laquelle il appartient. D'autre part, précisément en vertu du principe fondamental du pluralisme, les juges sont encouragés à fournir une interprétation

43. *Supra* note 3 au par. 18.

44. *Ibid.* aux par. 19 et 20.

«généreuse et pluraliste» de la liberté de religion au Canada⁴⁵. L'accent mis sur la dimension sociale de la liberté de religion constitue le maillon indispensable à la liaison entre celle-ci et le principe du multiculturalisme.

5. Une décision qui laisse quelque peu perplexe

La volonté de s'occuper de questions religieuses de l'intérieur et la lecture «sociale» de la liberté de religion laissent cependant quelque peu perplexe quant aux principes de l'État pluraliste et de la neutralité étatique en matière de religion.

La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de confirmer à travers une solide jurisprudence l'obligation de non-ingérence de l'État dans les choix privés des citoyens en ce qui a trait à leur foi religieuse (comme dans le choix de n'adhérer à aucune foi)⁴⁶. L'insistance à souligner la nature intime des choix relevant de la foi et de ses manifestations⁴⁷ se rattache en fait à l'exigence de neutralité en matière religieuse de la part de l'État, qui doit s'abstenir de privilégier une quelconque religion ou de protéger toute autre activité qui ne soit pas séculaire⁴⁸. Dans la cause *Big M Drug Mart*, la Cour a affirmé qu'une «majorité religieuse, ou

45. À propos de l'influence «rien moins qu'insignifiante» de l'art. 27 sur les décisions qui ont concerné le pluralisme religieux, voir Jack Jedwab, «To preserve and to enhance: Canadian Multiculturalism before and after the Charter» (2003) 19 S.C.L.R. (2d) 309.

46. La définition de la liberté de religion donnée par le juge Dickson reste fondamentale. Cette liberté s'y entend comme liberté d'exercice et d'expression (*freedom for*), mais aussi comme absence d'obligations et de contraintes (*freedom from religion*). *Big M Drug Mart*, *supra* note 7 au par. 95.

47. Ce qui compte, précise la Cour, c'est que la «personne démontre qu'elle croit sincèrement que sa religion lui impose une certaine croyance ou pratique». *Multani*, *supra* note 2 au par. 35.

48. Voir récemment *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Laval*, 2006 QCTDP 17. , où il est établi que la récitation de prières en ouverture du conseil municipal porte préjudice à la liberté de conscience et de religion de l'appelante qui se déclare athée. Voir également le communiqué du Tribunal des droits de la personne (22 septembre 2006), en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/TDP/Communiqués/2006/CDPDJ_Payette_c_Ville_de_Laval.pdf>.

l'État à sa demande, ne peut pour des motifs religieux imposer sa conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue⁴⁹. Un des objectifs les plus importants de la *Charte* est bien celui de protéger les minorités religieuses de la menace de «tyrannie de la majorité», car en fin de compte, «protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société». À cette occasion, se prononçant sur la légitimité de la *Loi sur le dimanche* qui imposait la fermeture dominicale des activités commerciales, la Cour spécifie que le contenu théologique de la législation devient «un rappel subtil et constant aux minorités religieuses canadiennes des différences qui les séparent de la culture religieuse dominante»⁵⁰. Selon cette logique, les tribunaux doivent rester neutres face aux préceptes religieux. Le principe de non-interférence dans les pratiques religieuses permet en substance d'éviter que les tribunaux ne se trouvent à devoir prendre position sur diverses règles religieuses⁵¹ ou entre les règles religieuses et celles du droit laïc.

Or, dans le cas en question, les motifs sur lesquels se fonde la demande d'indemnisation de M^{me} Bruker sont pour les juges de la minorité en opposition manifeste avec ce principe pivot de la société civile et avec les lois laïques que les tribunaux doivent faire respecter. Ils rappellent que l'État laisse de fait à chacun le soin de «s'autoréglementer» en matière religieuse et n'a certainement pas la charge de promouvoir telle ou telle règle religieuse⁵². La liberté de religion n'est pas comprise comme un moyen de contraindre une autre personne à accomplir un acte religieux et les tribunaux civils ne peuvent être utilisés à cette fin. Autrement, du rempart protecteur de la liberté de religion qu'ils sont, les

49. *Supra* note 3 au par. 96.

50. *Big M Drug Mart*, *supra* note 7 aux par. 96 et 98.

51. Le cas *Anselem*, *supra* note 1, vient à l'esprit, dans lequel la Cour suprême avait initialement consulté deux autorités rabbiniques relativement à l'obligation religieuse de construire une cabane à l'occasion de la fête de *Souccoth*, lesquelles avaient abouti à deux conclusions différentes à ce sujet. La Cour avait confirmé que le rôle des cours ne peut et ne doit être celui d'arbitre de dogmes religieux.

52. *Supra* note 3 aux par. 102 et 122 à 132.

tribunaux seraient transformés en arme pour sanctionner des engagements ou des comportements religieux particuliers⁵³. C'est le point auquel fait référence la juge Deschamps quand elle souligne la nouveauté absolue de la prise de position de la Cour, qui «heurte les normes du droit positif québécois et canadien», puisque «le fait de sanctionner les conséquences religieuses du délai à consentir au *get* signifie que le tribunal avalise ces conséquences religieuses, même si elles vont à l'encontre d'acquis de la société canadienne»⁵⁴. Au contraire, «limiter le rôle des tribunaux à l'application de la règle civile est la position la plus claire et la plus compatible avec la neutralité de l'État en droit canadien et québécois»⁵⁵.

On peut effectivement craindre que derrière la décision des juges de la Cour suprême du Canada se profile la dangereuse éventualité de voir les tribunaux laïcs se transformer en arbitres de litiges typiquement religieux. Le risque est que sur la base des arguments utilisés pour arriver aux conclusions données dans la cause *Bruker c. Marcovitz* s'établissent les conditions pour l'irruption d'autres valeurs religieuses potentiellement en conflit avec celles de la société civile. Permettre aux valeurs religieuses de s'exprimer dans l'espace public (l'école, comme dans le cas *Multani*, ou les salles de cours, comme dans le cas en question) pourrait amorcer un *activisme judiciaire* aléatoire sur les sujets religieux, avec des retombées inévitables sur la préservation du principe de l'État séculaire et pluraliste dont le Canada est, à juste titre, si fier.

53. *Ibid.* au par. 101.

54. *Ibid.* au par. 103.

55. *Supra* note 3 au par. 184. Selon la juge Deschamps, en suivant la logique de la majorité les tribunaux pourraient utiliser leur pouvoir laïc pour pénaliser «le non-paiement du *mahr* islamique, le refus d'élever les enfants dans une confession religieuse donnée, le refus de porter le voile», etc.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : UNE POSSIBLE HISTOIRE DE LA NORME : LES NORMATIVITÉS
ÉMERGENTES DE LA MONDIALISATION

Auteur(s) : Geneviève DUFOUR

Revue : *RDUS*, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : **531-538**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11540>

Page vide laissée intentionnellement.

**UNE POSSIBLE HISTOIRE DE LA NORME :
LES NORMATIVITÉS ÉMERGENTES
DE LA MONDIALISATION***

par Geneviève DUFOUR**

Karim Benyekhlef signe ici un ouvrage colossal tant du point de vue formel que substantif. Si, à première vue, le lecteur peut anticiper la longueur du texte, ce dernier se lit tout compte fait comme un roman. On peut ainsi dire que, mis à part quelques erreurs éditoriales tantôt remarquées dans le corps du texte, mais plus souvent au niveau des références infrapaginales qui présentent certaines inexactitudes, le pari – ambitieux et courageux – est gagné.

Recourant à la mondialisation comme paradigme de recherche, Karim Benyekhlef trace l'histoire de la norme à travers le temps et l'utilise comme prétexte pour discuter très largement des effets de la mondialisation sur le droit et le politique dans sa fonction normative. Ainsi, Karim Benyekhlef s'interroge sur la capacité de l'État à dire le droit en cette ère de mondialisation. Sa conclusion est cinglante à l'égard du système existant, «le droit moderne». Mais à l'inverse d'un nombre incalculable d'auteurs dont les recherches ont permis d'arriver aux mêmes conclusions, l'auteur offre des alternatives en proposant divers modèles de gouvernance globale, qui constituent, en quelque sorte, les bases d'un système en gestation, «le droit postmoderne».

Concrètement, l'ouvrage est divisé en trois parties.

* . Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008.

** . Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteure peut être jointe à l'adresse suivante : Genevieve.Dufour2@USherbrooke.ca.

La norme moderne

D'abord, l'auteur aborde le système actuel sous l'angle d'une étude des caractéristiques de la norme moderne. Critiquant la modernité juridique, dont les principaux avatars seraient le positivisme juridique¹ et le monisme juridique², Karim Benyekhlef privilégie le pluralisme – «matrice théorique» du livre³ et concept-clé du droit postmoderne⁴, capable de «mieux saisir les réalités normatives»⁵ émergentes – et l'internormativité, «deuxième concept-clé d'une conception postmoderne du droit»⁶. Selon l'auteur, la mondialisation rendrait les États incapables d'appréhender les phénomènes qui en découlent, opposerait une limite à la norme moderne et conduirait inévitablement à l'adoption d'un nouveau système. À cet égard, l'auteur illustre son propos en recourant au droit de la globalisation⁷ – qui régit les dimensions économiques – et au droit mondialisé⁸ – qui sécrète des valeurs communes puisées principalement dans les droits et libertés de la personne; deux thèmes imposant une réflexion sur l'internormativité⁹ et nécessitant une approche intégrée.

L'exercice a le mérite de bien schématiser ces deux thèmes même s'il semble que la réflexion en matière de droit de la personne ait été plus poussée que celle relative au droit

-
1. Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, à la p. 23 («le positivisme juridique récuse toute référence aux valeurs, au bien, au juste, ou à un idéal de justice pour concentrer sa quête sur une pure description du droit tel qu'il existe»).
 2. *Ibid.* à la p. 43 (le monisme juridique considère l'État comme seul auteur du droit).
 3. *Ibid.* à la p. 55.
 4. *Ibid.* à la p. 43. Voir aussi Boaventura de Sousa Santo, «Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit» (1988) 10 Dr. et Soc. 363, à la p. 382.
 5. *Supra* note 1 à la p. 55.
 6. De Sousa Santo, *supra* note 4 à la p. 49.
 7. *Supra* note 1 aux pp. 252 à 398.
 8. *Ibid.* aux pp. 116 à 246.
 9. *Ibid.* aux pp. 86 à 91, 95 à 111 (Cyberespace), 112 à 115 (Bibliographie).

international économique et au droit transnational. Cela s'explique probablement par la densité de la matière appréhendée.

La norme prémoderne

Ensuite, Karim Benyekhlef nous offre un voyage historique au cœur du Moyen Âge, «période clé pour la science juridique»¹⁰ et époque de la norme prémoderne. Les similitudes entre les époques de la norme prémoderne et postmoderne sont frappantes : «environnement décentralisé, centrifuge, fragmenté, non territorial et pluraliste» donne lieu à une «confrontation ponctuelle des pouvoirs» et à une «concurrence des normativités»¹¹. L'étude de ce «creuset de la tradition juridique occidentale»¹² permet d'abord de relativiser le caractère inéluctable et éternel du système actuel et de mieux appréhender les défis à venir. Cela permet surtout de poser les balises nécessaires de manière à évaluer ce que pourrait être le droit, celui de la norme postmoderne.

La norme postmoderne

Finalement, prenant appui dans les constatations précédentes, l'ouvrage offre des solutions à ce monde en mutation. Il s'agit de la pièce maîtresse de l'ouvrage. Si le concept de l'État demeure, celui de souveraineté est ébranlé¹³ et reçoit un nouvel éclairage, celui de la gouvernance globale, capable de mettre en place le dialogue et la discussion propres à créer le consensus¹⁴. On cherche ainsi à trouver de nouvelles techniques de gouvernement¹⁵, à atteindre la «souveraineté collective»¹⁶, bref, la véritable démocratie compte tenu du contexte mondial actuel. Karim Benyekhlef a ainsi choisi de nous présenter quelques modèles de gouvernance globale «représentatifs des principaux

10. *Ibid.* à la p. 400.

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*

13. *Ibid.* à la p. 637.

14. *Ibid.* à la p. 631.

15. *Ibid.* à la p. 627.

16. *Ibid.* à la p. 632.

courants doctrinaux qui agitent les débats relatifs à la place de l'État et du droit dans le contexte postmoderne¹⁷ : le cosmopolitisme, le constitutionnalisme et le réseau.

Le cosmopolitisme¹⁸, favorisant la paix, l'égalité et l'altérité, et privilégiant l'harmonisation à l'uniformisation, pourrait ainsi offrir les bases d'une constitution mondiale et d'une nouvelle manière de réaliser l'État de droit. À partir des grands penseurs du cosmopolitisme – entre autres, Beck, Held, Kant et Habermas – et compte tenu des nécessités provoquées par la mondialisation, Karim Benyekhlef propose sa définition du droit cosmopolitique, lequel :

est formé de règles émanant d'une pluralité de sources et comprend, d'une part, des normes visant à réguler les activités transnationales, et d'autre part, des normes qui s'articulent autour des principes de la démocratie et des droits de la personne. Dans tous les cas, les sujets de droit sont les seuls individus, titulaires de ces droits quels que soient leur nationalité ou leur lieu de résidence. [...] Les normes cosmopolitiques relatives au principe démocratique et aux droits de la personne ont préséance sur tous les autres types de normes nationales, internationales, transnationales¹⁹.

L'Europe offre des signes de cosmopolitisation certaine. Le système des Nations Unies aussi. Il s'agit maintenant, selon l'auteur, d'institutionnaliser le système afin de donner un statut et une voix juridiques à l'individu²⁰ et d'élever les principes fondamentaux des droits de la personne au rang de normes suprêmes.

Le constitutionnalisme, compris dans le cosmopolitique, en tant qu'option proposant un modèle d'exercice du pouvoir²¹,

17. *Ibid.* à la p. 637.

18. *Ibid.* aux pp. 638 à 691.

19. *Ibid.* à la p. 691.

20. *Ibid.* à la p. 679.

21. *Ibid.* à la p. 715.

pourrait aussi être à même de répondre aux défis d'une gouvernance globale. Parce que rien ne contraint le constitutionnalisme à s'associer au contexte national, Karim Benyekhlef le considère comme une option plausible de gouvernance globale²². Il constate d'abord que le constitutionnalisme subit lui aussi une crise, «résonance des phénomènes de la mondialisation»²³. Les diverses solutions proposées, par exemple, pour répondre au besoin criant de discipliner les entreprises transnationales, acteurs importants dont les activités influencent le quotidien des individus, ne s'avèrent pas satisfaisantes dans le cadre interne²⁴. Dans cette optique, l'auteur évalue la possibilité que l'adoption d'une constitution globale puisse être utile en tant que réponse à la «fragmentation du droit international»²⁵. Il existe bien nombre de principes fondamentaux, consacrés pour la plupart dans le cadre d'instruments conventionnels, formant ainsi une matrice capable de fonder l'orientation d'une constitution globale²⁶. Karim Benyekhlef demeure toutefois réaliste et conçoit les obstacles, tels la fragmentation actuelle du droit international, le recours croissant à la *soft law* et la multiplication des instances judiciaires²⁷.

Le réseau, «figure analogique»²⁸ à celle du filet servant de support au principe d'une gouvernance globale, sert à illustrer les «liens normatifs qui se tissent entre les acteurs multiples souvent inégaux et des situations diverses survenant dans une pluralité de juridictions»²⁹. Ce modèle rejette évidemment le paradigme dominant de la norme moderne, la pyramide de Kelsen, et se caractérise par la mobilité, la plasticité et l'ouverture. À l'instar de la vie cellulaire, le réseau constitue un système complexe qui se

22. *Ibid.* aux pp. 692 et 704 et ss.

23. *Ibid.* à la p. 694.

24. *Ibid.* aux pp. 701-704.

25. *Ibid.* à la p. 705.

26. *Ibid.* à la p. 707.

27. *Ibid.* aux pp. 711 à 714.

28. *Ibid.* à la p. 715.

29. *Ibid.* à la p. 716.

reproduit sans cesse, un processus qui se renouvelle et se transforme au niveau de la structure, mais qui conserve sa forme³⁰. Propulsé par les technologies de l'information, qui ont facilité la coordination des flux informationnels et organisé autour d'un projet commun, le réseau émerge en raison de l'incapacité de l'État à résoudre les problèmes transnationaux. Dans cette optique, l'État devient un simple acteur, un des nœuds du filet parmi les autres. Il doit dès lors accepter une nouvelle façon de faire, une nouvelle gouvernance³¹. Le transgouvernementalisme, «complément utile, voire nécessaire aux rapports intergouvernementaux»³², mais qui relève encore pour l'heure davantage de la théorie descriptive que prescriptive³³, constitue une illustration du réseau. Suivant ce modèle, il ne s'agit plus de concevoir le système international comme un système d'États, mais de laisser place à une intervention de «plusieurs réseaux de fonctionnaires représentant différentes administrations ou agences de réglementations [...], de magistrats, de législateurs (députés) provenant d'une pluralité de nations»³⁴. Le transgouvernementalisme fait non pas interagir des États, mais des parties d'eux³⁵. Flexibles, informelles et adaptables, les normes de *soft law* deviennent «l'ingrédient normatif essentiel du transgouvernementalisme»³⁶. Conscient des critiques à l'égard de ce modèle, parfois vu comme symbolisant une technocratie globale, relevant d'une gouvernance secrète opérée par des acteurs non élus et offrant un accès difficile aux pays en voie de développement dont la structure gouvernementale n'apparaît pas aussi développée, l'auteur réfère aux pistes de solution apportées par Anne-Marie Slaughter³⁷, susceptibles d'assurer que le

30. *Ibid.* aux pp. 719 à 720.

31. *Ibid.* aux pp. 721 à 725.

32. *Ibid.* à la p. 744.

33. *Ibid.* à la p. 747.

34. *Ibid.* à la p. 734.

35. *Ibid.* à la p. 747.

36. *Ibid.* à la p. 748.

37. *Ibid.* aux pp. 751 à 753 (cette auteure est connue pour ses écrits sur le transgouvernementalisme [government networking]). Voir entre autres : Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, et Anne-Marie Slaughter, «Global Government

transgouvernementalisme devienne une «réponse pleine de promesses à la mondialisation»³⁸. L'auteur en est conscient, beaucoup de chemin reste à faire : «la tâche est formidable»³⁹.

Le dernier chapitre explore les normes produites par les modèles de gouvernance globale, les normativités émergentes de la mondialisation, les normes «alternatives» et la relation que ces dernières entretiennent avec les normes étatiques classiques. Parce que la catégorie de «normes alternatives» est impossible à définir, l'auteur illustre le concept en abordant d'abord les techniques de production de ces normes et en esquivant ensuite leur contenu. Empruntant à la classification européenne⁴⁰, l'auteur considère deux techniques de production : l'autorégulation – la régulation par le marché – et la corégulation – la régulation avec le marché. Pour définir son contenu, il répertorie le tout en quatre catégories : les normes techniques (comme celles adoptées dans le cadre d'ISO), les normes contractuelles (ce qui recouvre par exemple les principes UNIDROIT et les contrats types émanant des organisations professionnelles ou commerciales comme la Chambre de commerce internationale), les normes comportementales (comme le Pacte mondial ou les codes de conduite, dont l'OCDE et l'OIT, par exemple, ont fait usage à l'égard des multinationales) et les normes informatives (on peut penser à la prolifération des normes en matière d'étiquetage, surnommées les labels de qualité). Dès lors que la norme alternative existe, l'auteur se questionne sur sa juridicité au regard du droit positif⁴¹ et sur sa validité⁴². Cette réflexion l'amène à une réflexion plus large sur une théorie du droit global. C'est ici qu'il pose les éléments finaux de sa réflexion

Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy», dans Karl-Heinz Ladeur, dir., *Public Governance in the Age of Globalization*, Burlington, Ashgate, 2004.

38. *Ibid.* à la p. 753.

39. *Ibid.* à la p. 757.

40. *Ibid.* à la p. 765. Voir Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris Presses de Sciences-Po, Dalloz, 2004, aux pp. 488 et ss.

41. *Supra* note 1 aux pp. 809 à 820.

42. *Ibid.* aux pp. 821 à 828.

sur le droit postmoderne. Malgré un parti pris pour le pluralisme juridique, l'auteur met en garde contre une vision extrême de considérer toute norme alternative, non étatique, comme possédant la même valeur et produisant le même effet⁴³ :

Un pluralisme juridique tous azimuts, qui n'accorderait aucun statut particulier à la norme étatique en raison, d'abord, de son évidente centralité normative et, ensuite, dans les sociétés démocratiques, de sa qualité démocratique, nous mènerait vers des difficultés normatives encore plus grandes que celles dénoncées jusqu'ici⁴⁴.

De ce fait, l'auteur refuse de «jeter dans les poubelles de l'histoire certains traits caractéristiques du droit»⁴⁵. Certes, la mondialisation provoque des changements, – entre autres le paradigme de la pyramide laisse plus de place à celui du réseau – mais la conception démocratique de la norme, encore assurée par l'État, apparaît comme un élément utile et positif de la modernité. Dès lors, les juristes font face à un défi de taille : ils doivent élaborer une définition du droit susceptible d'assurer «une reconnaissance relative aux autres normativités tout en permettant la mise en place d'un réel dialogue internormatif»⁴⁶. En conséquence, il s'agit «d'harmoniser un droit pluriel, tout en sachant la centralité symbolique et effective du droit étatique, dans un monde qui devient global», de «bâtir une normativité globale postmoderne, alors que [nos] prédécesseurs [ont construit] une normativité nationale pour un État moderne»⁴⁷.

43. *Ibid.* aux pp. 834 à 836.

44. *Ibid.* à la p. 836.

45. *Ibid.* à la p. 837.

46. *Ibid.* à la p. 838.

47. *Ibid.* à la p. 842.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : ÉQUITÉ DU JUGE ET TERRITOIRES DU DROIT PRIVÉ

Auteur(s) : Gaële GIDROL-MISTRAL

Revue : *RDUS*, 2008-2009, volume 39, numéro 1-2

Pages : **539-545**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11541>

Page vide laissée intentionnellement.

**ÉQUITÉ DU JUGE ET
TERRITOIRES DU DROIT PRIVÉ ***

par Gaële GIDROL-MISTRAL**

Quelle place l'équité du juge occupe-t-elle dans les ordres juridiques romanistes et de *common law*? La question soulevée par Anne-Françoise Debruche, dans son très bel ouvrage issu des recherches de sa thèse de doctorat, est ambitieuse. C'est pourquoi l'originalité de la démarche scientifique de l'auteure mérite d'être rappelée. Pour ne pas se laisser dépasser par l'ampleur du sujet, la professeure Debruche prend le parti d'observer les manifestations du sentiment d'équité du juge par le prisme de l'emprise immobilière. Ce voyage au cœur de l'équité, notion éminemment complexe, est passionnant tant par son analyse comparatiste que par la mise à jour, au détour du chemin, d'une théorie générale de l'empiétement.

La formation juridique de l'auteure est à l'image de son ouvrage : théoricienne du droit maîtrisant parfaitement la culture bijuridique qui caractérise le droit canadien. L'auteure a en effet étudié le droit civil en Belgique à l'Université de Liège et la *common law* au Canada à l'Université de Moncton et son sujet de thèse montre son intérêt pour une approche à la fois comparatiste et théorique du droit privé. Soutenue devant l'Université de Liège, la thèse d'Anne-Françoise Debruche a été couronnée en 2006 du Prix Canada de l'Académie internationale de droit comparé, ce qui atteste du rayonnement de son ouvrage aussi bien en Europe qu'en Amérique du Nord. Depuis 2005, la professeure Debruche enseigne à la section de droit civil de l'Université d'Ottawa le droit comparé et l'histoire du droit.

*. Anne-Françoise Debruche, *Équité du juge et territoires du droit privé*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant/Yvon Blais, 2008.

**.

Chercheuse et professeure à l'UQAM.

La problématique est audacieuse, puisque la professeure Debruche s'interroge sur le rapport du juge à la norme positive dans les deux grands systèmes juridiques à travers la notion d'équité. Le système romaniste n'accorde a priori qu'un rôle limité à l'équité, le juge de droit civil ayant seulement vocation à appliquer la règle de droit cristallisée dans des textes. Au contraire, le juge de *common law* joue un rôle actif dans l'énoncé de la règle de droit, ce qui l'autorise à conférer à la notion d'équité une plus grande place dans la résolution des conflits.

Plutôt que d'envisager la question sous un angle général, l'auteure a choisi de limiter son champ exploratoire au micro-phénomène de l'empiètement immobilier. Cette situation concrète des troubles de voisinage participe d'une atteinte universelle au droit de propriété qui autorise à poser une comparaison sur le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge pour la sanctionner. D'ailleurs, l'auteure ne se limite pas à une définition stricte de l'empiètement, dont la technicité en droit civil ou en *common law* pourrait relever d'approches différentes, mais opte volontairement pour une acception large de cette notion englobant tout acte portant atteinte au droit réel d'autrui (propriété, *easement*, servitude, etc.).

La problématique de l'empiètement immobilier concerne naturellement l'action réelle. Cette dernière, qui entraîne la suppression de l'ouvrage litigieux, permet de sanctionner efficacement les atteintes au droit réel d'autrui. Cependant, cette sanction automatique peut parfois être source de problèmes plus importants que l'atteinte au droit constituée par l'empiètement. Aussi, les juges ont parfois la volonté de trancher les litiges de manière équitable, ce qui tend à déplacer la sanction des emprises immobilières du domaine foncier à celui de la responsabilité quasi délictuelle.

L'auteure divise ainsi son ouvrage en deux parties, la première traitant des expressions de l'équité judiciaire en droit des biens et la seconde s'intéressant au sentiment d'équité du juge sur le terrain délictuel.

Les développements de la première partie sont consacrés aux manifestations du sentiment d'équité du juge de droit civil et de *common law* à travers la mise en œuvre des moyens de protection du droit auquel il est porté atteinte tels : l'injonction, l'*estoppel* ou l'abus de droit. Quelle place peut occuper l'équité du juge dans la logique restitutive du domaine foncier visant au rétablissement plein et entier de la prérogative lésée par l'emprise illicite? Bien que la vision de droit fasse primer la restitution du droit empiété, impliquant nécessairement la suppression de l'ouvrage litigieux, l'équité permet au juge de disposer d'une marge de manœuvre sur l'effet restitutif automatique de l'action réelle.

À travers l'exemple du droit de la *common law*, il ressort que le juge anglais ou canadien dispose d'une certaine latitude quant au choix de la sanction de l'emprise immobilière puisqu'il pourra décider, justement grâce à la tradition d'*equity*, de sanctionner ou non l'empiètement immobilier par l'action réelle. Contrairement aux systèmes civilistes, qui recourent quasi exclusivement à l'action réelle pour sanctionner de telles atteintes aux droits réels, les juges de *common law* atraient souvent le litige sur le terrain de la responsabilité quasi délictuelle afin de ne pas recourir de manière systématique à la destruction de l'ouvrage litigieux. En cas de violation au droit réel d'autrui, le juge peut simplement décider d'accorder des dommages-intérêts pour réparer le dommage causé par l'atteinte au droit d'un tiers. Cela ne signifie pas que le juge de *common law* ne peut prononcer des injonctions afin de faire procéder à la restitution pleine et entière du droit lésé, mais ces injonctions sont facultatives. Le juge a, en la matière, un pouvoir discrétionnaire pour décider de la mise en œuvre des sanctions réelles. Ainsi, lorsque la sanction restitutive paraît abusive ou disproportionnée, le juge peut décider de l'écarter et compenser l'atteinte par une réparation pécuniaire.

Dans les systèmes civilistes, la place accordée à l'équité est moins forte. L'action en revendication qui protège généralement le droit de propriété en France, en Belgique ou au Québec est automatique. Le juge qui constate l'empiètement doit le faire cesser en reconnaissant le droit à restitution du terrain. Pour faire respecter le droit de propriété auquel il est porté atteinte, le juge

doit, en principe, exiger la mise en œuvre de toute mesure utile à faire cesser le trouble, sans se préoccuper du fait de savoir si cette sanction est abusive ou disproportionnée à l'atteinte¹. Dans la logique restitutive, le pouvoir modulateur du juge est limité par l'inexorabilité des actions réelles : une fois l'existence de l'empiètement juridiquement établie, la suppression de celui-ci s'impose au juge. Ce système plus rigide a incité les juges à rechercher des échappatoires dans le but de dégager des solutions plus équitables.

C'est sur le terrain de la responsabilité quasi délictuelle que des assouplissements ont été trouvés. Dans cette seconde partie, l'auteure aborde deux pistes intéressantes qu'ouvrent les voies délictuelles. Puisque toute atteinte au droit de propriété est constitutive d'une faute, elle est susceptible de faire naître un principe de réparation du dommage causé par le trouble illicite qui permet de choisir entre la sanction réelle ou compensatrice. La logique quasi délictuelle permet de prendre la mesure du rôle modérateur du juge qui se trouve «devant un nouvel aiguillage qui le contraint (...) à s'interroger sur le mode de réparation le plus adéquat»². La place importante que la vision délictuelle des atteintes au droit de propriété laisse à l'équité ne reçoit pourtant pas le même écho selon le système juridique, ni même le pays en cause.

En *common law*, l'emprise immobilière relève du domaine des *torts*. C'est principalement au regard des hypothèses du *trespass to land* et de la nuisance, représentant l'essentiel de la protection accordée par la *common law* des quasi-délits aux biens et droits réels immobiliers, que sont appréhendés les empiètements. Le *trespass to land* sanctionne toute atteinte illicite aux biens immobiliers corporels en possession d'autrui. La nuisance désigne l'action qui sanctionne toute atteinte illicite

1 . En droit québécois cependant, un tempérament est prévu à l'alinéa 1 de l'article 992 du C.c.Q. en cas d'empiètement mineur effectué de bonne foi.

2 . Anne-Françoise Debruche, *Équité du juge et territoires du droit privé*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant/Yvon Blais, 2008, à la p. 327.

apportée à l'usage ou à la jouissance d'un fonds ou d'un droit sur ce fonds. Les sanctions délictuelles mises à la disposition du juge reflètent parfaitement le souci de proportionnalité de la sanction à l'atteinte, puisque le juge pourra décider d'utiliser l'injonction en suspension des travaux, l'injonction en démolition ou d'octroyer des dommages-intérêts compensatoires.

En droit civil, l'empiètement immobilier peut être qualifié de faute civile ou de trouble de voisinage, ce qui permet là aussi d'attirer le litige sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle fondée sur l'article 1382 des Codes civils belge et français et 1457 du Code civil du Québec. Les sanctions encourues en cas de mise en œuvre de la responsabilité civile sont à ce titre parfaitement adaptées à la délicate question de la proportionnalité de la sanction de l'empiètement immobilier. En effet, la réparation peut avoir lieu en nature par un retour au *statu quo ante*, ce qui nécessitera la démolition de l'ouvrage litigieux, ou par équivalent permettant alors la seule compensation du trouble.

Cependant, le pouvoir discrétionnaire du juge en matière délictuelle a une étendue différente dans les traditions de *common law* et de droit civil. En *common law*, «le pouvoir discrétionnaire présidant à l'octroi de l'injonction se présente en effet comme le paradigme de la discrétion dont disposent à l'occasion les juges»³. Ce remède, issu de la tradition d'*equity*, assure au juge une étendue maximale de son pouvoir de discrétion et il peut choisir librement entre la voie de la réparation en nature par le biais de l'injonction ou par équivalent au moyen de dommages-intérêts. Le juge de *common law* va ainsi d'abord se demander si l'injonction sera accordée ou refusée, puis s'il y a lieu de substituer à l'injonction une compensation monétaire et enfin évaluer le montant des dommages-intérêts si cette sanction compensatrice est jugée plus adéquate que la sanction restitutive. L'étendue des pouvoirs discrétionnaires des juges anglais et canadiens se manifeste ainsi pleinement et de manière maximale puisqu'elle recouvre formellement trois niveaux distincts.

3 . *Ibid.* à la p. 360.

Dans les pays de tradition romanistes, la solution varie selon la conception que les juges ont adopté de l'atteinte au droit réel d'autrui. En France, en principe, il revient au juge de décider de la qualification de l'action : réelle ou quasi délictuelle. Cependant, le contrôle sévère de la Cour de cassation rend difficile la recherche d'une solution alternative, puisque la haute juridiction, garante de l'application stricte de la règle de droit, veille nécessairement à faire cesser le trouble au droit fondamental de propriété et non à le réparer, privilégiant ainsi la logique restitutive de l'action réelle. Pour atténuer la portée de la démolition, la théorie de l'abus de droit a parfois été envisagée. Cependant, ce tempérament n'est que rarement admis en France, où la défense d'un droit de propriété contre un empiètement ne saurait dégénérer en abus.

Au contraire, en Belgique, le juge a un rôle limité puisque c'est la victime qui choisit le terrain de l'action : action réelle pour obtenir la démolition de l'ouvrage litigieux ou quasi délictuelle pour obtenir une réparation en nature ou par équivalent. La Cour de cassation admet cependant de recourir au concept de l'abus de droit pour faire glisser la sanction du terrain restitutif du droit des biens au terrain compensateur de la faute extracontractuelle.

Au Québec enfin, la question de l'empiètement est réglée par le nouveau Code civil. L'action réelle est le plus souvent doublée d'une procédure d'injonction visant à assurer l'efficacité du jugement. Cependant, l'injonction étant une procédure empruntée à la *common law*, cette dernière ne peut se comprendre sans conférer une certaine dose d'équité à la décision du juge, ce qui implique d'admettre un certain pouvoir discrétionnaire du juge. Cette logique sort alors la question de l'empiètement du strict cadre du droit des biens et permet au juge de disposer d'une certaine marge de manœuvre, bien que la tradition de droit civil lui impose de sanctionner l'atteinte sans considération de la sanction. La Cour suprême du Canada a, ainsi, confirmé que l'injonction québécoise est discrétionnaire au même titre que celle de *common law*. Cette importation au système de *common law* a cependant été mal contrôlée puisqu'elle a abandonné le caractère discrétionnaire de la procédure d'injonction à la volonté du juge

québécois qui l'utilise, non pour réparer un *tort*, comme c'est le cas dans la tradition de *common law*, mais pour protéger un droit.

Empruntant une démarche comparatiste qui ne se veut pas prescriptive ou uniformisatrice, mais exploratoire et analytique, l'auteure dénonce les importations et les emprunts incontrôlés entre les systèmes, notamment au Québec, terrain d'observation des échanges et des influences respectives des systèmes civilistes et de *common law*. Ainsi, au terme de son exploration, elle ne cherche pas à imposer une solution uniforme, mais seulement à nous livrer le fruit de ses réflexions sur les différences essentielles entre ces cultures juridiques.

Pourtant, au-delà de cette optique comparatiste, Anne-Françoise Debruche esquisse les traits d'une théorie générale de l'empiètement. Aux termes de son étude, elle constate un mouvement généralisé du déclin du domaine du droit des biens au profit de celui du droit des obligations et de la responsabilité civile extracontractuelle. La logique naturelle restitutive de la sanction des atteintes aux droits réels d'autrui est supplantée peu à peu par un système de protection quasi délictuelle qui permet au juge, de droit civil⁴ comme de *common law*, de faire triompher son sentiment d'équité sur les termes de la loi. L'auteure nous livre ainsi une vision du droit qui transcende les frontières sans pour autant gommer les spécificités propres à chaque pays, faisant de son ouvrage une très belle œuvre de référence.

4 . L'auteure reconnaît cependant que ce phénomène général n'a pas encore de prise en France, où la Cour de cassation maintient la primauté de l'action réelle et rejette clairement la théorie de l'abus de droit.